

Anais de Artigos Completos - Volume 4 VI CIDHCoimbra 2021

Organizadores:

Vital Moreira

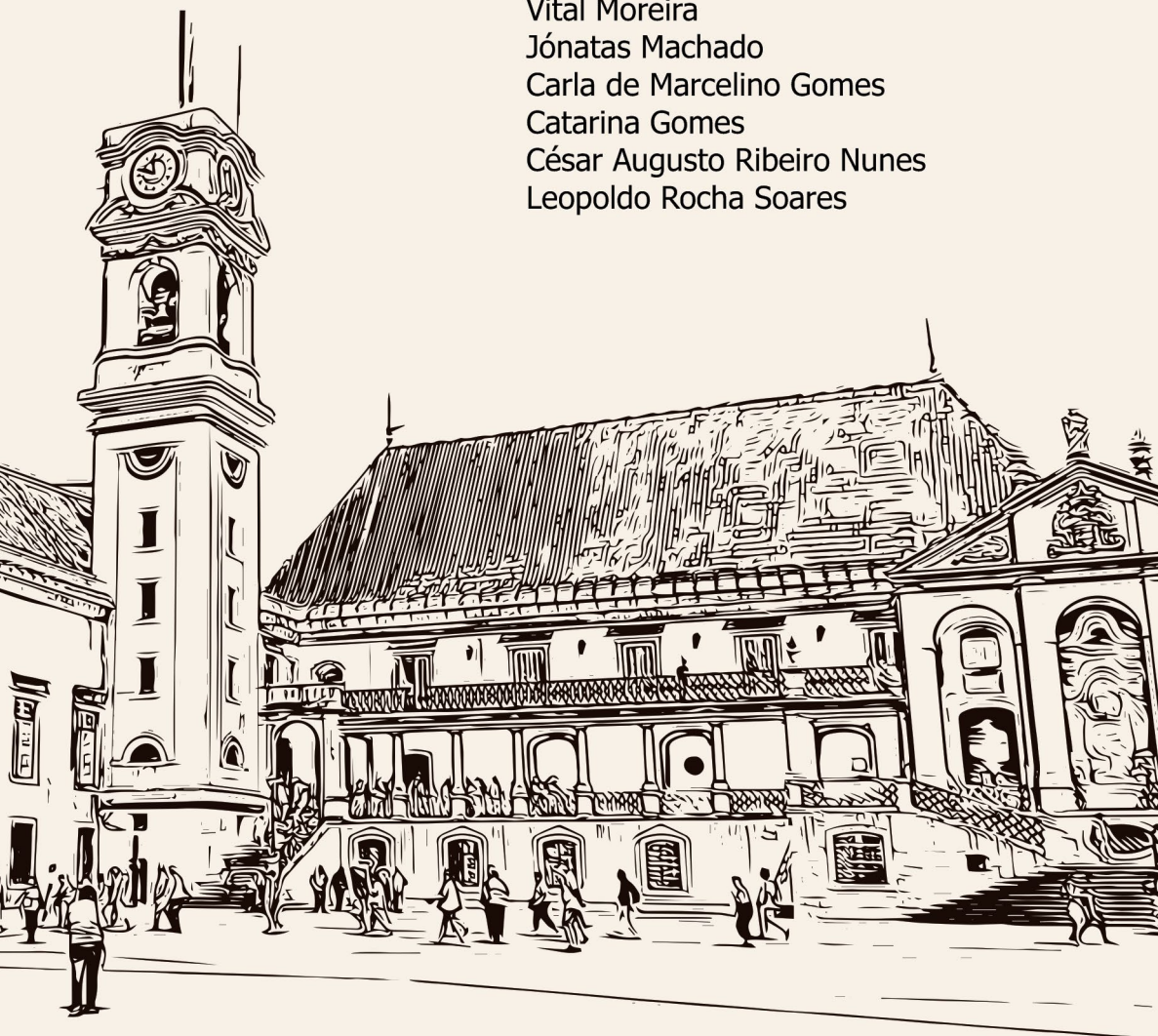
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO VI
CIDHCoimbra 2021
VOLUME 4**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / Edições Brasil
2022**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2022

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VI CIDHCoimbra 2021

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboradores: Valdir Baldo e Gláucia Maria Rizzati Aguiar

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As Editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VI CIDHCoimbra 2021 - Volume 4 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil, 2022.

423 p. Série Simpósios do VI CIDHCoimbra 2021

Inclui Bibliografia

ISBNs: 978-65-89537-19-9 / 978-65-86051-72-8

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

12 a 14 de Outubro de 2021 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 4 - Composição dos Simpósios:

Simpósio n.º 31 RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS (RAL'S) Coordenadores: Alessandra Balestieri e Rodrigo Fux
Simpósio n.º 32 PACIFICAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL POR MEIO DA UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (MASC) Coordenadores: Alexandre Augusto Fiori Tella e Álvaro Sérgio Cavaggioni
Simpósio n.º 33 MEDIÇÃO COMO MECANISMO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA Coordenadores: Guilherme Bertipaglia Leite da Silva e Marília Ostini Ayello Alves de Lima
Simpósio n.º 34 ARBITRAGEM COMO MECANISMO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Simpósio n.º 36 DIREITOS HUMANOS, ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E CULTURA DA PAZ Coordenadores: Ronaldo Lucas da Silva e Cristina Lucia Seabra Iorio
Simpósio n.º 37 DIREITOS HUMANOS E GESTÃO ADEQUADA DE CONFLITOS NO CENÁRIO PANDÊMICO CONTEMPORÂNEO Coordenadores: Nuria Belloso Martín e Adriano Moura de Fonseca Pinto
Simpósio n.º 38 ACESSO À JUSTIÇA NAS AMÉRICAS Coordenadores: Maria da Glória Costa G. de Sousa Aquino e Thiago Allisson Cardoso de Jesus

ISBN: 978-65-89537-19-9

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VI CIDHCOIMBRA 2021:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes, Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin, Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho, Mestre Alexandre Sanches Cunha, Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

SUMÁRIO

Métodos Adequados de Resolução de Conflitos nas Questões de Direito das Famílias.....	10
Zara Hussein	
Mediação Como Prática ESG.....	21
Carla Alcofra e Bernardo Gicquel	
A Tecnologia Como Ferramenta de Ampliação do Acesso à Justiça nos Métodos Extrajudiciais.....	31
Ana Clara Paiva de Almeida e Diogo Kelmer Mendes Ribeiro	
A Importância da Flexibilização dos Procedimentos Extrajudiciais na Busca Pela Efetiva Solução de Dipsutas e Acesso à Justiça.....	40
Diego El-Jaick Rapozo	
A Mediação e as Práticas Colaborativas: uma parceria na via consensual e extrajudicial de resolução de conflitos.....	48
Fernanda Francisca Veras Carvalho	
A Mediação Como Mecanismo de Solução de Conflitos e Garantia de Segurança Jurídica nas Relações Virtuais.....	60
Guilherme Bertipaglia Leite da Silva e Marília Ostini Ayello Alves de Lima	
“Matando a Sede na Saliva”: a mediação como um espaço onde “não se quer só comida”.....	70
Marília Alves de Carvalho e Silva	
As Constelações Sistêmicas Familiares Como Meio Adequado de Solução de Demandas Jurídicas no Brasil.....	79
Marília Nucci de Oliveira	
Acesso à Justiça e Sistema Multiportas: uma necessária adequação do modelo de processo aos Direitos Humanos.....	91
Heres Pereira Silva	
Benchmarks de Atuação do Mediador Face a Comunicação Digital.....	100
Fernanda Alves Curbage	
O Emprego do Acordo de Não Persecução Penal Como Método de Solução de Conflitos na Esfera Criminal/Judicial Brasileira.....	113
Kaian César Dias Marengo e Maria Carolina Ramos	
Mediação Escolar - Criação de Uma Nova Cultura Através do Triângulo Consen-	

sual nas Relações Educacionais.....	123
Dulce Maria Martins do Nascimento	
O Uso de Métodos Diversos Para a Resolução de Litígios, Colaboram Para o Alcance de Soluções Efetivas, Justas e Céleres, Atingindo a Pacificação e a Justiça Social.....	137
Lucilaine Braga Luciano Candido Martins	
Desjudicialização e Tratamento Adequado dos Conflitos: uma releitura do princípio constitucional do acesso à justiça.....	144
Otávio dos Santos Barbosa e Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia	
As Novas Possibilidades de Aplicação da Mediação Familiar.....	158
Daniela Cristina Caspani Garieri e Edwirges Elaine Rodrigues	
A Mediação no Âmbito das Violações de Direitos Humanos Ambientais por Empresas.....	170
Thais Brito Cirne	
A Mediação e a Conciliação e Sua Aplicação nos Conflitos Envolvendo a Fazenda Pública: uma Análise dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da efetividade da tutela jurisdicional.....	186
Bruna Affonso Ortiz e Danila Flávia Fagundes Francisco	
Solução de Conflitos Pela Mediação no Âmbito das Relações Familiares e Direitos da Criança.....	199
Maria Clara Campos de Camargo Tavares	
Amadurecimento da Mediação na Era Digital Frente ao Covid-19	212
Leticia Amorim Marques Pereira e Tauana Pereira de Matos	
Atuação do Árbitro em Matéria Processual e Anulação de Sentenças Arbitrais...	226
Raul Longo Zocal	
Arbitragem Expedita em Tempos de Pandemia.....	237
Gustavo Henrique Schneider Nunes	
Reflexões Sobre A Arbitrabilidade de Conflitos Decorrentes do Plano de Recuperação Judicial.....	248
Natália Cristina Chaves e Henry Colombi	
O Devido Processo Legal Como Princípio Inerente ao Acesso à Justiça Pela Arbitragem no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Possível Nulidade da Sentença Arbitral Como Mecanismo de Garantia dos Direitos Humanos Fundamentais Processuais.....	260
David Lins Kusterer e Matheus Lins Rocha	

O Pensamento Sistêmico Como Paradigma Para Redução da Crise de Administração da Justiça.....	274
Alex Thiébaud Menezes Nunes da Costa	
Entre o Acordo e o Desacordo de Paz na Colômbia.....	288
Danielle Carôllo de Oliveira Ovalhe e Julio Cesar Lesmes Camargo	
A Perspectiva Jurídica Como Resolução de Conflitos: a Eficácia do Direito na Resolução Adequada no Contexto Pandêmico Sistêmico.....	298
Cleiton Lixieski Sell	
O Acesso à Justiça e Inovações em Tempos de Covid-19: realização de mediação por meio de instrumentos virtuais de comunicação.....	311
Nathália Gomes Pimenta Fiuza Gouthier e Nathalia Nunes Cruz	
Críticas a Los Derechos Humanos a Través de Boaventura de Sousa Santos y Slavoj Žižek	320
Martín González López	
Entre Tapas e Beijos: uma análise crítica da violência doméstica durante o período pandêmico e a mediação como prática restaurativa	330
Isabel Cristina Ribeiro dos Reis	
Importância dos Direitos Humanos na Mediação de Conflitos no Ambiente Virtual: Observações Decorrentes da Pandemia do Covid-19 no Brasil em 2020.....	339
Jovina d'Avila Bordoni e Luciano Tonet	
Gestão Processual Adequada em Processos Estruturais: estudo de caso das decisões proferidas na ADPF N. 709.....	353
Lília Nunes Silva e Marcelo Pereira de Almeida	
El Derecho a Un Mínimo Vital: Tiempos de Pandemia y Sociedad Global.....	366
Antonio Mesa León	
A Dignidade da Pessoa Humana e sua Internalização nos Ordenamentos Como Substractum dos Direitos Fundamentais: uma análise em perspectiva luso-brasileira	375
Guilherme Saldanha Santana	
A Tecnologia Vai ao Encontro da Via dos Direitos: o acesso tecnológico à justiça e a inteligência artificial no Poder Judiciário Brasileiro	389
Wilson de Freitas Monteiro	
Audiências de Custódia: os desafios enfrentados durante a pandemia no estado do Maranhão.....	399
Rafaela de Araújo Duarte e Rosélia Araujo Rodrigues dos Santos	

A Judicialização de Direitos Fundamentais Inerentes à Criogenia Humana e à Manipulação Genética.....410

João Ricardo Fornazari Bini

MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS QUESTÕES DE DIREITO DAS FAMÍLIAS

Zara Hussein

Doutoranda e Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora de Processo Civil, Direito de Família e Prática Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Orcid nº 0000-0002-4452-9323.

Resumo:

A mediação é uma técnica de construção dialógica que favorece a exposição de sentimentos bloqueados, contribuindo na melhora da comunicação, apresentando-se como mecanismo de solução de controvérsias que exige o diálogo como instrumento para uma solução, possibilitando a continuação das relações e a reconstrução de vínculos. O presente trabalho consiste na análise da mediação como forma de resolução dos conflitos observados nas relações familiares. Para tanto, são elencadas as teorias do conflito, os meios alternativos de solução de controvérsias, sua fundamentação no ordenamento jurídico brasileiro, indicando-se a mediação como método mais adequado para a abordagem dos conflitos familiares, seus princípios e potencial transformador: a ressignificação do sujeito, a partir das práticas transformativas. O estudo trará uma pesquisa de campo junto ao CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) em Curitiba, Paraná.

Palavras-chave: Mediação; Mediação familiar; Métodos alternativos de resolução de conflitos.

Introdução

A sociedade é formada por membros que se diferem no modo de pensar, em relação aos seus princípios, criação, cultura, etc. Do choque entre esses membros, surgem os conflitos. Diante do aumento de demandas em relação a dissolução de matrimônios e uniões estáveis, bem como a disputa de bens, guarda e convivência dos filhos e da ineficiência do Estado para satisfazê-las adequadamente, necessário utilizar outros meios de acesso à justiça, dos quais destaca-se a mediação. Isso porque já se constatou que a demora do processo, ou se o acordo não for a contento, a tendência dos litigantes é procurar a tu-

tela jurisdicional mais de uma vez.

Pode-se dizer que os conflitos são inerentes a qualquer sociedade, independentemente do tempo em que esta esteja inserida. Por conta disso, visando esclarecer o surgimento e o desenrolar dos litígios é que se traz à tona a “Teoria dos Conflitos”, que passa a elencar os motivos ensejadores de conflitos mais diversos, se destacando as lides familiares.

Nesse sentido, com o aumento da ocorrência de lides envolvendo o judiciário, o legislador se viu diante da necessidade de se procurar meios adequados para solucionar tal problemática de forma mais célere, com menos formalidades, mas que fosse tão efetiva quanto uma sentença judicial. Assim, surge o instituto da mediação, um meio alternativo de solução de controvérsias, que busca, através de um terceiro imparcial habilitado para tanto, um diálogo entre as partes, fazendo com que estas vislumbrem além de um acordo judicial, mas sim analisem também o lado da outra parte envolvida, objetivando, até mesmo a reconstrução do vínculo entre as partes por conta de sua vertente transformativa, não significando que as mesmas voltem a se relacionar como antes, mas que cheguem a um consenso e tendo em mente que não haverá um perdedor ou um vencedor. Se atentando sempre para os princípios norteadores de tal instituto.

O presente estudo visa analisar a aplicação do instituto da mediação em conflitos familiares, onde o desafio se encontra por envolver questões de foro íntimo e sentimental entre as partes envolvidas. Destacando o seu tratamento em questões já judicializadas, para ao final constatar se os números são satisfatórios. Para tanto, os métodos utilizados foram o hipotético dedutivo, pesquisas bibliográficas; consulta a rede mundial de computadores, onde se teve acesso a matérias jornalísticas e entrevistas; e pesquisa de campo junto aos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos.

Teoria do Conflito

Desde os primórdios, os seres humanos, ainda que dotados de diferentes personalidades, interesses e princípios, vivem em sociedade, seja por uma questão evolutiva ou buscando sobreviver. Com o choque de culturas e pensamentos diversos, é inevitável que se ocorra conflitos dentro de uma sociedade.

Morton Deutsch¹, versa em sua doutrina que diante de uma relação conflituosa alguns aspectos devem ser analisados como as características das pessoas envolvidas e a relação que estas possuem, a origem e a natureza do conflito, o meio em que este está inserido, a presença de terceiros nesta relação, as estratégias utilizadas pelas partes para a resolução do impasse e as consequências individuais que o conflito traria para as partes envolvidas, que

1 DEUTSCH, Morton. **A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos**; tradução: Arthur Coimbra de Oliveira; revisão: Francisco Schertel Mendes. In: **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação vol3**. André Gomma de Azevedo (org.) Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 31 e 32.

podem ser tanto negativas, quanto positivas. Assim como também, analisa as formas de conflito existentes e suas consequências, trazendo o aspecto psicológico como um fator determinante para o desenvolvimento deste, fundado na falta de comunicação e compreensão entre as partes.

A ideia de que para que se solucione um conflito uma das partes terá que perder para que a outra ganhe deve ser desmistificada. Para tanto é que se analisa a chamada “Teoria dos Conflitos”, influenciada por grandes nomes como Darwin, Marx e Freud, norteadora a teoria sócio psicológica do conflito pelos pensamentos de homem como ser na natureza, no sentido econômico ou do desenvolvimento psicológico, respectivamente².

Há que se falar também da teoria da cooperação e da competição, orientada por duas concepções. A primeira fundada na interdependência dos interesses e objetivos daqueles envolvidos no conflito, enquanto a segunda se encontra nas atitudes tomadas pelas partes.³

Alcântara Junior⁴ traz em sua doutrina uma terceira vertente da teoria dos conflitos, na qual o fato que altera o conflito é a resposta para que o conflito seja classificado como construtivo ou destrutivo, que tem aspectos ligados a ódio e inveja. Independentemente de sua classificação, o conflito será sempre decorrente de interações sociais, onde comportamento e sentimentos se colidem.

Salienta Hellinger⁵ que todo conflito visa remover algo do caminho, sendo estimulado pela consciência que pode levar as partes para o bem ou para o mal. Assim, os sentimentos das partes são fundamentais para a resolução de um conflito, principalmente quando se trata de questões familiares. Nesse sentido, buscando uma solução justa em conformidade com as peculiaridades de cada caso ensejador de conflito de forma pacífica, é que surgem os meios alternativos de solução de controvérsias.

Meios adequados de solução de controvérsia

Dentre os meios adequados de solução de controvérsia, atualmente, os mais utilizados são: arbitragem, um método privado e sofisticado de solução de lides que apresentem maior dificuldade que exige a presença de um terceiro especializado para impor uma resolução para as partes⁶; conciliação, atualmente um dos métodos mais utilizados, a partir do qual um terceiro, alheio ao conflito, auxilia as partes, facilitando a sua comunicação, lhes sugerindo um

2 DEUTSCH, Morton. **The handbook of conflict resolution:theory and practice**. Published by Jossey-Bass. United States of America: 2006, p. 13.

3 DEUTSCH, Morton. **The handbook of conflict resolution:theory and practice**. Published by Jossey-Bass. United States of America: 2006, p. 24.

4 ALCÂNTARA JÚNIOR, José Odeval. **Georg Simmel e o conflito social**. Caderno Pós Ciências Sociais, São Luís, v. 2, n. 3, 2005, p. 7-15.

5 HELLINGER, Bert. **Conflito e paz: uma resposta**. São Paulo: Cultrix, 2019, p. 13.

6 CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 55.

acordo⁷; e a mediação, onde um terceiro imparcial intervém na solução do litígio, no entanto, sem impor algo para as partes⁸.

A mediação

De todos os meios alternativos existentes no âmbito jurídico, o que mais vem crescendo é a mediação, por conta do papel passivo do mediador, que dirige as regras da comunicação e busca que as próprias partes dialoguem e cheguem a uma composição que comporte as suas vontades. Fernanda Tartuce define mediação como sendo a “atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual”⁹.

A mediação pode ser judicial, quando for iniciada a partir de um processo judicial, tanto a requerimento das partes quanto a arbítrio do juiz; ou extrajudicial, quando se inicia paralela a um processo judicial e é conduzida por um terceiro vinculado a entidades privadas que realizem a mediação.¹⁰

Fundamentação no ordenamento jurídico brasileiro

Com o destaque da mediação, o ordenamento jurídico brasileiro se viu diante da necessidade da regulamentação de leis que trouxessem disposições relativas exclusivamente a tal instituto. Assim foram promulgadas a Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 e a Resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça.

O conceito jurídico de mediação vem disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei 13.140/15, o qual dispõe o que se segue: “*Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.*”¹¹ Seguida pelo art. 4º que versa sobre a escolha do mediador, bem como sobre a gratuidade deste instituto para os necessitados.

Há que se falar que a lei em comento se mostrou um grande avanço para os operadores do direito brasileiro, se mostrando uma forma mais célere e eficaz de resolução de conflitos, auxiliando a desafogar o Judiciário. Sendo considerada uma mudança para a cultura do litígio.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luís Felipe Salomão, presidente da comissão de juristas que elaborou o projeto desta lei, a define como

7 FRADE, Catarina. **A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento.** Coimbra: Revista Crítica de Ciências Sociais, volume 65, 2003, p. 110

8 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 109.

9 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** São Paulo: Método, 2008. p. 208.

10 CARRASCO, Marta Blanco. **Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos - una visión jurídica.** Madrid: Reus S.A., 2009. P. 47 -50.

11 BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm > Acesso em: 03 de novembro de 2021

sendo uma norma que foi responsável por impulsionar a prática da mediação no Brasil, sendo uma forma de enfraquecer a cultura do litígio, devendo as partes passarem pela mediação antes de irem até a Justiça¹²

Essa mesma Lei ainda trouxe uma inovação em seu art. 24, a criação de centros judiciários especialmente para a solução de conflitos. Os quais, de acordo com o Ministro Salomão, vem surgindo inclusive no formato online e se popularizando em algumas áreas do Direito, principalmente no Direito de Família.¹³

Mas antes mesmo desta lei ser promulgada, o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2006, já se mostrava um entusiasta dos meios alternativos de resolução de conflitos quando criou o “Movimento pela Conciliação”, que alcançou pelo menos 15 milhões de conflitos solucionados de forma alternativa. Ao se deparar com tal marca, o CNJ criou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, em 2010, um marco regulatório conhecido como Resolução nº 125, servindo como inspiração da Lei de Mediação já trazida neste artigo.¹⁴

A própria Resolução dispõe em seu texto o seu principal objetivo, “*assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade*”, por meio do incentivo de meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, buscando ampliar o acesso à justiça e a pacificação de conflitos.¹⁵

Princípios da mediação

Os mais diversos institutos do direito são norteados por princípios, no caso da mediação não poderia ser diferente. Sobre os princípios que baseiam a mediação, o *caput* do art. 166 do Código de Processo Civil e o art. 2º da Lei de Mediação versam quais sejam eles: *independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada, isonomia entre as partes, busca do consenso e a boa-fé*.

Quanto aos princípios basilares da atuação dos mediadores, a Resolução nº 125 do CNJ, em seu art. 1º, anexo III, dispõe que são eles: “*confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à or-*

12 RODAS, Sérgio. **Em 5 anos, Lei da Mediação ajudou a mudar a cultura do litígio no país.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-27/anos-lei-mediacao-ajudou-mudar-cultura-litigio> > Acesso em: 03 de novembro de 2021

13 RODAS, Sérgio. **Em 5 anos, Lei da Mediação ajudou a mudar a cultura do litígio no país.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-27/anos-lei-mediacao-ajudou-mudar-cultura-litigio> > Acesso em: 03 de novembro de 2021

14 RODAS, Sérgio. **Em 5 anos, Lei da Mediação ajudou a mudar a cultura do litígio no país.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-27/anos-lei-mediacao-ajudou-mudar-cultura-litigio> > Acesso em: 03 de novembro de 2021

15 BRANDT, Lais Michele; BRANDT, Lauro Junior. **Política nacional de tratamento de conflito no poder judiciário: uma análise a partir da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.** Santa Cruz do Sul: XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016, p. 13 -18.

dem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação”¹⁶.

Todavia, Fernanda Marinela¹⁷ se atenta ao fato de que os princípios devem ser vistos como:

“mandamentos de otimização, normas que ordenam a melhor aplicação possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, portanto, a sua incidência depende de ponderações a serem realizadas no momento de sua aplicação. Existindo para o caso concreto mais de um princípio aplicável, esses não se excluem” (MARINELA, 2012, p. 25)

Com isso, os princípios deverão ser respeitados e aplicados em conformidade com a necessidade de cada caso. Assevera que os princípios da mediação corroboram com a sua essência, ou seja, a promoção da liberdade das partes, promovendo a sua reaproximação, para que se chegue a uma solução pacífica e confortável para os envolvidos, sem que haja uma “competição” entre eles.

Mediação como prática transformativa

A mediação tem se mostrado como a melhor alternativa para partes envolvidas em um litígio por esta não impor condições e meios de resolução, mas sempre buscar a conversa e compreensão entre as partes, fazendo com que estas passem de uma batalha, para um diálogo pacífico.

Diante de proporção que o instituto da mediação vem tomando, esta passou a se subdividir em práticas, dentre elas a prática transformativa, na qual a lide é vista como uma oportunidade de crescimento e entendimento das relações.¹⁸

A prática em questão foi iniciada pelos professores americanos Bush e Folger¹⁹, que ao abordarem a mediação com um viés transformativo, o mediador, terceiro imparcial, objetiva facilitar a comunicação entre as partes, os encorajando a servirem de coprotagonistas para darem uma solução ao litígio. Samira Soares²⁰ ainda assevera que: “*A mediação, principalmente o enfoque transformador, traça um novo contexto dentro do qual é possível lidar com as diferenças...*”.

Ao se utilizar da mediação como uma prática transformativa o que se

16 BRASIL. **Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>> Acesso em: 03 de novembro de 2021

17 MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012, p. 25.

18 LEITE, Djamere de Souza Braga. **Mediação transformativa no direito de família: tratando a lide sociológica**. Salvador: Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, 2018, p. 108.

19 RANIERI, Carolina Lyra. **A mediação com elemento transformativo das relações litigiosas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/256392/a-mediacao-como-elemento-transformativo-das-relacoes-litigiosas>> Acesso em: 05 de novembro de 2021

20 SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de Conflitos Ambientais: Um novo caminho para a Governança da Água no Brasil**. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

busca é um equilíbrio entre as partes, com o reconhecimento do seu coprotagonismo, deslocando o foco principal do instituto, ou seja, a busca pela obtenção do acordo, dando lugar a transformação da reação entre as partes, sempre auxiliadas por um terceiro alheio a lide, que usará de seus conhecimentos para ampliar o diálogo entre os envolvidos, fazendo com que estes passem a ver além da sua versão.

Mediação nos conflitos familiares

Os conflitos familiares necessitam de um maior cuidado por envolverem emoções e sentimentos. Maria Nazareth Serpa²¹ versa sobre a realidade desses casos dizendo que fazem parte desta um *“indistinto emaranhado de conflitos legais e emocionais, e quando não são resolvidos pelos protagonistas, transformam-se em disputas intermináveis nas mãos de terceiros, deixando sérias marcas na sociedade.”*

Por conta disso, a melhor forma de se lidar com as lides familiares é a mediação. A mediação no âmbito das relações familiares difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu foco é o próprio restabelecimento da comunicação, por isso atua na sociedade, sendo a sua base tratar de valores, e consequentemente da dignidade das pessoas envolvidas. Serpa²² ainda assevera que:

Nenhuma área de conflito reflete melhor as vantagens e desvantagens da negociação de acordos, feitos através da mediação, do que a familiar. Conflitos de família ocorrem entre pais e filhos adolescentes, ou entre cônjuges em separação, sobre guarda de filhos, ou propriedades, e são figurados por questões especialíssimas e extremamente ligadas. (SERPA, 1998, p. 17)

Assim, há que se falar que é na mediação familiar que se encontra a aplicação mais acertada e eficaz deste instituto, ressaltando a sua visão humanitária, uma vez que a finalidade da sua utilização consiste em reestabelecer responsabilidades esquecidas por conta da lide e reconstruir laços tão fortes que foram rompidos. Laços estes que poderão durar uma vida toda, uma vez que questões familiares envolvem, em alguns casos, pessoas além das partes envolvidas.

Mediação nos centros judiciários de resolução de conflitos

Visando trazer um ambiente mais confortável para as partes, o qual facilitaria a auto composição e visando desafogar o judiciário, é que foram criados os Centros Judiciários de Resolução de Conflitos, mais conhecidos como CEJUSC, por meio da instauração da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de

21 SERPA, Maria de Nazareth. Mediação de família. **Belo Horizonte: Del Rey**, 1998, p. 17.

22 SERPA, Maria de Nazareth. Mediação de família. **Belo Horizonte: Del Rey**, 1998, p. 17.

Justiça, introduzindo a mediação como prática em tais centros e incentivando o acordo em qualquer fase do processo.

No ano de 2019, o Tribunal de Justiça do Paraná constatava o número de 77 mil processos finalizados por meio de mediação ou conciliação. Em se tratando especificamente da mediação, 70% das demandas foram solucionadas com acordo nos 133 CEJUSCs em funcionamento no Estado, sendo proferidas mais de 58.700 sentenças homologatórias²³

Em 14 de julho de 2020 por conta da pandemia mundial de COVID-19, o TJPR inaugurou uma inovação em se tratando do CEJUSC ao tê-lo na modalidade virtual, com o objetivo de alcançar regiões do Estado do Paraná que possuíssem um número reduzido de mediadores e conciliadores e evitando a judicIALIZAÇÃO das causas que lhe procurarem. Contudo dependendo de solicitação pré-processual, por meio de um formulário disponibilizado na própria plataforma digital do Tribunal.²⁴

Eriko Rego Toth²⁵, ao realizar entrevista com perguntas que abordavam da estrutura do ambiente de mediação até os conflitos psicológicos internos gerados neste meio visando confeccionar seu trabalho de conclusão do curso de direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, constatou uma avaliação positiva e números satisfatórios em relação as partes envolvidas na mediação, uma vez que proporciona aos seus participantes voz ativa, responsável, representando um empoderamento e protagonismo do decorrer das sessões. Sendo destaque a estimulação de um diálogo de qualidade entre as partes, com um objetivo que vai além de acordos judiciais.

Em matéria publicada no site da Defensoria Pública do Paraná, é trazido os números da mediação do Estado, onde 75% dos casos atendidos pela Instituição são na área de família. Por conta do número expressivo, Erick Lé Ferreira, que atuou como mediador no Centro de Atendimento Multidisciplinar, considera a mediação como sendo uma forma de celeridade de resolução de uma lide que poderia levar anos. Corroborando, ainda, a Defensora Pública Claudia da Cruz Simas de Rezende, que a solução consensual de conflitos deve ser estimulada, principalmente em casos em que houverem filhos na disputa entre as partes.²⁶

23 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **TJPR finalizou mais de 77 mil processos por meio da mediação e da conciliação, em 2019.** Disponível em: < https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/tjpr-finalizou-mais-de-77-mil-processos-por-meio-da-mediacao-e-da-conciliacao-em-2019/18319?inheritRedirect=false > Acesso em: 07 de novembro de 2021.

24 Notícias do Judiciário / Agência CNJ de Notícias. **Tribunal de Justiça do Paraná lança no centro de conciliação e mediação virtual.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/tribunal-de-justica-do-parana-lanca-novo-centro-de-conciliacao-e-mediacao-virtual/>> Acesso em: 07 de novembro de 2021

25 TOTH, Eriko Rego. **OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO VIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PRÁTICA JUDICIÁRIA NOS CONFLITOS FAMILIARES.** Trabalho de Conclusão de Curso – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2018, p. 33 – 35.

26 Defensoria Pública do Estado do Paraná. **Mediação na DPE-PR.** Disponível em: <<https://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/07/1968/Mediacao-na-DPE-PR.html>>.

Ainda que a mediação apresente dados satisfatórios de efetividade, o ordenamento jurídico brasileiro carece de incentivo a tal instituto e por conta disso muitas pessoas envolvidas em litígios acabam por desconhecer tal meio de resolução de conflito, que poderia tornar a lide mais célere e menos exaustiva para os envolvidos.

Considerações finais

O choque de pensamentos e visões diferentes entre seres humanos vivendo em uma sociedade é um fato ensejador de conflitos, o que é explicado pela “Teoria dos Conflitos”. Nos dias de hoje, um mero dissabor do cotiado é passível de ensejar uma demanda judicial, o que é capaz de sobrecarregar o sistema e fez com que o legislador buscasse por meios alternativos de solução de conflitos, surgindo então a mediação, que vem sendo cada dia mais aplicada, até mesmo sendo solicitada pelas próprias partes.

A mediação tem se destacado nas demandas que envolvem questões familiares, já que 75% dos processos que se utilizam deste instituto são oriundos do Direito de Família. Essa questão se mostra com duas facetas: um desafio para tal instituto, mas também um triunfo deste. Tal destaque ensejou o presente estudo, que visou analisar as disposições legais acerca do tema e a aplicação da mediação nessa espécie de lide que envolve questões que vão além de meros dissabores do cotidiano e seus números em questões que já foram em busca do auxílio judicial, trazendo alguns dados obtidos por meio de pesquisa de campo nos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos.

Assim, foi possível perceber que ainda que a mediação não seja plenamente incentivada no Brasil e ainda haja um grande desconhecimento das partes que procuram o judiciário sobre tal instituto, a mediação ainda apresenta números significativamente positivos com relação a sua eficácia, já que 70% dos processos que passaram pela aplicação da mediação se solucionaram com esta, perfazendo o número expressivo de 58.700 sentenças homologatórias de acordos advindos do diálogo entre as partes. Número este, tendencioso a aumentar, já que em razão da pandemia de COVID 19, agora os centros de mediação também estão acontecendo de forma remota, por meio virtual, ou seja, chegando até aqueles que não poderiam comparecer a mediação pessoalmente por qualquer motivo.

O estudo também mostra o porquê de a mediação estar em constante crescimento e protagonismo nas soluções alternativas de litígios, as partes envolvidas e entrevistadas em pesquisa de campo declararam que com a mediação ganharam voz ativa com relação aos seus próprios problemas e empoderamento quanto as suas opiniões, ainda que tenham que ouvir, também, a outra parte.

Com isso, se chega à conclusão de que a mediação como método transformativo, reestruturador e de conexão, ou reconexão, entre as partes, só

tende a se destacar conforme a sociedade for incentivada, ou pelo menos, possuir mais informações sobre tal instituto. Uma pessoa ao entrar com uma demanda judicial, não tem conhecimento do desgaste mental que está podendo causar. Assim a mediação se mostra não somente como uma forma de desafogar um judiciário abarrotado de processos, mas sim de auxílio aos envolvidos nesta a terem de volta sua paz, sem que precisem se digladiar para tanto. O crescimento da utilização da mediação no Direito de Família deve servir de exemplo para as outras áreas, para que estas alcancem os mesmos números, ou números mais significativos, e assim possa haver uma grande mudança no judiciário em sua totalidade, onde a resolução por meios alternativos, ou mais adequados, para resolução de conflitos se coloquem em mesmo grau de importância das imposições de um juiz.

Referências

ALCÂNTARA JÚNIOR, José Odeval. **Georg Simmel e o conflito social**. Caderno Pós Ciências Sociais, São Luís, v. 2, n. 3, 2005.

BRANDT, Lais Michele; BRANDT, Lauro Junior. **Política nacional de tratamento de conflito no poder judiciário: uma análise a partir da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça**. Santa Cruz do Sul: XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm> Acesso em: 03 de novembro de 2021

BRASIL. **Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>> Acesso em: 03 de novembro de 2021

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CARRASCO, Marta Blanco. **Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos - una visión jurídica**. Madrid: Reus S.A., 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Defensoria Pública do Estado do Paraná. **Mediação na DPE-PR**. Disponível em: <<https://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/07/1968/Mediacao-na-DPE-PR.html>> Acesso em: 07 de novembro de 2021

DEUTSCH, Morton. **A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos**; tradução: Arthur Coimbra de Oliveira; revisão: Francisco Schertel Mendes. In: **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação** vol3. André Gomma de Azevedo (org.) Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

DEUTSCH, Morton. **The handbook of conflict resolution: theory and practice**. Published by Jossey-Bass. United States of America: 2006.

FRADE, Catarina. **A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobre endividamento**. Coimbra: Revista Crítica de Ciências Sociais,

volume 65, 2003.

HELLINGER, Bert. **Conflito e paz: uma resposta**. São Paulo: Cultrix, 2019.

LEITE, Djamere de Souza Braga. **Mediação transformativa no direito de família: tratando a lide sociológica**. Salvador: Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

Notícias do Judiciário / Agência CNJ de Notícias. **Tribunal de Justiça do Paraná lança no centro de conciliação e mediação virtual**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/tribunal-de-justica-do-parana-lanca-novo-centro-de-conciliacao-e-mediacao-virtual/>> Acesso em: 07 de novembro de 2021

RANIERI, Carolina Lyra. **A mediação com elemento transformativo das relações litigiosas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/deposito/256392/a-mediacao-como-elemento-transformativo-das-relacoes-litigiosas>>. Acesso em: 05 de novembro de 2021

RODAS, Sérgio. **Em 5 anos, Lei da Mediação ajudou a mudar a cultura do litígio no país**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-27/anos-lei-mediacao-ajudou-mudar-cultura-litigio> > Acesso em: 03 de novembro de 2021

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.**

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de Conflitos Ambientais: Um novo caminho para a Governança da Água no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

TOTH, Eriko Rego. **OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO VIAS DE REPERSONALIZAÇÃO DA PRÁTICA JUDICIÁRIA NOS CONFLITOS FAMILIARES**. Trabalho de Conclusão de Curso – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2018.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **TJPR finalizou mais de 77 mil processos por meio da mediação e da conciliação, em 2019**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/tjpr-finalizou-mais-de-77-mil-processos-por-meio-da-mediacao-e-da-conciliacao-em-2019/18319?inheritRedirect=false > Acesso em: 07 de novembro de 2021.

MEDIAÇÃO COMO PRÁTICA ESG

Carla Alcofra

Instituto dos Advogados Brasileiros – advogada. Mediadora Judicial Sênior

Bernardo Gicquel

Instituto dos Advogados Brasileiros – Advogado

Resumo:

As práticas ESG se referem, em inglês, a “*environmental, social and governance*” (ambiental, social e governança, em português, portanto, ASG). Nos tempos atuais, cada vez mais empresas querem ser percebidas positivamente pela sociedade e por investidores, por isso procuram adotar tais práticas. Há, portanto, uma oportunidade de se ampliar nos ambientes empresariais as resoluções alternativas de litígios no ambiente empresarial, especialmente a mediação, pois tem como filosofia a solução de conflitos de forma não adversarial, o que se conecta com uma postura mais humana e consciente na gestão dos conflitos. Tal postura está totalmente ligada às práticas ESG, logo, empresas com o foco em ativos ESG devem inserir cada vez mais a mediação como prática de resolução de conflitos, reduzindo ou, pelo menos, não priorizando a opção pelos métodos adversariais.

Palavras-chave: Conflito; Resolução; Mediação; Prática; ESG.

Introdução

As práticas ESG (Environmental, Social and Governance) – ou, em português, ASG, referindo-se à Ambiental, Social e Governança – estão transformando o mundo dos investimentos e terão grande impacto na economia nos próximos anos.

O termo ESG diz respeito às práticas corporativas que perpassam aspectos ambientais, sociais e de governança sobre a atuação das empresas e pode nortear o fluxo de capital para a construção de uma sociedade mais sustentável.

As práticas ESG orientam as organizações a construir confiança, aumentar a consciência e encorajar a mudança social.

Os efeitos dessa agenda são múltiplos: impactam a força de trabalho, melhoram a imagem da marca, fomentam a inovação, geram crescimento eco-

nômico, estabelecem parcerias estratégicas e impactam positivamente a sociedade.

De forma resumida, as práticas ESG seriam os investimentos que as empresas fazem para subsidiar ações de desenvolvimento sustentável.

O termo surgiu pela primeira vez no final de 2004 em uma publicação do Pacto Global em parceria com o Banco Mundial, chamada *Who Cares Wins*, da ONU (Organização das Nações Unidas), algo como “quem se importa vence”, em português.

O documento foi um pedido do então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, para que instituições financeiras incorporassem princípios sociais, ambientais e de governança em suas análises de investimento.

Onze anos depois, dois eventos fariam o tema ganhar ainda mais tração no mercado financeiro: a Agenda 2030 da ONU, que estabeleceu os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), e o Acordo de Paris.

Para se ter uma ideia, em 2020, o diretor-executivo da BlackRock, a maior gestora de fundos do mundo, materializou a virada de jogo do ESG em sua tradicional carta anual, anunciando que a sustentabilidade se tornaria critério para as decisões de investimento da gestora e disse que as empresas não comprometidas com o tema estão fadadas a ficar sem capital.

Com mais de R\$ 44 trilhões em ativos sob sua gestão (seis vezes o PIB do Brasil em 2020), o mercado entendeu o caminho: investir em empresas ESG.

Portanto, de uns anos para cá, as práticas ESG ganharam muita força.

Segundo o Google Trends, ferramenta que mostra o volume de buscas sobre um termo no Google, o interesse pelo ESG atingiu, em 2021, seu nível mais alto em 16 (dezesseis) anos. A procura foi quatro vezes maior que a média do ano passado e 13 (treze) vezes superior à de 2019.

Há relatório econômicos apontando que, até 2025, 57% dos ativos europeus estarão alocados em fundos que têm os três princípios como critério e que 77% dos investidores do continente pretendem parar de comprar produtos “não ESG” nos próximos dois anos.

No Brasil, os números ainda são baixos, mas estão crescendo. Segundo a Anbima (Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais), em 2020 havia cerca de R\$ 700 milhões em fundos ESG, número quase três vezes mais que no ano anterior.

Assim, tornar-se ESG não é só uma questão de imagem, é de dinheiro também.

As empresas aumentaram o interesse em incorporar boas práticas, diante de muita pressão dos investidores e das gestoras que alocam recursos.

É incontestável que as práticas ESG não devem ser vistas como meros parâmetros de intencionalidade de fatores de sustentabilidade, mas como um marco efetivo para mudança do paradigma prático, fazendo com que esses parâmetros sejam convertidos em desenvolvimento econômico e possibilitem a criação de valor de longo prazo.

Embora a tendência ESG na era pré-pandêmica caminhasse para contornar firmas, o início da pandemia decorrente da COVID-19 gerou um avanço.

A crise da COVID-19 comprovou, de forma inédita, como, no mundo globalizado, ainda que inicialmente restritos a uma localidade, questões locais podem gerar impactos para a sociedade globalmente, levando a pandemia, portanto, a uma intensificação da agenda ESG.

Nos primeiros três meses de 2021, os EUA receberam quase US\$ 21,5 bilhões em fundos sustentáveis, valor este ainda mais alto do que o recorde anterior estabelecido no quarto trimestre de 2020, de US\$ 20,5 bilhões, e mais do que o dobro dos US\$ 10,4 bilhões registrados no primeiro trimestre de 2020. Os investimentos foram ainda cerca de cinco vezes maiores do que o verificado no primeiro trimestre de 2019, período anterior à pandemia.

Nesse contexto, o artigo “*ESG risks in time of Covid-19*”, publicado por Fabrizio Ferriani e Filippo Natoli, membros do Banco da Itália, explora como as ações das empresas foram impactadas pela pandemia de COVID-19. O resultado evidencia que os investidores optaram por companhias de menor risco ESG, dada a maior perspectiva de retorno futuro.

Os ativos ligados a ESG representariam um montante de US\$ 38 trilhões, um crescimento de mais de 25% quando comparados aos US\$ 30 trilhões verificados em 2018, pré-pandemia. A plataforma estima que esse valor deve aumentar nos próximos anos, atingindo o montante de US\$ 53 trilhões em 2025, o que representaria um terço do total de ativos mundiais, que deve chegar a US\$ 140,5 trilhões.

A partir do acima, é possível reconhecer que as práticas ESG – ainda que em grande parte voluntárias – deixaram de ser um mero diferencial para se tornarem uma vantagem competitiva aos que as adotam, tornando-se elemento central à estratégia empresarial.

O retorno já consta de indicadores e tem vindo através dos investidores que avaliam o nível do risco ESG para definição de estratégias de mercado.

É preciso, portanto, fazer com que as práticas ESG façam parte da estratégia da empresa e não seja somente uma ação de marketing.

Nesse sentido, vale atenção e cuidado para um ponto importante, o *greenwashing*.

O que ele significa? O *greenwashing* pode ser praticado tanto por empresas e indústrias, quanto por ONGs, governos ou políticos. Ocorre quando algum desses órgãos promovem discursos, propagandas e/ou campanhas colocando-se como sustentável, mas, na verdade, o discurso não compactua com o que é de fato feito.

Em um momento como o que estamos vivendo atualmente, em que todos os olhos estão voltados para a importância de se ter boas práticas ESG, é necessário uma atenção redobrada visando diferenciar o que é somente um discurso do que é a prática.

No momento de avaliação da empresa pelo mercado e pelos consumi-

dores, essas práticas serão consideradas como um ativo da instituição, melhorando efetivamente a avaliação da companhia.

Por isso, não basta adotar o discurso ESG é preciso demonstrar a sua prática.

Assim, em aspectos práticos, as empresas devem atender a alguns princípios como práticas ESG, por exemplo:

- *Environmental* (Ambiental):
A letra E (A em português) revela uma redução do impacto ambiental e preocupações com questões como aquecimento global e emissão de carbono; eficiência energética; gestão de resíduos; poluição e recursos naturais.
- *Social* (Social):
A letra S, de Social, é como a empresa respeita os seus parceiros: clientes, colaboradores e funcionários. Os temas envolvidos nesta pauta são inclusão e diversidade; direitos humanos; engajamento dos funcionários; privacidade e proteção de dados; políticas e relações de trabalho; relações com os consumidores, fornecedores e comunidades, bem como treinamento da força de trabalho.
- *Governance* (Governança):
Quando o assunto é governança - última letra da sigla/termo - trata-se de como a empresa adota as melhores práticas de gestão corporativa. Como diversidade no conselho; ética e transparência; estrutura dos comitês de auditoria e fiscal; e política de remuneração da alta administração; canal de denúncias.

As demandas internas das empresas e externas de governos e sociedade civil têm imposto às corporações a adoção de políticas visando à adequação de sua atividade aos diversos aspectos relacionados ao meio ambiente e à sociedade.

Importante ainda acrescentar a tudo isso que a cada mudança geracional há proposições e cobranças de novos posicionamentos e comportamentos sociais e ambientais.

A geração Z, que são as pessoas nascidas após 1990, por exemplo, já representam um quarto da população global e possuem um papel importante em meio à mudança ambiental, tecnológica e social, bem como em suas famílias.

Isso pois, embora a Geração Z seja jovem e, portanto, tenha renda inferior à média, eles têm uma influência mais ampla.

Diante desse cenário evolutivo, cultural, financeiro e social, surge uma oportunidade de se ampliar as resoluções alternativas de litígios no ambiente empresarial, especialmente através a medição.

A mediação como prática ESG

Pode-se afirmar que a função precípua do Direito é garantir a pacificação social.

Porém, ao contrário do que muitos pensam, não é apenas através da justiça comum que se consegue obter a paz social.

Os meios alternativos de pacificação social são métodos eficientes de resolução de conflitos, pois, além de pôr fim ao problema, eles são mais céleres, econômicos e menos desgastantes para os envolvidos do que a justiça comum.

A mediação é um desses meios e tem como filosofia a solução de conflitos de forma não adversarial, o que se conecta com uma postura mais humana e consciente na gestão dos conflitos.

Tal prática não é uma nova maneira de resolução de conflitos.

Há muito que as civilizações a utilizam.

Na China, a filosofia de Confúcio, baseada nos princípios de moralidade que se sobrepõe à legalidade, inspirou a resolução de conflitos pelo acordo e pelo entendimento, a fim de que, efetivamente, os envolvidos sintam-se favorecidos e satisfeitos.

Nas diversas partes do mundo é possível encontrar traços da mediação, sob variadas feições.

Na África, são os moots, na Europa - *El defensor del pueblo*, ombudsman, *le mediateur de la Republique*.

Na América, situam-se entre os grupos religiosos como os quakers, rabinos e judeus.

No mundo ocidental, a ideia de divórcio e separação multidimensional foi concebida, primeiramente, nos Estados Unidos, por advogados e psicólogos que se sentiam frustrados com sua inabilidade em resolver os conflitos da forma adversarial e tradicional.

É, portanto, um método de resolução de conflitos assentado em um cenário de comunicação e na interdependência entre as partes, em que os mediadores se ocupam de desconstruir os impasses de comunicação que atrapalham a fluidez do diálogo e de desenhar estratégias de negociação que favoreçam a autocomposição, que traz muito mais valor e satisfação para os envolvidos.

A mediação permite sanar o conflito na medida em que o mesmo é tratado a fundo e de acordo com os critérios valorizados pelas partes e não de acordo com critérios estabelecidos exteriormente.

Trata-se de um poder que se manifesta por meio da liberdade de exercer o direito à autonomia e à autodeterminação, sem coação do próximo, funcionando como um resgate ou a construção da solidariedade pela experiência de representar a si próprios, transformando os desejos, interesses e suas necessidades em instrumentos de argumentação e negociação.

Assim, reduz o desgaste emocional, pois facilita a comunicação entre as partes.

As pessoas sentem-se satisfeitas com as resoluções que elas mesmas encontram por meio da mediação.

O mediador desempenha função estratégica na solução, transformando, apoiado em técnicas, a conduta dos mediandos.

A mediação propõe um novo paradigma, afastando a cultura do litígio e introduzindo a cultura da cooperação, provocando a harmonização das partes, para que juntas, consigam obter soluções criativas para seus problemas.

Desse modo, não existem vencedores e perdedores na mediação. Ambos os mediandos ganham, mas também ambos abrem mão de parte de seus interesses para a realização de um acordo mutuamente satisfatório.

A mediação, como meio de solução de controvérsias que incentiva o diálogo e a comunicação entre as partes, possui inúmeros e interligados objetivos. Restabelecendo o relacionamento entre as partes.

Pode-se pensar que o principal objetivo seria a celebração do acordo, mas suas finalidades vão além, analisando o papel do conflito na vida humana. Sabe-se que todos os indivíduos já o possuem desde a sua vida uterina até a morte e que todos os conhecimentos e crescimentos são frutos dos conflitos enfrentados pelos homens.

Desse modo, percebe-se que o conflito é um evento natural e necessário para a humanidade. Neste sentido, não é prejudicial ao ser humano a existência destas disputas, mas sim a forma equivocada como são administradas.

A mediação objetiva uma visão positiva dessas situações adversas, entendendo-as como naturais e necessárias ao ser humano. Esse momento de tensão deve ser visto como um processo de transição que, se enfrentado adequadamente, proporciona amadurecimento.

Com a mediação, as partes passam a ter um diálogo mais compreensível e amigável, baseado no entendimento das diferenças pessoais. Ao contrário das longas discussões do dia-a-dia, as pessoas começam a analisar os problemas sob uma nova ótica, em que prevalecem a paz e a busca de uma solução que atenda às necessidades de todos.

A transformação do conflito em uma mediação bem sucedida restabelece o equilíbrio de cada uma das partes e recompõe o relacionamento entre elas, criando, a partir dessa conscientização, uma nova realidade.

Portanto, a mediação é uma prática de altíssima importância social, valorizando o bem estar, a inclusão, a diversidade, a privacidade e mantendo ou recuperando a relação harmoniosa entre as partes, pois são elas que encontram a solução do conflito.

A adoção da mediação pelas empresas como método principal de soluções de conflitos traduz-se em evidente melhoria do relacionamento com a comunidade por adotar métodos amigáveis.

Os indivíduos aprendem a identificar as reais disputas e a resolvê-las de modo a buscar não apenas a satisfação pessoal, mas o entendimento das necessidades do outro.

Nesse enfoque, a mediação visa à pacificação social.

Não se pode também esquecer que o Mundo está vivendo um momento “disruptivo”, com alterações de percepções e hábitos humanos, especialmente diante do avanço da tecnologia, ou seja, uma nova realidade está diante de nós, fato que por si só justifica a necessidade de novas reflexões jurídicas e políticas.

Esse momento não tem mais volta e alterará por completo a vida, a rotina de todos, inclusive dos advogados.

O maior acesso à Internet, especialmente pelo uso dos smartphones, alteraram o cotidiano, já impactando alguns modelos econômicos tradicionais e, isso, é só o início.

São exemplos disso o Uber, Netflix, Whatsapp, Airbnb, Spotify, entre outros, representando dinâmicas “disruptivas”, em decorrência da alta velocidade e da intensidade como entram na vida de expressivo número de indivíduos.

Assim, considerando-se a dinâmica atual e a necessidade de conveniência e praticidade em todos os âmbitos, mediação *on line* passou a ser uma solução ainda mais adequada para os conflitos.

A mediação *on line* surge da combinação da aplicação dos princípios da mediação a ferramentas digitais.

Essas ferramentas vêm surgindo, cada vez mais na forma de plataformas de resolução de conflitos onde as partes envolvidas conseguem resolver seus conflitos, mesmo não estando no mesmo ambiente.

Tal postura está totalmente ligada às práticas ESG.

É o “S”.

Logo, as empresas com o foco em ativos ESG devem inserir cada vez mais a mediação como prática de resolução de conflitos, reduzindo ou, pelo menos, não priorizando a opção pelos métodos adversariais, naturalmente mais custosos, que, por vezes, não geram a satisfação desejada, que delongam um tempo que não se entende como adequado e que geram a antipatia natural entre as partes, muitas vezes, gerando abalos irreversíveis entre clientes, fornecedores e a empresa.

Tal movimento na direção de ampliar o uso da mediação por empresas que adotam as iniciativas ESG já está acontecendo nos Estados Unidos e na Europa.

No Brasil, apesar dos dados do último relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, informar que cada juiz julgou em 2019 oito processos por dia útil, não é diferente.

De acordo com o CAM-CCBC Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá a resolução de conflitos por meio da mediação registrou alta de 40%, de janeiro a setembro de 2020, ao comparar com o mesmo período do ano anterior. O montante total desses procedimentos foi de 1,857 bilhão de reais, com valor médio de 464,41 milhões de reais.

Importante observar os números e as quantias envolvidas para concluir que as empresa que realmente estão investindo na mediação como uma prá-

tica ESG, não se limitando ao marketing, estão realizando elevados valores tangíveis e intangíveis para a própria empresa e para a sociedade.

A adoção da mediação dentro de uma estratégia ESG firma a imagem de uma empresa que se preocupa com os clientes, empregados e parceiros comerciais, ou seja, uma empresa que presa e respeita pela sua responsabilidade social.

Há, por conseguinte, uma clara conexão entre o uso da mediação e as práticas ESG.

Ambas estão ligadas a construção de uma sociedade melhor, desenvolvida, sustentável, pacificada, harmoniosa e mais justa, logo, cabe aos diversos agentes da mediação promoverem o método de solução de conflitos junto as empresas, de forma a acelerar a sua utilização e contribuir significativamente para uma mudança mais rápida na nossa sociedade na forma em que se pensa o conflito como resolução das diferenças.

Como já mencionado acima, a ONU (Organização das Nações Unidas), em setembro de 2015, estabeleceu os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Globais, empenhada em alcançar o desenvolvimento sustentável nas suas três dimensões – econômica, social e ambiental – de forma equilibrada e integrada até 2030.

Entre os objetivos da Agenda 2030, o de número 16 (dezesseis) aponta: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”

É um objetivo global proporcionar o acesso à justiça, no caso, *lato sensu*, através da solução não adversarial, ou seja, a mediação.

Por outro lado, cabem às empresas adotarem nas suas práticas ESG a mediação como prioridade na resolução de seus conflitos.

A iniciativa precisa ser da empresa, sem a necessidade de aguardar políticas públicas.

Tanto é assim, que surgiram os Títulos Sociais, que já são comparados aos Títulos Verdes (Green Bonds), destinados a financiar projetos com resultados sociais positivos.

Assumir essas responsabilidades, até pouco tempo, era considerada uma questão moral, de imagem, hoje tem status econômico, de sobrevivência e de competitividade.

Sempre importante enfatizar o acima de que inúmeros fundos de investimentos, com bilhões de dólares disponíveis para aplicação, já decidiram apoiar unicamente empresas que desenvolvam modelos de negócios sustentáveis e responsáveis, comprometidos com os princípios da ESG.

O setor empresarial precisa estar atento a este relevante movimento global, caso contrário, logo encontrará dificuldades para permanecer competitivo.

A mediação, como método de resolução de conflito, entendido como uma prática ESG, se torna, por conseguinte, um ativo empresarial.

Assim, é preciso que as empresas reconheçam e apliquem novas soluções, como a mediação, pois está surgindo um novo consumidor e um novo investidor, com mais consciência social e ambiental.

Neste novo momento as pessoas estão decididas a optar por produtos e serviços de empresas verdadeiramente comprometidas com a redução dos impactos ambientais, atentas às questões sociais e de interesse público, entre outras práticas de governança.

É fundamental destacar que responsabilidade não se contrapõe à lucratividade.

O lucro que decorre do regime capitalista, quando efetivamente fraterno, merece ser analisado no aspecto jurídico de maneira que os direitos humanos sejam aplicados em todas suas dimensões, desde sua obtenção até a destinação.

As práticas ESG demonstram que o lucro não deve ser a única finalidade da atividade econômica ou empresarial e que a correta destinação de seus resultados pode auxiliar na criação de uma ordem social justa e na existência digna, concretizando os direitos humanos.

Conclusão

Está evidente que estamos diante de uma nova era, em que as relações estão sendo alteradas.

ESG é um processo, não cabendo, portanto, uma classificação binária ou estacionária – não se trata de ser ou não ser ESG: o que vemos são diferentes empresas em diferentes estágios dessa jornada.

Dito isso, as empresas vencedoras serão aquelas cujo comportamento em relação às questões ambientais, sociais e de governança são colocadas em primeiro plano.

Até o momento, sem dúvidas o avanço é evidente, contudo, esse número ainda tem espaço para crescer, tendo em vista a relevância crescente das práticas ESG.

Assim, as soluções dos conflitos também devem ser ajustadas para atender ao bem maior, a pacificação social, os direitos humanos, a responsabilidade social do capital.

A mediação como uma prática ESG promove o acesso à justiça amplo, visando o desenvolvimento sustentável, objetivo global até 2030, conforme estabelecido pela ONU, o que aumenta a importância.

As empresas devem incorporá-la, adotando-a como prioridade numa solução de conflito em suas relações de qualquer tipo, vez que é um instrumento de atuação positiva e participativa no equilíbrio de litígios, transformando o contexto adversarial em colaborativo, estimulando e vitalizando a comunicação entre os indivíduos em conflito de modo a proporcionar o que a jurisdição pública certamente não possui condições de oferecer, celeridade e restabelecimento da relação social entre as partes.

A pacificação é social possível e é uma prática ESG, que as empresas, ao implementar a mediação como meio prioritário para a solução de conflitos, colaborarão continua e intensamente para avanços sociais.

Referências

Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>.

FERRIANI, Fabrizio; NATOLI, Filippo. **ESG risks in times of Covid-19.** Applied Economics Letters, [S.L.], p. 1-5, 9 out. 2020.

ESG assets may hit \$53 trillion by 2025, a third of global AUM. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/professional/blog/esg-assets-may-hit-53-trillion-by-2025-a-third-of-global-aum/>

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/06/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-virou-febre-no-mundo-dos-negocios.shtml>

<https://trends.google.com.br/trends/explore?q=esg>

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004

SOUZA, Rosane Mantilla. **Mediação social: uma experiência de trabalho em comunidade de baixa renda.** In: MUSTZKAT, Malvina Éster (org). Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003

ZAPPAROLLI, Célia Regina. **A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça.** In: MUSTZKAT, Malvina Éster (org). Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003

Juan Carlos Vezzulla. Mediação: **Guia para Usuários e Profissionais.** Florianópolis: IMAB, 2001

LITTLEJONH, Stephen.; DOMENICI, Kathy L. **Objetivos e Métodos de comunicação na mediação.** In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJONH, Stephen. (Orgs) Novos Paradigmas da Mediação. Trad. Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

A TECNOLOGIA COMO FERRAMENTA DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS

Ana Clara Paiva de Almeida

Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, advogada e mediadora.

Diogo Kelmer Mendes Ribeiro

Pós-graduando em Direito da Proteção e Uso de Dados pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, advogado e mediador.

Resumo:

Impulsionado pelo cenário de pandemia mundial e paralisação de diversos setores judiciais, o problema do abarrotamento de processos judiciais e o retardamento de suas soluções se intensificou. Por consequência da pandemia, houve a necessidade de maior fomento em meios de tecnologia para efetivação do acesso à ordem jurídica justa, em especial em procedimentos de autocomposição. Assim, considerando a pandemia do COVID-19, esse artigo objetiva analisar as contribuições e pontos de atenção no uso da tecnologia como forma de acesso à justiça. Para se alcançar esse resultado, pretende-se, como objetivo geral, analisar as mudanças trazidas com a pandemia, verificando a implementação de políticas e ferramentas que garantissem a continuidade e pleno acesso, ainda que remoto, à ordem jurídica justa, analisando o histórico dos processos de autocomposição no Brasil, comparando as informações e dados disponíveis e verificando, através do comparativo dos referidos dados, as transformações geradas.

Palavras-chave: Tecnologia; Acesso à justiça; Pandemia; Autocomposição.

Introdução

A sociedade se congrega por meio de indivíduos únicos com pensamentos e ideologias que podem dialogar ou conflitar entre si. O sacrifício do individualismo pelo pacto social está historicamente ligado ao conflito, ao debate, à discussão e à disputa. Entretanto, formalizado pela Constituição Federal de

1988, ressalvadas as exceções, tem-se o reconhecimento de que o particular não dispõe do direito de autodefesa ou de agir privativamente para atender seus interesses, cabendo ao Estado a concretização das normas. Isso pavimentou um caminho de mecanismos que proporcionam a resolução adequada de conflitos e vedasse o uso da autotutela, ou seja, da força como método de imposição de vontade.

Sendo instrumento de efetivação de direitos e justiça e tendo o dever de prestar tutela jurisdicional a quem postular, é indispensável que o Estado esteja ao alcance de todos os cidadãos. Normativamente, a Constituição Federal em seu Artigo 5º, no inciso XXXV, prevê a garantia de acesso à justiça¹ a todos brasileiros e estrangeiros como um direito fundamental², e, atualmente, esse direito “tem tamanha importância, que é considerado parte integrante da dignidade da pessoa humana” (RODRIGUES, 2021, p. 24). Além disso, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948³, ratificada pelo Brasil na mesma data, também contempla a referida garantia, quando estabelece que toda pessoa tem direito a uma audiência justa e um tribunal para decidir seus direitos e deveres.⁴

O Estado, portanto, deve garantir o que Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marcelo Mazzola (2021, p. 54) chamam de “isonomia substancial aos cidadãos”⁵, ou seja, por sua atuação, a Administração Pública deve assegurar que todos seus tutelados tenham acesso aos direitos previstos nos Sistema Normativo, e “na função jurisdicional, esse dever de igualdade se expressa, precisamente, pela garantia do acesso à justiça” (PINHO, 2021, p. 54). Nesse sentido, conforme corrobora Marco Antônio Rodrigues, tem-se que a materialização das garantias fundamentais “passou a ser não apenas o ingresso de uma pretensão no judiciário, mais um direito a uma prestação jurisdicional justa.” (RODRIGUES, 2021, p. 25).

Projeto Florença

Nesse sentido, caminhando em conjunto com desenvolvimento de mé-

1 *Ipsis litteris*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

2 De acordo com o conceito definido por Barroso, Direitos Fundamentais são “direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico.” (2020, p. 510).

3 Disponível em http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em 17 de agosto de 2021.

4 Artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Artigo 10º - Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”. Disponível em <https://desinstitute.org.br/noticias/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-como-surgiu-e-o-que-defende/?gclid=CjwKCAjw7rWKBhAtEiwAJ3CWL-M33fL_Nxbx3Idiy2LlcepaIgXc6YKUOhwjNgilnF5ZWtWZhDOYJvBoCQHMQA-vD_BwE> Acesso em 17 de agosto de 2021.

5 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. Manual de Mediação e arbitragem – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 54

todos adequados de solução de conflitos, alcança-se um momento histórico representado pelo estudo inovador produzido em 1978 e intitulado de “Projeto Florença” que, conduzido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, durante 4 anos, através da observação empírica, trouxe à luz o desenvolvimento do conceito de acesso à justiça, elucidando obstáculos e “ondas” de renovação para a efetivação dessa garantia.

Os três movimentos de transformação do acesso à justiça, segundo os autores, devem refletir a necessidade da comunidade e serem capazes de produzir resultados individuais e socialmente justos.

O primeiro obstáculo, verificado durante o projeto acima citado, se refere às custas judiciais e entraves econômicos, já que os “altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema”⁶. Essa questão de natureza econômica foi abordada no judiciário brasileiro em 1950, quando a Lei nº 1.060/1950 estabeleceu assistência judiciária aos hipossuficientes com a isenção de taxas, custas e despesas judiciais⁷.

Continuamente, a segunda onda renovatória liga-se à dificuldade de representação dos interesses difusos, propondo a construção de mecanismos adequados para a tutela destes direitos coletivos. Sobre esse impedimento, o sistema brasileiro também trabalhou no desenvolvimento e aplicação métodos para superá-lo por meio de mecanismos próprios ao caráter coletivo das demandas⁸.

A Terceira onda, se refere à solução satisfatória do conflito utilizando o método adequado para tanto. Conforme elucidam Cappelletti e Garth (2002, p. 71) “esse enfoque, encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações na forma de procedimento, [...] [reconhecendo] a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”.

Difusão da tecnologia na pandemia e surgimento da nova onda renovatória

Com o advento da tecnologia e a expansão dos meios de comunicação em massa, o cidadão passou a ter maior consciência de seus deveres e a necessidade de concretizá-los (GRECO, 2012, p. 8). Nessa tentativa de adaptar o procedimento de forma a atender a solução adequada de conflitos e a justiça

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 16

7 Posteriormente, o legislador consolidou essa assistência através do artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Brasileira de 1988, ratificada pelo Código de Processo Civil de 2015.

8 A título de exemplo temos a Lei 4.717/65 de Ação Popular, Lei 7.347/85 da Ação Civil Pública, o conjunto de disposições presentes no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e, regulado pelo recente Código de Processo Civil de 2015, há, ainda, o incidente de resolução de demandas repetitivas, cabível quando simultaneamente houver a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, conforme prevê os incisos I e II do artigo 976 do CPC/15.

ampla e democrática, inspirado na terceira onda renovatória de Cappelletti, o Brasil caminha para o desenvolvimento de uma justiça coexistencial e multiportas com o encorajamento da autocomposição, sendo os meios consensuais de solução de conflitos parte do “amplo e substancial conceito de acesso à justiça, com critérios mais apropriados do que a sentença em certas situações, pela possibilidade de adequação da solução à peculiaridade do conflito, à sua natureza diferenciada, às condições e necessidades especiais das partes”⁹. Trata-se da tentativa de se findar a cultura da sentença e se iniciar a cultura da pacificação.

Nesse sentido, cumpre salientar a desenvolvimento empreendido por Kazuo Watanabe (2019, p. 82) que representa uma evolução do projeto de Cappelletti e Braynt Garth, ensinando que esse princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, na Constituição Federal¹⁰, “não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie o jurisdicionado a obtenção da tutela efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa”¹¹, termo que leva o mesmo título da obra do autor.

Desta forma, como apresentado “A assistência judiciária [...], não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita o acesso à Justiça”¹², bem como os demais mecanismos propostos não podem permanecer estáticos.

Reconhecer que a hipossuficiência guarda um conceito pluralístico, que não se deslinda apenas com a concessão da justiça gratuita e perpetua por meio de múltiplos aspectos sociais, e entender que o acesso à justiça caminha em conjunto com a evolução da sociedade, pode ser o primeiro passo para a democratização do mesmo. Mais do que isso, as três barreiras “têm uma íntima relação e qualquer solução aventada deve tratar todos os problemas em conjunto” (PINHO, 2017, p. 65).

Alguns autores, como Marco Antônio Rodrigues, Maurício Tamer, Rodrigo Fux e Richard Susskind, visualizam uma nova onda de renovação germinada pela aplicação da tecnologia nas demandas judiciais e extrajudiciais.¹³

9 WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 82

10 Artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Brasileira de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 19 de setembro de 2021

11 WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 82

12 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 47

13 Essa onda ganha ainda mais destaque com o projeto em construção conduzido por Braynt Garth intitulado *Global Access to Justice Project* que, seguindo a metodologia empírica de seu anterior “Projeto de Florença” de 1978, visa pesquisar e identificar soluções práticas e contemporâneas para a problemática do acesso à justiça atual, em que estima-se que aproximadamente “3,8 bilhões de pessoas se encontram impedidas de reivindicar seus direitos mais básicos através do sistema de justiça, o que frequentemente resulta na exclusão social e política, ou na marginalização, tanto em aspectos legais quanto cívicos.”

Durante a pandemia, os meios adequados de solução de conflitos por vias tecnológicas teve um aumento significativo, em razão do distanciamento social¹⁴¹⁵. Em sua obra recente de 2019, Susskind (2019, p. 27) aponta que há mais usuários ativos e com acesso à internet (53%) do que com acesso à justiça (46%) no mundo (Ibidem, p. 296). Esse comparativo numérico, ainda que de maneira incipiente, denuncia algo que há seletividade neste sistema no âmbito socioeconômico, ou seja, a quem este sistema atende, considerando o cenário de disparidade no acesso à informações, nas diferenças em relação à recursos econômicos e desigualdades em relação aos meios de acesso à tecnologia, os quais marcam o sistema de desigualdades sociais no Brasil como um todo, uma vez que, conforme leciona Susskind (2019, p. 44), a solução da “miopia tecnológica”¹⁶ deve caminhar com a solução de uma futura miopia periférica dos hipossuficientes tecnológicos, sociais e econômicos.

Cenário brasileiro

Somando o cenário mundial pandêmico à crise do judiciário e ao abarrotamento dos tribunais brasileiros, considerando que, em dados mais específicos e atuais, a demanda da população brasileira somente nos processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, onde foram concedidas assistência judiciária gratuita, “em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.211 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2019” (CNJ, 2020, p. 99).¹⁷, é dever do Estado estimular a resolução extrajudicial e online, especialmente nesse momento, a fim de se evitar a litigiosidade contida¹⁸ e morosidade dos pleitos, bem como garantir a segurança e saúde de seus tutelados.

O próprio Legislador reconhece a ineficiência do Estado em suportar as crescentes demandas judiciais e presenciais, o que se revela uma realidade por

Esse projeto, além de adicionar e se propor a estudar quatro novas ondas renovatórias de acesso à justiça, a sexta onda proposta busca identificar iniciativas promissoras e novas tecnologias para melhorar o acesso à justiça, entretanto, ainda não há dados estatísticos sobre Brasil acerca deste ponto, disponíveis no site. Disponível em <globalaccesstojustice.com>. Acesso em 01 de setembro de 2021.

14 Em razão da pandemia do COVID-19, a *Society for Computers and Law*, presidida por Richard Susskind, desenvolveu um site de troca de experiências e inovações da tecnologia aplicada no meio judicial em diversos países. No site, há uma página específica sobre esse caminhar no Brasil com diversas matérias que apontar a escalada da tecnologia no âmbito judicial e extrajudicial. Disponível em <<https://remotecourts.org/country/brazil.htm>>. Acesso em 02 de setembro de 2021.

15 Disponível em <<https://www.consumidormoderno.com.br/2020/05/29/cresce-mediacoes-pandemia-consumo/>> Acesso em 20 de setembro de 2021

16 Para Susskind (2019, p. 44) a “miopia tecnológica” é caracterizada pela incapacidade dos profissionais e instituições de compreenderem e anteciparem os sistemas futuros jurídicos.

17 Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça. 2020, p. 99. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf> > Acesso em 17 de setembro de 2021.

18 O fenômeno da “litigiosidade contida”, conforme elucida Kazuo Watanabe (1998, p. 21), acontece quando a Lei não adota mecanismos que permitam a todos o acesso ao Judiciário para dirimir seus conflitos, gerando, assim, renúncia total do direito.

meio das inovações apresentadas no Novo Código de Processo Civil (NCPC), que trouxeram maior destaque à mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos. Como já exposto, este cenário, ainda se reforçou diante da magnitude da pandemia do COVID-19, com consequente *lockdown* e distanciamento social, que ensejou o uso da tecnologia nas demandas judiciais e extrajudiciais, não sendo mais possível ignorar, portanto, que o acesso à justiça tem também essa dimensão e assim deve ser trabalhado (RODRIGUES, Op. Cit., p. 99), fazendo-se “necessário aproveitar-se ao máximo das funcionalidades e ferramentas trazidas pelas tecnologias da informação na solução dos conflitos jurídicos-sociais” (Ibidem).

Sobre os números de processos judiciais no Brasil, temos que:

Conforme o relatório Justiça em Números do CNJ, publicado em 2020 com ano-base de 2019, a quantidade de processos em tramitação no final de 2019 era de 77,1 milhões de processos, contudo, durante o mesmo ano-base, foram baixados 35,4 milhões de processos, sendo, portanto, correto afirmar que o número oficial é de 112,5 milhões de processos que tramitaram perante a justiça em um ano (2019) [...] Outro dado que impressiona é que, em 1988, o Judiciário brasileiro recebia 350 mil processos novos por ano, ao passo que, em 2019, foram recebidos 30,2 milhões de processos novos na justiça do país. Vale lembrar que em 1988 a população do Brasil era de 144 milhões de habitantes e em 2019 atingiu 210 milhões de pessoas. (FILHO, 2021 ,p. 43)

Cerca de 17,3% da população brasileira não tem acesso à nenhum tipo de internet (móvel ou cabeada) e 54.9% não possui computador para uso, apenas celular¹⁹, ou seja, o aumento do uso de tecnologia gerou como consequência uma nova onda renovatória que, ainda que otimista, não atende a todos de forma igualitária e acessível.

Outro dado relevante, obtido através do site²⁰ que também é utilizado no estudo de Susskind, é de que o Brasil tem uma população aproximada em 2021 de 214 milhões de pessoas, e 160.010.801 são usuários de internet, o que representa uma porcentagem de 74,8% de difusão da tecnologia básica na população brasileira, o que não significa que o acesso seja de qualidade para todas essas pessoas.

O número de aparelhos celulares, por exemplo, é de aproximadamente 109 milhões, pouco mais da metade da população. Os dados são da pesquisa Global Mobile Market Report²¹, e mostram que o Brasil só fica atrás da Indo-

19 GOVERNO FEDERAL. IBGE: Pesquisa mostra que 82,7% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet. Disponível em < <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet>> Acesso em 16 de setembro de 2021

20 Disponível em <<https://www.internetworldstats.com/south.htm>> Acessado em 23/10/2021

21 Disponível em <<https://exame.com/pop/brasil-e-um-dos-cinco-paises-com-maior-numero-de-celulares-mostra-ranking/>> Acessado em 23/10/2021

nésia, Estados Unidos, Índia e China quando se trata de número de aparelhos.

O Brasil possui alguns exemplos bem sucedidos do uso da tecnologia na resolução de disputas, valendo citar o caso do portal consumidor.gov, que “[...] em 2019, passaram pelo Consumidor.com.br 780.179 reclamações, entre as quais, 99% foram respondidas em um prazo médio de resposta de 6,5 dias. O índice de solução atingiu 81% dos casos” (FILHO, 2021, p. 54)

Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível verificar que o abarrotamento dos tribunais brasileiros é um problema grave e que demandará esforços de todos os atores do ecossistema jurídico. O número de ações judiciais cresce exponencialmente e, por isso, é necessário que sejam fomentadas formas alternativas e consensuais de resolução destes conflitos.

Ainda, a tecnologia surge como um grande aliado neste cenário, uma vez que sua difusão e uso na sociedade brasileira também cresce a cada dia, podendo ser usada não só na difusão de informações e no fomento a adoção de métodos consensuais de resolução de controvérsias, mas, principalmente, ser usada ativamente na facilitação de acesso a esses métodos, levando-os onde o judiciário não chega ou não é eficaz.

Todavia, é importante que não se transforme a tecnologia em uma forma de segregação daqueles que ainda não possuem acesso à ela, ou a possuem, mas de forma precária. É preciso, portanto, pensar a tecnologia como forma de incluir o máximo de pessoas possíveis. Conforme supracitado, o Brasil é um país de proporções continentais, com diversas realidades socioeconômicas coexistindo no mesmo espaço. Assim, pensar em formas de uso da tecnologia exige um exercício de analisar os cenários da população, sob pena de se desenvolverem soluções que são irrelevantes por atingirem um número mínimo de pessoas.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 576 p.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 19 de setembro de 2021

BRASIL. **Lei de Mediação**. Lei nº 13.140, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm> Acesso em 16 de agosto de 2021

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002. 168p.

CNJ. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019 – Brasília. 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>> Acesso em 14 de setembro de 2021.

COMISSÃO DE MEDIAÇÃO DA 9ª SUBSEÇÃO DA OAB-RJ. **DSD - Design de Sistemas de Disputas**. Live Comissão de Mediação de Nova Friburgo (RJ). 25 de agosto de 2021. Instagram: @comissao_de_mediacao. Disponível em <https://www.instagram.com/p/CTA27OtF0YH/>. Acesso em 22 de setembro de 2021.

CONSUMIDOR MODERNO. **Cresce o número de mediações na pandemia. E um dos motivos é o consumo**. Disponível em < <https://www.consumidormoderno.com.br/2020/05/29/cresce-mediacoes-pandemia-consumo/>> Acesso em 20 de setembro de 2021.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. In: Armando Sérgio Prado de Toledo; Jorge Tosta; José Carlos Ferreira Alves. (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ed.Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, 171-189 p.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 229 p.

FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni (coord.). **O Advogado do Amanhã**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil,2019. 211 p.

FILHO, Humberto Chisi. **Tecnologia, Covid-19 e uma nova perspectiva para o acesso a uma ordem jurídica justa**. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RODRIGUES, Antônio (org.). **Litigation 4.0: o futuro da justiça e do processo civil vis-a-vis as novas tecnologias**. 1ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. 404p.

FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Tecnologia e justiça multipostas**. Indaiatuba,SP: Editora Foco, 2021. 532p.

GOVERNO FEDERAL. **IBGE: Pesquisa mostra que 82,7% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet**. Disponível em < <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet>> Acesso em 16 de setembro de 2021

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1.680 p.

MOURÃO, Barbara M. e NAIDIN, Silvia (orgs.). **Mediação comunitária no Brasil: Diálogo entre conceitos e práticas**. Rio de Janeiro: CESeC/Mediare, 2019. 184 p. Disponível em < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibliotecaDigitalLivros/TodosOsLivros/Mediacao-comunitaria-Brasil.pdf> Acesso em 14 de setembro de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf> Acesso em 17 de agosto de 2021

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e arbitragem** – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 496p.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Curitiba, CRV, 2017.

REMOTE COURTS. **Brazil**. Disponível em <<https://remotecourts.org/country/brazil.htm>>. Acesso em 02 de setembro de 2021.

RODRIGUES, Marco Antônio; TAMER, Maurício. **Justiça Digital: O Acesso Digital à Justiça e as Tecnologias da Informação na Resolução de Conflitos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

RODRIGUES, Marco Antônio. **Acesso à justiça e suas novas fronteiras no contexto do Processo 4.0**. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RODRIGUES, Antônio (org.). **Litigation 4.0: o futuro da justiça e do processo civil vis-a-vis as novas tecnologias**. 1ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. 404p.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of justice*. Oxford, Oxford University Press. 2019. 347p.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine (Coords). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, 421p.

A IMPORTÂNCIA DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS NA BUSCA PELA EFETIVA SOLUÇÃO DE DISPUTAS E ACESSO À JUSTIÇA

Diego El-Jaick Rapozo

Faleck & Associados. Associado sênior no Faleck & Associados. Coordenador de mediação em Projeto de Indenização Mediada. Mestrando em direito processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instrutor de mediação certificado pelo Conselho Nacional de Justiça

Resumo:

A flexibilização procedimental realizada com atenção as garantias procedimentais, a cooperação, a lealdade e à justiça procedimental é capaz de gerar um movimento efetivo em encontro ao primado do real acesso à justiça para aquelas partes envolvidas no conflito. A flexibilização procedimental é fundamental aos designers de sistemas de disputas, por exemplo, na implementação de programas voltados ao atendimento das necessidades das partes. Na esfera extrajudicial a flexibilização vem demonstrando importância para a solução de conflitos sendo utilizada em mediações, negociações diretas ou mesmo em desenhos de sistemas de disputas sendo capaz de propiciar um tratamento digno as partes e um processo justo. O uso da flexibilização procedimental possibilita um real e efetivo acesso à justiça sendo este conferido em uma análise caso a caso e sempre com observância ao primado da justiça procedimental e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Flexibilidade; Procedimento extrajudicial e judicial.

I - Introdução

O acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos. É o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos.¹ Com o objetivo de analisar possíveis ferramentas procedimentais capazes de ampliar a real possibilidade, ainda tão discutida, de concretização do acesso à justiça que se demonstra importante traçar aqui o conceito descrito na obra intitulada “Acesso à justiça”, dos processualistas Mauro Cappelletti e Bryant Garth segundo o qual: “O acesso à

¹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris p. 12, 2002.

justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.”²

É através do processo que o Estado busca alcançar uma eficaz aplicabilidade do acesso à justiça. O direito processual é o ramo do direito público capaz de regular a função jurisdicional do Estado disciplinando os princípios e as regras.³ Ao longo da história dos mais diversos códigos processuais, a tão almejada efetividade processual encontra dilemas dos mais variáveis, como a duração razoável do processo e a busca pela verdade real em Tribunais repletos de morosidade e congestionamento processual.

Na busca pela concretização de tal efetividade procedimental, ou seja, aplicação da melhor técnica no menor tempo, é que a garantia da flexibilização procedimental ganha força no cenário judicial e extrajudicial.

Nos procedimentos judiciais, a flexibilização vem se tornando uma verdadeira diretriz com previsão legal no código de processo civil, como no caso dos negócios jurídicos, mas principalmente com a validação dos procedimentos de jurisdição extrajudicial com flexibilizações importantes para a concretização efetiva de direitos.

Em âmbito extrajudicial, as partes assessoradas por processualistas e advogados podem definir quais técnicas procedimentais devem ou não ser aplicadas ao caso em que estão inseridas e, assim, flexibilizar e adequar o procedimento conforme suas necessidades reais e fáticas. Os meios extrajudiciais assumem condão de formas de pacificação social que podem ser mais céleres e econômicas para as partes e, por isso, tão importantes.⁴

Assim, ao processualista atual não cabe tão somente entender da rigidez de um sistema procedimental engessado e codificado, mas sim, utilizar-se das mais variadas técnicas para que, diante do caso concreto, possa de modo racional deliberar, organizar e construir o melhor procedimento para atender aos interesses de todos os envolvidos.

Dessa forma, a técnica de flexibilização procedimental ganha importância prática nas mãos dos processualistas e ademais aplicadores do direito na busca pelo acesso à justiça.

II - Flexibilização como ferramenta capaz de ampliar o acesso à justiça.

Para alcançarmos o efetivo acesso à justiça é importante partirmos dos estudos quantos as suas principais barreiras. Questões geográficas, burocráticas e de cunho econômicos são alguns dos obstáculos do acesso à justiça

² Ibid., p. 12.

³ GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil, volume I: introdução ao Direito Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 21.

⁴ RODRIGUES, Marco Antonio. Acesso à justiça e suas novas fronteiras no contexto do processo. 4.0. Coordenação Bruno Feigelson, Daniel Becker, Marco Antonio Rodrigues. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24.

sendo certo que essas não se excluem, mais sim, se comunicam e, por isso, eventuais soluções traçadas devem ser pensadas e adotadas conjuntamente. Esses obstáculos demonstram a necessidade de revisitação dos institutos processuais.⁵

Observando tais barreiras à concretização do acesso à justiça, em 1998, os professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth, no Projeto Florença, trouxeram à tona e ressaltaram a importância e a tendência da especialização do direito, tratando inclusive do tema de criação e aprimoramento de tribunais especiais com um olhar atento às mais diversas áreas do direito e situações sociais. A ideia da especialização seria a de promover mais direitos substantivos aos tidos como mais fracos ou que, por alguma razão possuísem certo desequilíbrio processual e/ ou social, fazendo assim uma verdadeira alteração no modo de olhar o processo, movimentando as lentes processuais com o objetivo de dar mais foco às relações que envolvessem natural desequilíbrio de poder.⁶

O olhar técnico e atento aos princípios constitucionais pode ser um norteador importante na busca pela adequação. O processo seja judicial ou extrajudicial deve entender e amparar vulnerabilidades dos mais variados grupos ou indivíduos, atuando como ferramenta capaz de concretizar o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. O processo não pode ser discriminatório, ao contrário é a ferramenta primordial para consecução do direito material, amparo estatal na busca pelo implemento do dogma de tratamento justo e qualificado.⁷

Situações específicas podem, sim, gerar a diminuição de determinada garantia processual, por exemplo, simplificando o processo em prol de uma composição que atenda a determinados interesses em jogo. Assim é também o posicionamento do professor Diego Faleck⁸ quando trata do tema da justiça possível e visão compositiva em âmbito extrajudicial:

5 DALLA, Humberto. **Manual de mediação e arbitragem**. Umberto Dalla e Marcelo Mazzola. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 56-58.

6 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Op. cit. p. 91. Os professores demonstram a importância dos reformadores processualistas em uma análise ainda atual quanto a necessidade de especialização e adequação do direito no caso concreto, em especial quando diante de vulnerabilidades. Segundo os autores: “O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontravam tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais. Nossas sociedades modernas, como assinalamos, avançaram, nos últimos anos no sentido e prover mais direitos substantivos aos mais fracos – em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos. Embora reconhecêssemos que esses novos direitos precisam de maior desenvolvimento legislativo substancial, os reformadores processualistas aceitaram o desafio de tornar efetivos os novos direitos que foram conquistados.”

7 AZEVEDO, Júlio. **Vulnerabilidade: critério para adequação procedimental**. Belo Horizonte: CEI, 2021, pág. 105.

8 FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas. Criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 133.

A simplificação, por essência, implica que se deve abrir mão das garantias que um tribunal possa oferecer. Por exemplo, um programa de indenização pode utilizar de modelos simplificados e tabelados de indenização conforme critérios de aproximação com a realidade ao invés de exigir prova documental mais robusta de danos. A necessidade das garantias processuais pode se fazer mais necessária em um contexto e menos necessária em outro.

Diante da impossibilidade lógica e prática de existência de um único processo capaz de se adequar a todas as formas de conflito é que ao aplicador da norma e ao resolvidor de conflitos cabe o dever de analisar de forma ampla o conflito para realizar seus eventuais ajustes procedimentais, adequando-o de forma qualificada, dentro ou fora do Poder Judiciário.

Devemos reconhecer que o acesso à justiça não precisa, necessariamente, percorrer o caminho dos processos judiciais. A jurisdição extrajudicial fortalece a ideia da desjudicialização capaz de ampliar o real sentido de acesso à justiça.

O professor Humberto Dalla demonstra a nova perspectiva sobre o conceito de jurisdição:

A jurisdição, outrora exclusiva do Poder Judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais. (...) O fenômeno da desjudicialização enquanto ferramenta de racionalização da prestação jurisdicional e ajuste ao cenário contemporâneo, o que leva, necessariamente, à releitura, à atualização, ou ainda a um redimensionamento da garantia constitucional à luz dos princípios da efetividade e da adequação.⁹

Ao ser humano detentor dos mais variados direitos, cabe os mais variados modos procedimentais para garanti-los. Cabe ao Estado regular seus preceitos e nortear o arbítrio dos envolvidos atento a possíveis disparates operacionais capazes de gerar prejuízos aos envolvidos ou mesmo a terceiros. Cabe ao judiciário igualmente adaptar-se e adequar-se na velocidade da evolução social para assim ser o instrumento hábil, em todos os aspectos, a garantir o amplo acesso à justiça. Por tanto, para além do acesso aos órgãos judiciais e a todo o aparato procedimental do judiciário, o acesso à justiça deve espelhar um “efetivo acesso à ordem jurídica justa.”¹⁰ Essa ordem jurídica justa pode sim ser encontrada em procedimentos extrajudiciais.

O atual Código de Processo Civil traz um viés colaborativo ao processo sempre direcionando as partes a importância de um atuar processual baseado na boa-fé e na cooperação.¹¹ O caminho da flexibilização processual, passa

9 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela jurisdicional dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Curitiba: CRV, p. 82-83. 2017.

10 DALLA, op. cit. p. 57.

11 Código de processo Civil. Artigos 5º e 6º. “Art. 5º Aquele que de qualquer forma parti-

sem dúvida, por esses dois princípios, cooperação e boa-fé, direcionados a todos os agentes processuais seja em âmbito judicial ou extrajudicial.

A cooperação processual e a lealdade processual, direcionadas às partes entre si e ao magistrado, possuem íntima ligação com o preceito constitucional do contraditório¹², que torna possível que as partes influenciem no processo. Busca ainda o novo CPC dar maior celeridade e economia processual e, para tanto, aprimora a operacionalização da cooperação.¹³ Em um sistema multiportas não é diferente, devendo a cooperação ser fomentada e, por ser um verdadeiro princípio constitucional, deve permear toda a atividade jurisdicional.¹⁴ Esses preceitos fortalecem as relações pessoais e legitimam os próprios processos extrajudiciais.

Através de tais diretrizes é que o procedimento como meio de racionalização do exercício da função jurisdicional é uma das mais relevantes garantias fundamentais, devendo ser um procedimento legal, previsível e flexível.¹⁵

No âmbito judicial a temática da flexibilização procedimental, segundo o professor Leonardo Greco encontra dois grandes obstáculos. Para o autor, são barreiras à flexibilização procedimental a própria rigidez procedimental bem como a questões referentes a prazos e preclusões. Para o professor, para que os jurisdicionados alcancem uma decisão efetiva é necessário, através de um processo justo, definir critérios objetivos que possam afastar ou reduzir esses obstáculos.¹⁶

Visando ultrapassar o obstáculo da rigidez processual sob o manto da segurança jurídica é que Fernando Gajardoni apresentou em seu estudo sobre flexibilização procedimental três critérios objetivos que permitem a flexibilização procedimental. São eles: 1. Finalidade. Nesse é preciso entender

cipa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

12 GRECO, op. cit. p. 450. Damos destaque aqui ao conceito trazido pelo professor Leonardo Greco de contraditório participativo citando o professor Giuseppe Italo Andolina segundo o qual: “O Contraditórios participativo pressupõe que todos os contrainteresados tenham direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação.” Assim, conclui o professor Greco que “Hoje, o contraditório ganhou uma proteção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo. Ele é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões.” Continua o autor: “É necessário que o contraditório instaure um diálogo humano, que permita, por exemplo, ao juiz flexibilizar prazos e oportunidades de defesa, para assegurar a mais ampla influência das partes na formação da decisão.”

13 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, pág.392.

14 DALLA. Op. Cit. p. 392.

15 GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil, volume II: processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 126.

16 GRECO, op. cit. p 127.

por qual motivo se deve implementar a variação ritual englobando aqui três situações específicas: 1.1) ligado ao direito material; 1.2) higidez e utilidade do procedimento – dispensa de empecilhos formais irrelevantes; 1.3) a condição da parte - vulnerabilidade; 2. Contraditório útil com base no trinômio (conhecimento – participação e influência) com a influência e participação das partes na decisão flexibilizadora; 3. Motivação. Segundo o autor devem ser expostas as razões em que tais mudanças serão úteis”¹⁷

Assim, para alcançar a efetividade da tutela jurisdicional e consequente acesso à justiça, permite-se utilizar a técnica da flexibilização procedimental, sempre através de um diálogo verdadeiramente humano e produtivo entre todos os envolvidos no processo, para adequar o procedimento na busca da real concretização de um processo participativo e justo, ultrapassando as mais diversas barreiras e obstáculos à efetividade procedimental. Esse exercício do diálogo é igualmente importante na esfera extrajudicial.

Para o professor Leonardo Greco, uma verdadeira tutela jurisdicional efetiva corresponde a:

A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja ampla eficácia é preciso assegurar. O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.¹⁸

Os processos extrajudiciais podem ser destinados aos mais variados tipos de conflitos. O processualista deve adaptar o procedimento para melhor atender aos interesses e necessidades das partes atento a flexibilização responsável de eventuais garantias. Não há um sistema perfeito para todos os conflitos. Mas existem múltiplas formas de adaptar o processo para o melhor resultado e nesse contexto é que o processualista pode encontrar a melhor técnica processual para o caso à caso.

Ao jurista atual não cabe conhecer tão somente das regras do processo judicial, mas sim deve entender a sua atividade como uma atividade apta a resolver problemas, tornando-se assim verdadeiros “*problem solvers*” dentro e fora dos Tribunais.

É observando toda essa lógica procedimental e atento aos mais variados alicerces processuais que o professor Diego Faleck traz para nós o conceito de Design de Sistemas de Disputas. Segundo o professor:

17 GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. De acordo com as recentes reformas do CPC.** Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 89-94.

18 GRECO, Leonardo. **Novas perspectivas da efetividade do garantismo processual.** Rio de Janeiro, 2012, p. 02.

A técnica de design de sistemas de resolução de disputas (DSD) pode ser entendida como a organização deliberada e intencional de procedimentos ou mecanismos processuais, que interagem entre si, e, quando aplicáveis, de recursos materiais e humanos, para a construção de sistemas de prevenção, gerenciamento e resolução de disputa.¹⁹

A ideia central aqui é a de que para cada conflito pode haver uma ou mais repostas procedimental apta a fazer com que as partes alcancem seus interesses. O pioneirismo do autor Diego Faleck traz à tona inúmeros casos de sucesso como o *leading-case* da Câmara de Indenização 3054 (CI3054) que, segundo o próprio autor, “foi concebida para implementar meio eficiente e justo de indenizar os beneficiários das vítimas do terrível acidente de 17 de julho de 2007, com o voo TAM 3054, em que 199 pessoas perderam a vida.”²⁰

A flexibilização é ferramenta essencial para o design de sistemas de disputas e para o processualista tornando-o capaz de operacionalizar um sistema adequado, com uso das mais variadas ferramentas, como por exemplo a própria mediação, para otimizar o procedimento dando maior concretude à vontade das partes envolvidas, ampliando a participação das partes na construção e eventual adequação do procedimento sempre com base na lealdade, cooperação, diálogo e boa-fé.

III - Conclusão

Com técnica aprimorada e olhar amplo sobre as mais variadas técnicas processuais e procedimentais poderão os processualistas trabalhar de modo a observar, testar e aplicar o melhor arranjo procedimental destinado ao caso concreto, resolvendo situações complexas em tempo hábil, tornando-se efetivos em sua profissão. Esse é o verdadeiro marco e diferencial direcionado aos advogados e juristas do futuro.

A flexibilização procedimental aparece como ferramenta eficaz na busca pelo efetivo acesso à justiça e tem sua aplicabilidade para muito além dos procedimentos judiciais, alcançando a multiplicidade de procedimentos extrajudiciais, os *Alternative Dispute Resolutions*. (ADRs).

Atendendo aos mais variados pressupostos, a flexibilidade procedimental visa, através da lealdade, da cooperação e boa-fé, traçar um procedimento justo baseado na colaboração dos envolvidos. Nem mesmo o processo judicial deve ser considerado como estático.

Ao advogado do futuro não resta saída que não seja a de dominar a técnica da flexibilização, seu implemento criativo e as mais variadas regras procedimentais, judicial ou extrajudicialmente, para obter o sucesso em seu trabalho levando a justiça procedimental para seu cliente ou parte que represente

19 FALECK. Op. cit. p. 1.

20 FALECK, Diego. **Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre e Curitiba, ano V, n 23, p. 7-32, jun.-ago.-set. 2009.

culminando, com isso, em uma ampliação ao sentimento único de acesso real à justiça.

Referências

- AZEVEDO, Júlio. **Vulnerabilidade: critério para adequação procedimental**. Belo Horizonte: CEI, 2021.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 2002.
- DALLA, Humberto. **Manual de mediação e arbitragem**. Humberto Dalla e Marcelo Mazzola. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas. Criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. *Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018*.
- FALECK, Diego. **Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre e Curitiba, ano V, n 23, p. 7-32, jun.-ago.-set. 2009.
- GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. De acordo com as recentes reformas do CPC**. Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas S.A., 2008.
- GRECO, Leonardo. **Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual**. Rio de Janeiro, 2012.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil, volume I: introdução ao Direito Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil, volume II: processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela jurisdicional dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Curitiba: CRV, 2017.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

A MEDIAÇÃO E AS PRÁTICAS COLABORATIVAS: UMA PARCERIA NA VIA CONSENSUAL E EXTRAJUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Fernanda Francisca Veras Carvalho

Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Candido Mendes e em Métodos Autoresolutivos pelo Instituto Universitário de Pesquisa. Advogada colaborativa e Mediadora no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Resumo:

O objeto desse artigo é abordar sobre a parceria da mediação com as práticas colaborativas que são dois métodos consensuais, com características próprias e complementares, adotadas por operadores do Direito, no Brasil, que buscam uma atuação diferenciada, não litigiosa, diante dos conflitos apresentados por seus clientes. O arcabouço legal brasileiro impulsiona os operadores do Direito a identificar uma parcela considerável de conflitos que pode ser resolvida pelas próprias pessoas numa mediação, bem como pelo método das Práticas Colaborativas, que trabalham sob o paradigma da autonomia e da autocomposição. Serão conceituadas a Mediação e Práticas Colaborativas, princípios, equipe multidisciplinar, etapas que compõem os dois procedimentos, possibilidades de parcerias, considerando a mediação como um método que pode se conectar às práticas colaborativas e vice-versa, quando se pretende evitar o litígio.

Palavras-chave: Mediação; Práticas colaborativas; Parceria extrajudicial; Acordo.

Introdução

O dinamismo das relações humanas e sociais vem refletindo na ampliação dos saberes, promovendo a descrição dos fenômenos sob novas perspectivas, integrando novos valores e princípios e desenvolvendo diferentes meios de produção e prestação de serviços, de acordo com os anseios da sociedade.

No presente artigo, vamos abordar sobre a Mediação e as Práticas Colaborativas que são duas metodologias consensuais, que possuem características próprias, mas também comuns e complementares em suas aplicações, que vêm sendo adotadas por operadores do Direito, no Brasil, integrando essa

nova forma de prestar seu serviço jurídico ao cliente que quer resolver suas contendas, longe da esfera litigante dos tribunais. Trata-se, portanto, de garantir igualmente ao cliente o exercício do seu direito fundamental de acesso à justiça constante do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, entendido como acesso à uma ordem jurídica justa, de uma maneira adequada ao seu perfil pessoal e ao caso específico, não necessariamente sendo pelo meio judiciário.

Ressalta-se que essas duas práticas consensuais são métodos dialógicos e integrativos, que enfocam valores como cuidado, respeito, escuta ativa das necessidades e interesses de todas as pessoas envolvidas no conflito e que proporcionam aos participantes um exercício de autonomia, auto e corresponsabilidade, cidadania e criatividade para que as pessoas pertinentes ao conflito compartilhem um senso de resultados mutuamente satisfatórios, sustentáveis e de maior abrangência para todos.

Para esse trabalho, utilizou-se a metodologia de pesquisa qualitativa, com leitura bibliográfica em livros, artigos científicos, websites, leis, códigos e normativos brasileiros sobre mediação e práticas colaborativas.

O presente artigo é formado por três seções, além dessa introdução, das considerações finais e referências bibliográficas. Para contextualizar o cenário das soluções adequadas de conflitos, será abordada, na primeira seção, a mudança paradigmática que introduz novas formas de abordar as questões inerentes à vida, dentre elas o conflito, sob lentes consensuais. Na sequência, a proposta é conceituar os dois métodos autocompositivos, seus princípios, etapas e a equipe multidisciplinar. Na terceira parte, apresentar suas atuações conjuntas, considerando a mediação como um método que pode contribuir em qualquer etapa do procedimento das Práticas Colaborativas, assim como a própria metodologia das práticas colaborativas vir a ser o passo seguinte à mediação, no que tecnicamente denominamos por “derivação”, estabelecendo uma parceria nesse contexto consensual e extrajudicial de solução de conflitos.

O paradigma do consenso – a mudança na postura pessoal e profissional

Diante do expressivo número de processos judiciais tramitando pelos tribunais brasileiros, há de se ressaltar a existência no arcabouço legal brasileiro de uma ambiência favorável aos métodos consensuais de solução de conflitos, a exemplo do preâmbulo da Carta Magna, da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) e da Lei da Mediação (Lei 13.140/15), com o intuito de impulsionar as pessoas a lidarem, de forma autônoma, com seus conflitos pelo caminho da autocomposição, com corresponsabilidade e respeito por todos os envolvidos. Para Warat (2018, p. 77), “vivemos uma transição de paradigmas e a contrapartida que se apresenta, nestes tempos de crise dos sistemas judi-

ciários de regulação de conflito, é percebida pelo crescimento em importância dos instrumentos consensuais e extrajudiciais”.

O próprio Código de Ética e Disciplina da OAB (BRASIL, 2015c), prevê em seu artigo 2º, inciso VI, que dentre os deveres do advogado está “estimular a conciliação e mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

Isso demonstra que, por questões éticas, os modelos autocompositivos devem ser apresentados ao cliente pelo advogado como igualmente factíveis para a solução do seu problema, além do já conhecido meio judiciário, reconhecendo que esses métodos consensuais também fazem parte do acesso à justiça, quando se entende que se trata de acesso à uma ordem jurídica justa, cabendo ao cliente, com o suporte do advogado, verificar qual caminho de solução do conflito trilhar, considerando qual método melhor se adequa ao seu caso e ao seu perfil. Para Alexandre Freitas Câmara, “se o Estado tem o monopólio da jurisdição, não tem o monopólio da realização da justiça. Esta pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição apenas um deles.” (CÂMARA, 1977, p. 3 apud WARAT, 2018, p. 83).

Como ponto reflexivo, não obstante o legislador tenha introduzido novas formas de atuação para acessar a justiça, observa-se que é desafiador viver uma transição de paradigma do litígio para o consenso, o que torna necessário um comprometimento por parte de todos, advogados e clientes, posto que essa mudança nos fala de uma nova forma de pensar e de se comportar perante a si e aos outros. Tania Almeida (2014) ressalta que os “neurocientistas e estudiosos do comportamento humano já demonstraram que a inteligência emocional (termo trabalhado por Daniel Goleman) contribui com expressiva participação para a adequação das nossas respostas às situações.” (ALMEIDA, 2014, p. 210).

Observa-se que o caminho que leva aos tribunais é muito trilhado devido à cultura litigiosa presente ao longo dos tempos, o que vai requerer das pessoas que estão passando por conflitos, uma nova disposição interna, uma vontade de querer fazer algo diferente do caminho do litígio, numa postura focada em autoconhecimento e controle emocional, que ajuda na transição de paradigma do qual estamos tratando. Por ser um processo, há de se respeitar o tempo que cada pessoa precisa para atingir essa nova postura, portanto os meios consensuais acabam possibilitando esse alcance.

Na sua prática advocatícia, Webb (2017, p. 249) enfatizou a importância da disposição mental na solução de conflitos. Para ele, existem dois espaços dentre os quais a pessoa navega, que são os espaços de serenidade e de insegurança. Ele observou o impacto que o entendimento sobre esses dois “espaços” opera na capacidade das pessoas solucionarem disputas de modo eficaz.

Essa mudança de paradigma, do adversarial para o consensual, é um processo pelo qual a pessoa, cliente ou advogado, toma consciência de seus pensamentos e emoções diante do conflito e sobre como consegue transitar entre os “espaços”, por exemplo, do espaço de insegurança para o espaço de

serenidade. O que se busca é saber como se trabalhar internamente quando está indo para o “espaço de insegurança”. Assim, Webb (2017, p. 252) fala ao seu cliente que ele ou ela “não precisa evitar as circunstâncias no seu mundo exterior que parecem criar essa emoção; apenas que escolha permanecer no espaço de serenidade do modo que funcione para si”, como fonte de bem-estar e prazer, dando-se um “tempo suficiente para experimentar a sensação de relaxamento e paz de espírito”.

Com isso, ampliamos também para o entendimento de que a existência de conflitos é inerente às relações humanas, em seus níveis de convívio pessoal e comercial. O que se pretende com a visão paradigmática do consenso é trazer à tona atributos como autonomia das pessoas e uma emancipação pela capacidade de autocomposição, o que torna as relações mais adultas e dialógicas. Esse paradigma garante um cuidado também com as questões subjetivas e não somente com as objetivas que envolvem o conflito.

Do ponto de vista dos saberes, “a física do século XX foi a primeira disciplina em que os cientistas experimentaram mudanças dramáticas em suas ideias e conceitos básicos – uma mudança de paradigma da visão de mundo mecanicista de Descartes e Newton para uma concepção holística e sistêmica da realidade” (CAPRA, 2014, p. 355).

Diante do disposto, na próxima seção, serão abordados os dois métodos consensuais, objetos desse trabalho e suas características, muito atinentes com a postura profissional e pessoal voltada para o consenso e essa mudança paradigmática sendo aplicada na prática.

Mediação e práticas colaborativas – conceitos, princípios, etapas e interdisciplinaridade

Cada um desses dois métodos consensuais se pauta no pressuposto do diálogo. As pessoas são convidadas a cuidar das etapas próprias de cada método, a estar abertas para conversar com todos os envolvidos no conflito e com os profissionais de Mediação e de Práticas Colaborativas sobre o que lhes acontece, a se expor e a ouvir o que os demais têm a falar, a assumir seus protagonismos para a busca de soluções satisfatórias, sustentáveis e com abrangência mútua.

Conceituando a mediação, nos reportamos ao art. 1º da Lei de Mediação brasileira (Lei 13.140/15), que a identifica como “um meio de solução de controvérsias e de autocomposição de conflitos entre particulares e no âmbito da administração pública”. E complementa no parágrafo primeiro do mencionado artigo que ela é considerada como uma “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

No Código de Processo Civil brasileiro (lei 13.105/2015), no art. 165 § 3º, a mediação é indicada, preferencialmente, nos casos em que há vínculo

anterior entre as pessoas envolvidas na lide, vez que o mediador “auxiliará 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”.

Antes de conceituar as Práticas Colaborativas, farei uma breve exposição de sua origem. Surgiu nos Estados Unidos, no início dos anos 90, um movimento colaborativo para tratar de casos de divórcio, a partir do trabalho desenvolvido por um advogado de Direito de Família chamado Stuart Webb, que contou com a parceria do seu amigo, também advogado, Ron Ousky, ambos em Massachuset. Eles decidiram que não mais levariam os casos de divórcio a tribunal e que suas práticas advocatícias seriam somente consensuais e colaborativas. À mesma época, a necessidade da colaboração profissional interdisciplinar para tratar dos assuntos envolvendo casos de divórcio também foi percebida pela psicóloga Peggy Thompson, que em parceria com a advogada Pauline Tesler, ambas na Califórnia (EUA) e outros profissionais dedicados à prática colaborativa, fundaram, poucos anos depois, a Academia Internacional de Profissionais Colaborativos (IACP), passando a ensinar advogados, consultores financeiros e conselheiros de saúde mental a metodologia das práticas colaborativas (TESLER; THOMPSON, 2017, p. 16). Essa metodologia se estendeu para outros países, como é o caso do Brasil, onde existe o Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas (IBPC), bem como muitas subseções de Práticas Colaborativas dentro da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e mais recentemente, em Portugal, foi criada a Associação Portuguesa de Profissionais Colaborativos no Divórcio e Sucessões (APPCDS).

Para Dias e Bayer (2021, p. 91) as Práticas Colaborativas “consistem em um método de solução de conflitos, no qual as partes, auxiliadas por seus advogados e, ainda em muitos casos, por equipe multidisciplinar, buscam soluções de benefício mútuo, de maneira cooperativa e não adversarial, baseando-se em um pacto de não litigância”.

Assim, a Mediação e as Práticas Colaborativas proporcionam uma nova postura tanto pessoal quanto profissional e, pela interdependência de saberes, faz com que as pessoas envolvidas naquele conflito ou controvérsia exercitem o poder da colaboração, protagonismo, empatia, escuta ativa, confiança, proatividade, decisão informada, autocomposição, o que estão muito presentes nos princípios atinentes aos dois institutos que veremos a seguir.

Tanto na Mediação quanto nas Práticas Colaborativas, são observados princípios que norteiam as atuações dos profissionais e dos clientes. O art. 2º da lei brasileira de mediação (Lei 13.140/2015) elenca os seguintes princípios, a saber: “imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé”. Acrescentam-se os princípios da decisão informada e da independência, que constam no art. 166 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Ademais, segundo Cunha (2018, p. 8), existe o dever ético do mediador, constante no anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ (Conselho

Nacional de Justiça), atribuindo-lhe “a necessidade de observância dos princípios já previstos em lei” e mencionando outros que lhe servem de reforço, como “competência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação”.

Nas Práticas Colaborativas, os princípios basilares são também os da boa-fé, autonomia das vontades e protagonismo, confidencialidade e sigilo, privacidade, celeridade, redução de custos e solução de benefícios mútuos. Esses princípios, somados aos três elementos estruturais desse método que são: i) transparência, ii) não-litigância e iii) retirada da equipe, vão promover ao procedimento colaborativo uma atmosfera de confiança, segurança e acolhimento. Esses pilares do procedimento colaborativo são descritos no Termo de Participação. Isso faz muita diferença, pois, caso o procedimento colaborativo não possa ser levado a termo, haverá a retirada de todos os advogados, dos profissionais de saúde mental, do especialista infanto-juvenil e de finanças (equipe colaborativa) e ninguém poderá litigar naquele caso, nem ser testemunha no tribunal, conforme cláusulas dispostas no Termo de participação, já mencionado, que é assinado por todos, clientes e profissionais e inaugura o procedimento colaborativo.

Os dois métodos possuem etapas que ajudam a nortear os participantes e precisam ser seguidas numa ordem definida, de forma a ajudar que as pessoas possam identificar seus interesses, compartilhando com o outro suas necessidades e também preocupações e se permitindo sair de suas posições irreduzíveis. Tratando das etapas da mediação, Haimenis e Portela (2021, p. 302), especificam que “a mediação é um procedimento estruturado nas seguintes etapas: a) pré-mediação: etapa em que a mediação é apresentada aos interessados para que estes, devidamente informados, optem ou não por participar do procedimento: b) Discurso de Abertura: fase em que são apresentadas as regras de funcionamento e metodologia de trabalho: c) Relato das histórias: quando os participantes apresentam seu ponto de vista da questão levada à mediação: d) Ampliação, construção e negociação de alternativas (ouvindo todas as pessoas) e, por fim, a última etapa: e) Fechamento do processo: que pode se dar por um acordo total ou parcial, formal ou informal, provisório ou não, ou mesmo sem acordo”.

A participação e protagonismo dos mediandos são pontos importantes para aumentar a eficácia da Mediação ao longo de suas etapas. Quando os mediandos estão acompanhados por seus advogados, podem ser orientados, antecipadamente, sobre como funciona a mediação, a fim de gerar confiança nesse procedimento, bem como no mediador que, por sua vez, vai promover um ambiente seguro para que as pessoas se sintam à vontade e capazes de lidar com o assunto. O advogado esclarece ao cliente que pode acompanhá-lo na sessão de mediação, no sentido de auxiliá-lo juridicamente, quando necessário, respeitando o protagonismo do cliente que vai, em conjunto com os outros envolvidos no problema, buscar soluções para o conflito, considerando o benefício mútuo. São posturas de uma advocacia que prima pela inclusão

do ponto de vista do outro nas variadas opções de solução que seu cliente possa levar à mesa de mediação, sem deixar de manter seu cliente informado, pelo princípio da decisão informada, sobre as leis aplicáveis ao caso para que ele possa tomar decisões mais conscientes.

Quanto às etapas do procedimento colaborativo, Sherrie Abney (2011, *chapter V*) nos apresenta cinco etapas, que seguem essa ordem: i) Identificar interesses preocupações e objetivos do cliente e dos outros envolvidos; ii) Coletar informações/documentos relevantes sobre o caso em si; iii) Desenvolver opções (*brainstorm* com a participação de todos, sem julgamento sobre o que surgir); iv) Avaliar as opções; e v) Negociar a solução.

A partir da escolha do cliente pelas Práticas Colaborativas, o advogado conversa sobre as formalidades do método, dentre eles o Termo de participação, que será assinado por todos, reforçando a tríade que sustenta esse procedimento colaborativo, extrajudicial, que são a transparência, não-litigância e retirada da equipe. Por ser uma metodologia extrajudicial, são formuladas as agendas para cada reunião, que podem ser “reunião a dois”, ou seja, cliente e advogado e entre os próprios advogados colaborativos, “reuniões a quatro” (os dois clientes e os dois advogados) e “reuniões a cinco ou seis”, a depender da dinâmica de ingresso dos demais profissionais da equipe colaborativa. Os profissionais da saúde mental e de finanças podem se reunir individualmente com os clientes e também existe a reunião somente da equipe colaborativa sem a presença dos clientes. Quando existem crianças e adolescentes, é agregado à equipe colaborativa o profissional especialista infanto-juvenil, para ouvi-los e levar às reuniões conjuntas a voz dos filhos e suas necessidades provenientes do que estão vivenciando e o que pode ser feito para ajudá-los.

O trabalho das Práticas Colaborativas é multi e interdisciplinar porque as questões são vistas sob as lentes de vários saberes para que as pessoas envolvidas no conflito se exponham, escutem o outro e coconstruam, pela via consensual, várias opções e resultados que sejam satisfatórios e aceitos voluntariamente por eles. As reuniões são utilizadas para cumprimento das etapas do procedimento colaborativo e, ao final, para a confecção do acordo, que para Wakigawa e Scio (2021, p. 177) “os advogados colaborativos devem ter a preocupação de elaborar um documento neutro, o qual, ao mesmo tempo, reflita a vontade dos clientes e o que foi acordado ao longo do processo colaborativo”.

A equipe interdisciplinar se conecta com todos e entre todos, de forma que cria para as pessoas em conflito um ambiente favorável ao diálogo e busca de solução para os problemas de forma inclusiva e mutuamente satisfatória. Desta forma, a metodologia das Práticas Colaborativas possibilita aos mediandos conversar com uma equipe multidisciplinar formada por profissionais da área jurídica, saúde mental e finanças a qualquer momento do procedimento colaborativo.

Voltando à mediação, quando dela participam os advogados, sobretudo porque o mediador não pode dar sugestões jurídicas aos mediandos, os pró-

prios advogados orientam, previamente, os seus clientes a fim de que reúnam condições de tomar decisões informadas, conforme os aspectos legais, mas também focam nas suas habilidades negociais e de comunicação, que ajudarão aos clientes, antes da mediação, a identificar a sua melhor opção e a sua pior opção fora do acordo, além de incentivá-los a manter o diálogo produtivo, durante a mediação, a fim de sugerirem o maior número de opções, considerando a si e ao outro, para solucionar o caso atual e futuros, podendo gerar acordos factíveis e sustentáveis, além de homologáveis, quando aplicado. São habilidades requeridas pela advocacia consensual perante o seu cliente, do que trata a mudança paradigmática ética e profissional constante do próprio código de ética da OAB, já mencionado em sessão anterior.

Haimenis e Portela (2021, p. 305), concluem que “em suma, ambos os institutos privilegiam o diálogo e oportunidades de conversas são fomentadas pelos profissionais, em uma atmosfera de colaboração, com o foco na construção conjunta de novas possibilidades e soluções para suas questões, bem como de realidades futuras”. A presente sessão discorreu sobre dois métodos consensuais, que apesar de haver distinções entre eles, guardam entre si uma conjugação de aspectos que traz à luz possíveis parcerias que serão tratadas a seguir.

Mediação e práticas colaborativas numa atuação conjunta

Na mediação, o mediador estará atento ao princípio da isonomia (paridade) para que as pessoas envolvidas no conflito, sob os aspectos jurídicos, emocionais e financeiros, estejam confortáveis e possam tomar decisões sustentáveis e de benefício para todos.

No curso de uma mediação, no momento em que o mediador ou mesmo os mediandos identifiquem a necessidade de obtenção de informações adicionais, é solicitada uma pausa no procedimento, para que as pessoas possam ir consultar especialistas para melhor entendimento do que lhes acontece e para melhor tomada de decisões. Trata-se de uma ferramenta, que Tania Almeida (2014, p. 47) denominou por “derivação”, enfatizando que:

[...] o mediador pode encaminhar os implicados na controvérsia para uma modalidade de resolução diversa, seja em função da melhor adequação da situação a outro instrumento, seja em razão da suposição de que os mediandos, em função de seu perfil e do histórico da desavença, aproveitarão melhor uma outra natureza de abordagem. (ALMEIDA, 2014, p. 47)

Dentro desse contexto, Almeida (2014) considera a possibilidade de encaminhamento dos mediandos para outro método que lhes seja mais adequado àquela situação vivenciada e que a mediação atingiu um limite de atuação. Em havendo o desejo de manter-se no universo consensual, as Práticas Colaborativas poderão ser essa nova porta a ser aberta pelas pessoas para que não

somente as questões jurídicas sejam abordadas pelos advogados colaborativos, mas também os mediandos possam acessar outros profissionais da equipe colaborativa, de acordo com suas necessidades emocionais ou de melhor entendimento acerca de aspectos financeiros e/ou patrimoniais, considerando ainda a possibilidade das crianças/adolescentes serem ouvidos por um especialista infanto-juvenil.

Para Almeida (2014, p. 55), outra possibilidade que enseja em parceria dos dois métodos é o encaminhamento, pelos mediandos, do acordo para revisão por advogados e defensores, e nesse caso, de preferência, por advogados colaborativos.

Ramos e Telles (2020), em seu texto intitulado *Mediação Corporativa*, contido nos *Escritos Colaborativos*, edição de novembro de 2020, publicado pelo Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, escrito inspirado nas reflexões sugeridas, naquele ano, pelo Fórum da IACP (Academia Internacional de Profissionais Colaborativos), apresentam possibilidades da Mediação e Práticas Colaborativas darem-se as mãos na via consensual pela resolução de conflitos.

Dentre as reflexões, elas sinalizam que o momento de integrar as Práticas Colaborativas à Mediação, pode se dar a qualquer momento, de acordo com a percepção do mediador. Destacam que “o mediador, como neutro condutor do processo, pode desde o início do trabalho identificar a necessidade e a possibilidade de indicar a formação de equipe colaborativa para o caso concreto, trazendo o suporte jurídico para dentro da mediação, com o compromisso de coconstrução de consenso garantido pelo Termo de Participação, fazendo com que todos ganhem segurança e conforto na elaboração da composição” (RAMOS; TELLES, 2020, p. 8).

Stuart Webb (2017, p. 46) nos indica também uma possibilidade de parceria quando nos presta a seguinte orientação: “recomenda-se fortemente que partes tentando uma negociação direta ou por intermédio de mediação mantenham advogados colaborativos como consultores, já que mediadores podem ser proibidos de oferecer esse tipo de conselho e os advogados colaborativos podem dar conselhos legais claros e não têm interesse ou motivação de levar a questão a litígio”.

Já Pauline Tesler (2017, p. 263), ressalta o valor agregado que pode proporcionar o trabalho da equipe colaborativa, que se trata do “benefício do treinamento em habilidades de comunicação, exploração de questões sobre dinheiro com um especialista treinado em finanças, informações de e sobre os filhos e muitas outras características”.

As ferramentas da mediação são muito apropriadas para quem trabalha com Práticas Colaborativas e se trata de uma capacitação desejável ao profissional colaborativo. Haimenis e Portela (2021, p. 306) ressaltam que “para além das diferenças e singularidades, ambas as práticas apresentam pontos de interseção, especialmente quando um instituto se beneficia do outro”.

Aos profissionais colaborativos, mesmo conhecedores das técnicas de

mediação, diante de um impasse surgido e considerando também a parcialidade que ainda é própria ao advogado, mesmo sendo colaborativo, podem encaminhar seu cliente para a mediação, para que as pessoas possam melhor se expor diante de um terceiro neutro e imparcial.

Impasses podem ocorrer, divergências essas que as Práticas podem buscar na mediação uma forma de esvaziar e oxigenar esses sentimentos [...] assim é que os profissionais colaborativos, aliados aos seus clientes, podem acordar em interromper o processo colaborativo para encaminhamento das partes para mediação. Superado o impasse, é dado prosseguimento ao processo de Práticas Colaborativas. (HAI-MENIS; PORTELA, 2021, p. 306).

Segundo Ramos e Telles (2020, p. 8), “hoje no Brasil, num caso colaborativo, um mediador pode ser chamado para atuação em momento específico do processo, exercendo sua imparcialidade assim como é feito com um neutro financeiro ou um profissional de saúde mental único”.

Outra possibilidade é chamar o mediador para compor, de pronto, a equipe colaborativa, assinando igualmente o termo de participação. O mediador vai funcionar como um facilitador para o procedimento das práticas colaborativas em si, além de poder ajudar as pessoas envolvidas na lide a buscar aumentar suas opções conjuntas para chegarem à autocomposição.

A mediação também se mostra eficaz para a própria equipe colaborativa vez que, mesmo sendo profissionais colaborativos, não significa que não possam divergir em alguns pontos, portanto a presença de um mediador poderá garantir a participação mais eficiente de todos que compõem a equipe colaborativa.

Sendo assim, guardadas as diferenças existentes entre os dois métodos e caminhando para as considerações finais, ressaltamos que esses métodos convergem seus esforços para despertar nas pessoas que estão vivenciando uma controvérsia, sua capacidade e competência para que elas próprias coconstruam a solução consensual que melhor lhes atenda e aos que lhes cercam, pois pelos princípios da decisão informada e autonomia das vontades, comuns às duas metodologias, as pessoas passam a ser protagonistas das soluções para suas controvérsias, ainda mais considerando que conflitos são inerentes ao ato de viver. A mudança do campo da linearidade para o campo da circularidade vem nos falar de métodos que primam pelo resgate da comunicação, do diálogo, da autoestima, da empatia, da ética do cuidado, para saber lidar com as adversidades, sendo uma postura tanto pessoal quanto profissional.

Considerações finais

No presente artigo, o objetivo foi discorrer sobre dois métodos autocompositivos de resolução de conflitos, quais sejam a Mediação e as Práticas Colaborativas, enfatizando seus principais aspectos e as possibilidades de par-

ceria entre os dois institutos.

Faz parte do novo paradigma consensual, o olhar sistêmico para os problemas sob o prisma de inclusão do outro, estabelecendo um trabalho que visa uma escuta sobre os interesses comuns. Os métodos conversam entre si, com foco na consensualidade. Como exemplo de convergência, o mediador pode solicitar a presença da equipe colaborativa em qualquer etapa da Mediação, ao tempo em que as Práticas Colaborativas podem convidar o mediador para facilitar os diálogos diante dos impasses, sejam entre os clientes, sejam dentro da própria equipe colaborativa.

As etapas de cada método precisam ser vivenciadas, dentro da ordem estabelecida em cada procedimento, sendo que para a mediação o principal resultado é o resgate do diálogo entre os mediandos, sendo o acordo desejável. Para as Práticas Colaborativas, o resultado almejado, além do propósito dialógico, é um acordo factível e sustentável para todos. Constata-se, na prática, que os princípios afins proporcionam a aplicabilidade da parceria entre os dois métodos consensuais. As especificidades de cada método igualmente ressaltam a parceria, como a parcialidade dos advogados no método das Práticas Colaborativas. Por sua vez, o mediador, na sua ética profissional, procura esclarecer já na etapa da pré-mediação ou mesmo no seu discurso de abertura da sessão, o papel do advogado (mesmo o não capacitado em Práticas Colaborativas) e dos clientes (mediandos) e utilizar-se da técnica da derivação para outro método, caso perceba a não paridade dos mediandos, sobretudo se eles não possuírem assistência jurídica ou um deles.

Portanto, trata-se de um caminho fértil, com muitas possibilidades de parceria na via consensual, possibilitando à sociedade métodos pelos quais busquem solucionar suas controvérsias, condizentes com relações interpessoais mais preservadas, respeitadas e sustentáveis.

Referências

ABNEY, Sherrie. **Civil Collaborative Law: The Road Less Travelled**. 2011.

ALMEIDA, TANIA. **Caixa de Ferramentas em mediação**. Aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125/2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Lei 8.906, de 04 de julho de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 02 de março de 2019.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 13 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 de março de 2019.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Resolução 02/2015.** [2015c]. Código de Ética e Disciplina. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CAMERON, Nancy J. **Práticas colaborativas: aprofundando o diálogo.** Tradução: Alexandre Martins. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2019.

CAPRA, Fritjof. **A Visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas –** São Paulo: Cultrix, 2014.

FERREIRA, Cristiana S. G. F. **A mediação familiar sob um viés prático.** <https://jus.com.br/artigos/44737/a-mediacao-familiar-sob-um-vies-pratico>. Acesso em: 19 de setembro de 2021.

GOULART, Juliana Ribeiro. **Uma leitura particular da mediação em Luis Alberto Warat.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/08/10/uma-leitura-particular-da-mediacao-em-luis-alberto-warat/>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

HAIMENIS, Elizabeth; PORTELA, Fernanda. As Práticas Colaborativas e a Mediação. *In:* CAETANO, Livia; ZUARDI, Felícia; CAIUBY, Celia (Orgs). **As práticas colaborativas sob a perspectiva da experiência brasileira.** Rio de Janeiro: Processo 2021.

RAMOS, Izabel; TELLES, Marília C. S. Mediação Colaborativa. *In:* **Escritos Colaborativos**, vol VII, nov. 2020. Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas. Disponível em: <https://ibpc.praticascolaborativas.com.br/wp-content/uploads/2020/12/Novembro-2020--Vol.-VII--Edicao-Especial.pdf>. Acesso em: 24 de setembro de 2021.

TESLER, Pauline H.; THOPSON, Peggy. **Divórcio colaborativo: a maneira revolucionária de reestruturar sua família, resolver problemas legais e seguir adiante.** Tradução: Claudia Abrahan Chueke. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2017.

WARAT, Luis Alberto (Org). **Em nome do acordo: a mediação no Direito.** Florianópolis: Moderna, 2018.

WAKIGAWA, Andréa; SCIO, Flavia. **O Processo Colaborativo passo a passo.** *In:* CAETANO, Livia; ZUARDI, Felícia; CAUBY, Celia (orgs). **As práticas colaborativas sob a perspectiva da experiência brasileira.** Rio de Janeiro: Processo 2021.

WEBB, Stuart G.; OUSKY, Ronald D. **O Caminho colaborativo para o divórcio.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2017.

A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E GARANTIA DE SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES VIRTUAIS

Guilherme Bertipaglia Leite da Silva

Instituição: Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP. Advogado. Formador de Instrutores em Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Especialista em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). E-mail: direitoguilherme@hotmail.com

Marilia Ostini Ayello Alves de Lima

Instituição: Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Advogada. Associada Fundadora do IAPD. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Observatório do Marco Civil da Internet no Brasil” e “Observatório da Lei Geral de Proteção de Dados”, ambos da FDRP-USP. E-mail: mariliayello@yahoo.com.br

Resumo:

Ao longo da história, as sociedades buscaram adaptar-se às novas e imprescindíveis reconfigurações sociais e culturais que se apresentavam, demonstram, assim, seu caráter mutável, especialmente com o advento e avanço das novas tecnologias da informação e comunicação. É inegável que o avanço das tecnologias provocou (e ainda provoca), intensa revolução socioeconômica, afetando e repercutindo, inclusive, na esfera privada dos indivíduos, o que consequentemente ocasionou significativas mudanças na forma de agir, pensar e de se relacionar em sociedade. O último grande episódio da história global, a pandemia, trouxe uma aceleração exponencial das relações em ambiente virtual, o que não apenas pode contribuir para um aumento exponencial dos litígios, como contribuiu, se mostrando ainda mais necessário analisar a aplicação da mediação como um método judicial ou extrajudicial para a solução de conflitos no Brasil. O instituto da mediação ganhou ainda mais espaço e sem dúvida é um aliado na busca da estabilização das relações sociais, nos mais diversos aspectos. Além disso, deve se constatar que não basta apenas a inclusão de cláusulas, normas, e institutos que prevejam a mediação e sua aplicação nessa seara, há que se falar em como aplicar e como aplicar de modo eficiente, sendo o principal objeto do trabalho, devendo ainda tal aplicação ser conduzida por profissional devidamente habilitado para tanto.

Palavras-chave: Relações virtuais; Mediação; Autocomposição; Qualidade

1. Introdução

As sociedades, ao longo da história, buscaram adaptar-se às novas e imprescindíveis reconfigurações sociais e culturais que se apresentavam. Assim, é certo que a realidade humana e as próprias relações entre os indivíduos, com o advento e avanço das novas tecnologias da informação e comunicação, foram mudando.

As transformações aconteceram em ritmo acelerado, gerando alterações significativas na forma do indivíduo agir, pensar e de se relacionar que reverberaram diretamente em questões culturais, políticas, sociais e econômicas¹.

Hoje vivemos em uma era caracteriza pelo surgimento de uma sociedade pós-industrial, chamada “sociedade informacional”, expressão cunhada por Manuel Castells² que exprime uma nova estrutura social, chamada por ele de “capitalismo informacional” em que considera que a atividade econômica e a nova organização social se baseiam, material e tecnologicamente na informação.

Em ambiente de sociedade da informação cuja característica maior é exatamente o expressivo impacto da tecnologia tanto nas relações humanas como nas relações empresariais, sociais e governamentais, apresenta desafios atinentes à forma de estruturação por meio digital destas relações, onde todo e qualquer elemento escrito, sonoro, visual, imagens ou mídias de qualquer natureza, se convergem e se transformam em dados que trafegam na velocidade do pensamento, por meio da auto estrada informacional³

Esta realidade, por certo, está intrinsecamente relacionada ao dia a dia das pessoas, em que há a utilização intensa e indiscriminada de redes sociais e a prática de atos corriqueiros como contratações, fornecimento de dados para cadastramento, compartilhamento massivo de informações e dados e a realização de negócios jurídicos diversos, entre outros, é uma constante⁴.

1 ALVES, Diego da Cunha. Estado e Sociedade na era da informação: a relação entre as transformações sociais e as novas tecnologias da informação na contemporaneidade. Disponível em: <https://monografias.brasile scola.uol.com.br/historia/estado-sociedade-na-era-informacao-relacao-entre-as-transformacoes-sociais-novas-tecnologias.htm> Acesso em: 01/11/2021

2 CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society: the information age: economy, society and culture*. Cornwall: Blackwell Publishers, 2000. V. 1. p. 17.

3 SIMÃO FILHO, Adalberto, RODRIGUES, Janaina de Souza Cunha e LIMA, Marília Ostini Ayello Alves de. A Governança e o registro de dados em LGPD sob a ótica da tomada de decisão estratégica, calcada na experiência “Gambito da Rainha”. In: Direito, governança e novas tecnologias III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI Coordenadores: Aires Jose Rover; Danielle Jacon Ayres Pinto; Henrique Ribeiro Cardoso - Florianópolis: CONPEDI, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/d908sd02/SJWH86sd223LrXz8.pdf> Acesso em: 01 de novembro de 2021.

4 SIMÃO FILHO, Adalberto, RODRIGUES, Janaina de Souza Cunha e LIMA, Marília Ostini Ayello Alves de. Coluna Migalhas de Proteção de Dados. *Formas alternativas de resolução de conflitos em LGPD: “uma proposta do nosso tempo”* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/348357/formas-alternativas-de-resolucao-de-conflitos-em-lgpd> Acesso em: 05/06/2021.

Para além disso, o atual cenário é de “hiperconectividade”⁵, baseado na estreita relação entre seres humanos, objetos físicos, *Big Data*, Inteligência Artificial, algoritmos, entre outros elementos. A internet possibilitou a circulação mundial de bens, produtos e informações. Uma vez que aproximou as pessoas, proporcionou o acesso à informação e possibilitou a comercialização de produtos e serviços, que estão acessíveis em qualquer lugar do planeta e de forma instantânea. Alterando, assim, significativamente, dois referenciais, o espacial e o temporal, uma vez que a internet desconhece limites geográficos.

Toda essa atmosfera favorável a diversas relações virtuais e ao compartilhamento massivo de dados, que gera sua ressignificação monetária, provoca profundas modificações culturais e a necessidade de adaptação em diferentes setores da sociedade em relação aos cuidados pode vir a se tornar uma ameaça a direitos e garantias fundamentais.

É justamente ante a este novo paradigma das relações humanas trazido que o modelo jurídico brasileiro precisa se ajustar para assegurar respostas rápidas e eficazes à sociedade, modelo este que vem e traz consigo benefícios e desafios, como o aumento das relações e, naturalmente dos conflitos nesse ambiente e nas relações virtuais, carecendo de cuidados adequados às suas peculiaridades com a finalidade específica de estabilização dessas relações sociais.

2. Mediação: garantia e acesso à Justiça

Os meios alternativos de resolução de conflitos podem contribuir como técnicas e mecanismos utilizados na busca da satisfação de controvérsias, independente da via jurisdicional clássica e se integram no movimento de acesso à Justiça, no âmbito de suas ondas renovatórias tão bem apresentadas por Cappelletti e Garth Bryant⁶.

Conforme Carlos Eduardo Vasconcelos⁷, a mediação “é procedimento não adversarial de solução de disputas, diferentemente dos processos adversariais, que são aqueles em que um terceiro decide quem está certo, a exemplo dos processos administrativos, judiciais ou arbitrais”.

A mediação é metodologia científica de resolução de conflitos e estabilização de relações sociais com validação no Brasil e no mundo. E, sem dúvida, sua história está intimamente ligada ao movimento de acesso à Justiça, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que pode ser compreendido como o acesso à ordem jurídica justa, efetiva e célere.

Tal prática vem sendo implementada desde os primeiros modelos civilizatórios do mundo e no Brasil ganhou força e relevância com o advento de três normas que integram, nas conhecidas palavras do Professor Kazuo

5 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

6 CAPPELLETTI, Mauro; Bryant, Garth. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

7 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Watanabe, o chamado microsistema autocompositivo brasileiro, são elas: a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, – que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses - o Código de Processo Civil - Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 e a Lei 13.140 de 26 de junho 2015, chamada de Lei da Mediação.

A mediação no Brasil tem se desenvolvido significativamente se evidencia em basicamente dois grandes espaços, na esfera judicial e na extrajudicial, podendo ser utilizada para as soluções de conflitos nas relações virtuais tanto um como o outro.

O art. 1º, parágrafo único da Lei nº 13.140/15, define a mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Nesse sentido, a Lei da Mediação permite a mediação em casos que envolvam direitos disponíveis e direitos indisponíveis que admitam transação, sendo fácil o acesso às soluções consensuais no Brasil, bastando que os envolvidos procurem uma Câmara de Mediação ou ainda os Centros de Solução de Conflitos ofertados pelo Judiciário.

Tal método tem princípios claros que devem orientar a mediação e são trazidos também trazidos na Lei nº 13.140/15, em seu art. 2º, que anotamos na sequência: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé.

Em breve e apertada síntese o mediador deve ser imparcial na sua atuação aplicando-se ao profissional os mesmos motivos de impedimento e suspeição que se aplicam aos magistrados, no que tange à isonomia entre as partes, o mediador deve ter a cautela para tratar as partes de maneira equilibrada estando atendo ainda à eventuais desequilíbrios de poder entre as partes, seja um desequilíbrio de poder econômico, social, emocional ou outro que tiver presente, zelando pelo bom equilíbrio entre as partes no curso só procedimento.

A oralidade tão conhecida pelo operadores do direito sinaliza a relevância da expressão dos interesses e necessidades das partes no ambiente autocompositivo, na sequência a informalidade nos ensina que a formalidade pode ser ajustada de acordo com o caso concreto, podendo ser ajustada às peculiaridades do caso, a autonomia da vontade, corolário da mediação deixa consignado a necessidade de os participantes saberem efetivamente as consequências do que for pactuado bem como que essa manifestação de vontade não sofra pressões externas, e que a manifestação de vontade seja efetivamente livre.

A busca do consenso deve ser lembrada em todo tempo e não pode ser confundida com busca do acordo, o acordo na maior parte das vezes é a materialização do consenso, no entanto a prática ensina que em alguns casos há o consenso, mas não o acordo, por vezes esse “acordo” não se apresentou

por falta de condições, por exemplo, material, houve sim o consenso, a relação social foi ajustada, mas não foi possível, por exemplo definir um valor a ser pago, o autor teve há algum tempo a atuação em um caso, envolvendo brasileiros residentes no exterior que um deles passava por uma grave crise financeira, ele pode ajustar a relação de convivência com sua filha menor, mas no momento não pode ajustar o valor de pensão que entendia como ideal e adequado para sua filha, preferindo as partes não lavrar um acordo quanto aos valores naquele momento, mas houve consenso naquela relação familiar.

A confidencialidade, que é mais detalhada no art. 30 da referida Lei, garante que tudo o que for levado, discutido, apresentado, conversado, analisado no curso do procedimento é confidencial e sigiloso não podendo ser usado em outro espaço, salvo se as partes assim definirem de comum acordo. A Lei ainda traz exceções à confidencialidade, previstas em seu art. 30 e seguintes.

Por fim o princípio da boa-fé, um dos mais importantes, uma vez que sem ela não é possível haver um diálogo equilibrado na busca do consenso, ou seja, a boa-fé de todos os participantes é condição para o seguimento do procedimento.

Alinhados com todos os princípios e para não restar dúvidas, o legislador optou por deixar claro que ninguém será obrigado a permanecer no procedimento, reforçando ainda que as pessoas poderão se dar a oportunidade de conversar e ajustar seus interesses e necessidades, o que se aplica, inclusive para as relações sociais no ambiente virtual, seja afetivo, de trabalho, de negócios, e tantos outros no espaço virtual.

Há ainda outro elemento bastante relevante para o bom êxito do diálogo nesse espaço autocompositivo, o profissional que conduz o procedimento, o mediador. Que pode ser um ou mais profissionais. Para atuação na Mediação judicial há requisitos específicos trazidos pela Lei da Mediação para a atuação na esfera extrajudicial a lei não apresenta requisitos específico, mas exige uma capacitação adequada.

O mediador capacitado com um conjunto de habilidades, competências e consequentemente ferramentas e técnicas tem o papel fundamental de conduzir as pessoas na jornada da busca da integração dos seus interesses e necessidades, levando-as para um momento em que compreendam de modo mais amplo e mais claro o conflito e com isso auxiliando-as no desenho de um ajuste que faça sentido para a realidade das partes, para a realidade de fato e não apenas para a realidade jurídica.

3. Relações sociais e a mediação como forma de resolução de conflitos.

O convívio dos indivíduos em sociedade é sinônimo de troca de experiências, vivências e, em alguns casos, conflitos. Assim, é necessário compreender que as controvérsias existentes no interior dos grupos de pessoas é um fenômeno natural e indispensável para a evolução, modificação e constru-

ção dos pensamentos e atitudes da sociedade.

Com o avanço da tecnologia e com o surgimento da internet, que aproximou as pessoas, proporcionou o acesso à informação e possibilitou a comercialização de produtos e serviços, que estão acessíveis em qualquer lugar do planeta e de forma instantânea. E que, desta forma, alterou significativamente dois referenciais, o espacial e o temporal, uma vez que a internet desconhece limites geográficos. Possibilitando, assim, a circulação mundial de bens, produtos e informações.

Sob este olhar, devemos analisar toda esta conectividade e as novas tecnologia que demandam para o seu funcionamento um fluxo informacional ininterrupto, com quantidades cada vez maiores de dados que circulam na rede, os quais são inseridos não apenas por pessoas, mas também por algoritmos e coisas, que são dotados de inteligência artificial e trocam dados entre si, gerando um ambiente cada vez mais automatizado.

Sem dúvida, a crise sanitária mundial - pandemia - acentuou e acelerou este cenário e trouxe à tona a necessidade de apresentação de soluções adequadas à realidade fático-conflituosa, em especial em relação a intensificação das relações em âmbito virtual, e, por consequência o aumento expressivo dos conflitos.

Neste cenário, a mediação, como um meio adequado de resolução de conflito, traz de forma célere a solução efetiva e a harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes. Uma vez que, a decisão no espaço consensual considera aspectos e dimensões da disputa que jamais seriam trazidas em sede de documentos e provas numa dinâmica do processo judicial tradicional. Considera emoções, sentimentos, interesses não ditos, mas percebidos, que são, em essência parte de quem somos e das nossas relações, mas que o processo não abarca, e essa é uma evidência de soluções que integram efetivamente as pessoas, realidade que não é trazida no processo judicial tradicional.

A sociedade tem adotado, por exemplo em sede de gestão de pessoas, abordagens que cuidam do ser humano como um todo, basta olhar para as empresas que se destacam nas relações com seus colaboradores e isso não pode ser diferente nas soluções de conflitos, independente da relação social, se presencial ou virtual.

Neste sentido, crescem as iniciativas no Brasil que são voltadas a concepção de mecanismos bem-sucedidos de solução de controvérsias, como por exemplo: Reclame Aqui, Juspro, e-Conciliar, Vamos Conciliar, Mediação Online. E, ainda o Consumidor.gov.br, que é administrada pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), pertencente à estrutura do Ministério da Justiça.

Imperioso destacar que em demandas repetitivas e de baixa complexidade - o sistema de ODR (*Online Dispute Resolution*), dotado de grande flexibilidade, pode ajudar a superar obstáculos de mecanismos tradicionais, judiciais ou ADR (*Alternative Dispute Resolution*), sendo marcado sobretudo pela natureza

adaptativa⁸.

Aliás, destaca-se a recente Resolução 358, do CNJ, publicada no 02 de dezembro de 2020, na qual o Judiciário brasileiro começará a projetar sistemas informatizados de ODRs para a resolução de conflitos, voltados à tentativa de conciliação e mediação (SIREC), no formato de Tribunais online.

Diante da clara expansão da aplicação da mediação vale destacar que, ajustar as necessidades e interesses de pessoas, sejam físicas ou jurídicas, envolvidas em um cenário de conflito ou disputa instalado ou prestes a se instalar quando a realidade (por exemplo, da COVID) está evidente e com a percepção de realidade mais próxima das pessoas, construir uma solução que se amolde à realidade é mais eficaz que a construção de uma solução depois de um longo tempo, o que provavelmente perceberemos com relação às decisões em sede de Tribunais Superiores, quando as demandas, agora ajuizadas chegarem nessas instâncias, sendo certo que as soluções negociadas ganharam e tem ganhado significativo espaço entre os profissionais do direito.

A mesma mediação que deu grandes saltos antes da pandemia teve sua implementação acentuada com a imposição de distanciamento entre pessoas, e restrições de circulação, aumentando não apenas as relações virtuais, mas também as mediações em espaço digital.

O cenário imposto nos levou a voltar os olhos e parar para analisar com mais profundidade algumas regulamentações, tais como: o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor, nas relações de consumo no ambiente online e a Lei Geral de Proteção de Dados, tem se destacado no Brasil com significativa crescente.

Neste sentido, damos destaque a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.70 de 24 de agosto de 2018 – aplicável aos meios digitais e físicos – e que traz em seu artigo 52, parágrafo 7º, a menção expressa da possibilidade de realização de conciliação entre o controlador e o titular de dados pessoais, nos seguintes termos:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional

§ 7º Os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o caput do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de **conciliação direta entre controlador e titular** e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo.

O entendimento, de pequena parcela da doutrina, de que a redação do parágrafo 7º, pode gerar a interpretação da existência de uma espécie de cláusula

8 MARTINS, Guilherme Magalhães. Coluna Migalhas de Proteção de Dados ODRs e conflitos repetitivos nas relações de consumo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/343809/odrs-e-conflitos-repetitivos-nas-relacoes-de-consumo> Acesso em: 01/11/21

sula compromissória⁹ não deve prosperar. A conciliação não deve ser entendida como um pré-requisito para que o titular de dados pessoais possa acionar a ANPD, mas sim como uma ferramenta que poderá se utilizar, como forma de reduzir sobremaneira os prejuízos e concretizar os seus direitos.

Ainda em relação a eventuais conflitos oriundos desta seara protetiva de dados pessoais, algumas condutas podem ser efetivadas para a implantação das estruturas que possibilitem o acesso às múltiplas portas de solução de conflito, como forma de facilitar o esperado acesso à justiça, tais como: inserção na política de governança corporativa, inserção de cláusula específica em termos e condições de uso, políticas de privacidade e proteção de dados, política de direito dos titulares de dados, acordos de processamento ou documentos congêneres de regras de apoio e incentivo a procedimentos voltados para a solução ética de conflitos, Inserção de cláusulas específicas, em contratos, que possam disciplinar e efetivar tratativas de autocomposição¹⁰

Desta feita, deve-se observar no entanto, que se houver o compromisso das partes em buscarem a mediação e não ajuizar ação até a conclusão do procedimento, por exemplo, as partes ficam vinculadas a participar do procedimento, isso significa na prática que elas deverão dar início ao procedimento e, apenas a título de esclarecimento, essa obrigação não as impõe o dever de permanecer no procedimento, mas sim de dar, entre si, a chance de conversar acerca daquela questão, o que é plenamente razoável desde que previamente pactuado com base no artigo 23 de Lei 13.140/2015, que determina que “o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição”.

Cumpra lembrar ainda que a ausência de diversas regulamentações e “brechas”, que na prática são interpretadas no sistema de justiça tradicional, podem também ser ajustadas entre as partes se presentes os princípios já pontuados, se mostrando eficaz na prática, e mitigando aplicações indesejadas por todos os envolvidos num cenário de conflito e disputa, que para além disso, traz amadurecimento para as pessoas e relações, contando também com os benefícios que o procedimento nos oferta.

A mediação, como mecanismo aqui indicado serve, principalmente para as partes mitigarem os danos, evitarem decisões judiciais indesejadas que possam acirrar o conflito ou venha a ser tomada sem que as partes amadureçam suas possibilidades de tomada de decisão e consequente dimensionamento dos danos da disputa.

Tal mecanismo serve como forma de preservar e efetivar o direito ao acesso à Justiça, devendo acompanhar as modificações na sociedade e na le-

9 ALVES, Fabrício da Mota. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 2. ed. rev. atual, e amp. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pág 393

10 SIMÃO FILHO, Adalberto, RODRIGUES, Janaina de Souza Cunha e LIMA, Marília Ostini Ayello Alves de. Coluna Migalhas de Proteção de Dados. Formas alternativas de resolução de conflitos em LGPD: “uma proposta do nosso tempo” Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/348357/formas-alternativas-de-resolucao-de-conflitos-em-lgpd> Acesso em: 05/06/2021.

gislação e, claro, buscar uma mudança cultural.

Conclusão

Cuidar das relações sociais é cuidar de negócios, pessoas, empresas e famílias. O espaço virtual é permeado tanto de relações pontuais como de relações continuadas, razão pela qual a mediação deve ser implementada tanto na busca de soluções efetivas de conflitos já instalados ou potenciais conflitos, como também na criação de uma barreira saudável de proteção para evitar a escalada de disputas ou acirramento de demandas, além dos benefícios já conhecidos da metodologia, tais como a solução célere, eficaz, sigilosa, sem exposição de pessoas, estratégias e negócios com satisfação para os usuários, e principalmente, controle sobre decisões.

Para tanto, deve-se destacar que tal aplicação respeitará os pilares de qualidade na implementação da mediação, tais como a qualidade técnica, qualidade ambiental, qualidade social e qualidade ética que devam permear também as relações digitais especialmente quando se busca uma estabilização das relações sociais.

Assim, a integração adequada das normas se mostra um caminho para ofertar proteção nas relações, como também para ofertar um espaço de solução com controle sobre decisões num contexto de fragilidade nas regulamentações ainda por vir e por consequência natural a inclusão das pessoas na construção das decisões de pontos sensíveis de suas vidas, buscando, sobretudo a efetivação dos Direitos Humanos, inclusive nas relações virtuais, traduzindo, também em amadurecimento e respeito nas relações.

Evidente, portanto, que a implementação da mediação nas relações virtuais é um caminho de entrega de respeito, autonomia da vontade e de amadurecimento das relações sociais, também no espaço virtual, traduzindo em efetiva garantia de acesso à justiça na medida em que se possibilita a estabilização das relações sociais, estabilização essa, tão desejada, especialmente nos tempos atuais.

Referências

ALVES, Diego da Cunha. Estado e Sociedade na era da informação: a relação entre as transformações sociais e as novas tecnologias da informação na contemporaneidade. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/historia/estado-sociedade-na-era-informacao-relacao-entre-as-transformacoes-sociais-novas-tecnologias.htm> Acesso em: 01/11/2021

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10/10/2021.

BRASIL. Lei nº 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho

de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jun. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 10/10/2021.

CAPPELLETTI, Mauro; Bryant, Garth. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society: the information age: economy, society and culture*. Cornwall: Blackwell Publishers, 2000. V. 1. p. 17.

MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Coluna Migalhas de Proteção de Dados ODRs e conflitos repetitivos nas relações de consumo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protECAo-de-dados/343809/odrs-e-conflitos-repetitivos-nas-relacoes-de-consumo> Acesso em: 01/11/21

MENEGAZ, Mariana Lima. LIMA, Marília Ostini Ayello Alves de. *O ensino dos mecanismos consensuais de solução de conflitos nas universidades brasileiras como forma de acesso à Justiça*. Anais de Artigos Completos do IV Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar. Volume 03, registrado no ISBN nº 978-65-86051-05-6. Editora Brasília, 2020.

SIMÃO FILHO, Adalberto, RODRIGUES, Janaina de Souza Cunha e LIMA, Marília Ostini Ayello Alves de. A Governança e o registro de dados em LGPD sob a ótica da tomada de decisão estratégica, calcada na experiência “Gambito da Rainha”. In: Direito, governança e novas tecnologias III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI Coordenadores: Aires Jose Rover; Danielle Jacon Ayres Pinto; Henrique Ribeiro Cardoso - Florianópolis: CONPEDI, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/d908sd02/SJWH86sd223LrXz8.pdf> Acesso em: 01 de novembro de 2021.

SIMÃO FILHO, Adalberto, RODRIGUES, Janaina de Souza Cunha e LIMA, Marília Ostini Ayello Alves de. Coluna Migalhas de Proteção de Dados. Formas alternativas de resolução de conflitos em LGPD: “uma proposta do nosso tempo” Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protECAo-de-dados/348357/formas-alternativas-de-resolucao-de-conflitos-em-lgpd> Acesso em: 05/06/2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

“MATANDO A SEDE NA SALIVA”: A MEDIAÇÃO COMO UM ESPAÇO ONDE “NÃO SE QUER SÓ COMIDA”

Marília Alves de Carvalho e Silva

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora do grupo de Direito e Cinema. Foi assistente de ensino na Fundação Getúlio Vargas. Atua na Faleck & Associados como facilitadora em programa de indenização de repercussão nacional.

Resumo:

Erigido sobre uma perspectiva que interliga direito e arte, o presente artigo objetiva incitar a reflexão sobre a efetiva igualdade nos procedimentos possibilitados pela justiça multiportas e a necessidade de um ensino transdisciplinar que os promova. Hodiernamente, a adjudicação estatal não é a única via para buscar a satisfação de interesses conflitantes, sendo inegável que o acesso à justiça pode se efetivar através da construção de soluções que tem as/os envolvidas/os como protagonistas. Sendo assim, para que não haja uma subversão desta possibilidade, faz-se oportuno trazer aportes da teoria crítica e de uma mirada transdisciplinar para que as relações tratadas “em mesa” não perpetuem as “opressões sobrepostas” presentes em algumas relações privadas. Para tanto, a base teórica de Joaquín Herrera Flores será combinada com uma visão contemporânea do direito, fomentando a busca de um ensino contextualizado e “impuro” dos métodos adequados de solução de conflitos.

Palavras-chave: Mediação; Transdisciplinaridade; “*Overlapping opressions*”; Direito e arte.

Introdução:

“Se a barra é pesada, a certeza é voltar”: entre o rap de linguagem popular de Emicida e a retórica rebuscada das cortes judiciais, evidencia-se em uma frase o abismo que algumas vezes separa a prestação jurisdicional da real busca do/a jurisdicionado/a, uma vez que a noção de repetição materializa a tendência de que situações que não receberam a atenção devida retornem potencializadas. Assim, se é certo que muitas vezes a adjudicação estatal é uma via para a resolução de diversas lides, hoje já é indiscutível que outros caminhos são possíveis e adequados.

Diante de tal constatação, oportuno é o questionamento sobre como assegurar a paridade entre os envolvidos e as envolvidas em contextos onde antes poderia ser verificada uma desigualdade *a priori*, sendo a investigação desta resposta a justificativa inicial para o presente trabalho. Contudo, como o ato de escrever, assim o de dialogar, se modifica à medida que novas compreensões surgem, durante sua elaboração foi possível perceber a riqueza de em ensino jurídico que fomenta uma visão de mundo efetivamente conectada com a cultura do diálogo, o que impõe o desenvolvimento de habilidades e conhecimentos transdisciplinares.

Quando se parte da teoria para a prática, evidencia-se como é fundamental ter um arcabouço de habilidades que o direito tradicionalmente não ensinava. Assim, será narrado um caso concreto desidentificado para que o leitor e a leitora notem como a história de cada pessoa é cheia de nuances que não podem ser apreendidos apenas com a subsunção entre fato e norma. A partir da narração deste caso foi impossível não atentar para a fundamentalidade de despertar no discente o gosto por buscas transdisciplinares desde a graduação, o que se torna cada vez mais imperioso diante da crescente complexidade das relações, que se tornou ainda mais evidente com a pandemia do Covid-19.

Para embasar a busca de uma efetiva igualdade, tem-se como base teórica o conceito de “opressões sobrepostas”, cunhado pelo jusfilósofo sevilhano Joaquín Herrera Flores para traduzir a ideia de que as mulheres sofrem com situações de vulnerabilidade que se ocultam e se espraiam para dentro do ambiente doméstico. Diante de tal percepção, considerando ainda a impureza dos Direitos Humanos trazida pelo mesmo autor, o objetivo é analisar como a mediação pode se materializar como um momento para que as partes exponham suas questões de forma horizontalizada e assertiva, dissolvendo as camadas de invisibilidade que muitas vezes persistem quando não há este ambiente para um diálogo onde todos e todas se compreendam.

Sendo assim, a metodologia utilizada compõe-se de dois momentos: uma abordagem teórica que conecta a relação entre uma tentativa de superar as opressões invisíveis e a mediação, sob uma mirada que também se utilizará de trechos de músicas para sensibilização, e contextualização da necessidade do ensino jurídico equalizar questões em uma sociedade cada vez mais complexa. A partir deste arcabouço, se pretende defender a necessidade de uma nova cultura jurídica que permita olhar para além das ações que buscam alívios e outros bens da vida, mas garanta a comida em seu em seu aspecto literal e simbólico.

Argonautas de um “novo” direito: navegando em um mar onde “mediar é preciso”

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2021: momento que é realizada a última revisão do presente artigo, finalizado após quase dois anos da pandemia

do Covid-19, ocasião em muito já se falou sobre a importância do diálogo, inclusive em aspectos envolvendo economia e saúde pública. No âmbito jurídico, Rodrigo Fux escreveu sobre como o novo Coronavírus desempenha um papel de força motriz para a mediação no artigo “Mais diálogo e menos duelo: mediar é preciso”, que empresta parte de seu título ao presente subtítulo.

Para além do momento atual, os chamados Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs) já são uma realidade no ordenamento brasileiro, regulados desde 2010 pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça. O citado diploma sofreu uma série de alterações com a Resolução 326, posterior ao atual Código de Processo Civil, que foi sancionado em 2015 e destina toda a seção V do Capítulo III para tratar dos Mediadores e Conciliadores judiciais. Neste panorama legislativo, destaca-se o caput do artigo 166, que prevê os princípios que regem a mediação e a conciliação, conforme transcrito a seguir:

Art. 166: A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Ocorre que só é possível tomar decisões conscientes quando o cenário em que a pessoa está inserida a permite saber os ganhos e perdas, agindo de forma verdadeiramente informada e livre de qualquer coação. Além disso, um acordo genuíno pressupõe que as/os intervenientes estão em paridade de condições educacionais, sociais e econômicas para poder discutir seus interesses com liberdade e dignidade.

Neste ponto, oportuna é a metáfora desenvolvida por Joaquín Herrera Flores em seu livro (*“De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales”*), no qual o jusfilósofo sevilhano traduz a ideia de que existe na sociedade uma espécie de “predador universal” que se instala em nossas ações e pensamento como se fosse algo natural. Justamente por estar tão internalizado, sequer percebemos sua presença no cotidiano, e por isso o autor traz a imagem para simbolizar naturalização do patriarcalismo e da exclusão da mulher nos ambientes públicos e privados, perpetuando uma desigualdade de condições mesmo em relações domésticas ou familiaristas.

A evidencia desta figura se materializa na mesa de mediação através de falas inflamadas e reducionistas que parecem algo corriqueiro, tais como: “você está louca!”, “isso não é coisa de mulher”, ou ainda o oposto “isso é obrigação da mulher”, dentre muitas outras formas de encaixar pessoas em padrões de comportamentos, o que por si só já obstaculiza qualquer tipo de diálogo franco. Não se nega que nesse contexto há ainda o que Herrera Flores chama de “opressões sobrepostas”, que se caracterizam como as diversas camadas de vulnerabilidades que podem ser sofridas de formas diferenciadas em razão da raça, situação financeira, orientação sexual, nível educacional, entre outros fatores. Contudo, aprofundar o assunto com todos os pormenores

seria impossível no presente estudo.

Assim, transpõe-se a análise para um olhar amplo e genérico, que não se propõe a defender ninguém *a priori*, o que seria contraditório com o próprio fundamento basilar da mediação. Ao contrário, o que se propõe é trazer à luz esta realidade para que um procedimento horizontalizado e dialógico que não tenha início já com um desnível de condições. Para tanto, imperiosa é uma nova leitura de mundo que permita a desconstrução dos signos culturais dominantes e se articule com a criação de espaços para a articulação “diferencial”.

A mediação, por ser um procedimento pautado no protagonismo das partes, desponta como um espaço onde a articulação supracitada pode se desenvolver de forma patente. Nesta esteira, é oportuno esclarecer que a noção da negociação racional, sistematizada por Bazerman e Neale, vai ao encontro da ideia em comento, uma vez que o autor e a autora entendem que a negociação pode buscar o acordo, mas o mais importante não é qualquer acordo.

Isto posto, não é demasiado lembrar que negociação e mediação não se confundem, sendo a presença de um(a) terceiro(a) fator que é necessário para a segunda e dispensado da primeira. Nesta esteira, é precisamente o papel do(a) mediadora(a) como um agente neutro o grande diferencial da mediação, e para isso é necessário que este/a profissional seja capacitado para auxiliar na ampliação do olhar e empoderamento daqueles(as) que estão imersos(as) no conflito e sob a influência desse predador universal que se espalha sobre todo o contexto no qual vivemos e nos relacionamos.

Para tanto, é preciso navegar para além dos mares do dever-ser, que apreende apenas o que está positivado, e mergulhar no que é, permitindo perceber com empatia o que não está sendo dito e possui reflexos diretos na prestação que se busca. Nesse sentido, velejamos entre a figura do predador de Herrera Flores e do argonauta de Caetano para propor que desde a graduação sejam lecionadas de forma profunda e transdisciplinar disciplinas que promovam a cultura do diálogo e capacitem as/os integrantes do sistema de justiça a já iniciar a profissão com habilidades relacionais e críticas. Sobre o tema, colacionam Adriana Goulart de Sena Orsini e Ronan Ramos Oliveira Júnior:

Assim é que urge o ensino de habilidades que promovam as capacidades dos operadores do Direito e das pessoas, de modo geral, a assumirem suas responsabilidades no trato com suas próprias controvérsias e soluções. E a negociação e a mediação são métodos que brindam uma maneira autônoma de estruturação de diálogos para que os indivíduos possam buscar por si, ou com o auxílio de um terceiro, o direito e a justiça que acreditam (ORSINI; OLIVEIRA JÚNIOR, 2020, p. 284).

Portanto, para que os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão in-

formada não sejam apenas palavras no papel, é fundamental desde a sala de aula instigar a inquietação para desenvolver a escuta ativa e perceber desde as opressões sobrepostas até a necessidade de celeridade que as pessoas envolvidas em um litígio possuem, o que muitas vezes não pode ser equalizado pelo judiciário, mas deve ser garantido na mediação. Apenas tendo a consciência de que aquelas pessoas são as protagonistas da solução é possível buscar a capacidade de olhar de forma ampla para a situação como um todo. Assim, com alteridade e respeito, a materialização dos princípios se transforma em uma consequência natural, o que leva a necessidade de demonstrar com um exemplo prático o que foi teorizado neste ponto.

“Matando a sede na saliva”: entre as águas do mar e a construção de rotas com palavras

Cazuza já cantou sobre a necessidade de “matar a sede na saliva”, o que, assim como qualquer fala, abre espaço para uma série de interpretações. Aqui já iniciamos a “agenda” do presente tópico expondo que a compreensão que será trabalhada é aquela que subentende no verso a necessidade de dialogar, uma vez que as conversas também possuem grande potencial de ser esse “veneno antimonotonia”. Esclarecido este ponto, navegamos da teoria à prática para narrar um fato presenciado durante uma mediação familiar, com a omissão de diversos pormenores e alteração dos nomes dos participantes para preservar a confidencialidade, que é requisito básico do procedimento. Vamos ao ocorrido:

Alice se sentou à mesa encolhida e apática, como se já não tivesse vontade de estar ali, ou em talvez nenhum outro lugar, como ela relatou em seu caucus. Rubens, por sua vez, chegou ostentando uma aliança na mão e pôs ambas sobre as pernas, ocupando todo o espaço da cadeira e um pouco mais. Os olhares de ambos se evitavam, podendo levar a pensar que aquele seria um cenário pouco promissor para uma conversa.

Contudo, as filhas Ana e Maria eram o que os levava não apenas àquela sala, mas também a um elo eterno entre ambos, como pai e mãe das meninas. Com a informação de que desejavam regulamentar a pensão das menores, a conversa desde o início já passou das crianças para o casal, com algumas das acusações e naturalizações citadas no tópico anterior, tais como “você está louca!”. Após a compreensão de que havia muito não dito ente os dois, o que até foi verbalizado por Alice ao relatar que preferia apenas “tratar do dinheiro das filhas porque tem coisas que prefiro nem falar ‘para todo mundo’”, se tornou notória a necessidade das sessões individuais, que foram aceitas.

Em sua reunião privada, Alice já advertiu que Rubens era “assim esse tipo encantador, sabe? Então provavelmente vocês só vão acreditar no que ele diz mesmo”. Após ser esclarecida que não cabia a ninguém ali julgar o certo ou o errado, ela iniciou uma fala contida que evidenciou a necessidade do conhecimento de diversas técnicas utilizadas na mediação, de Comunica-

ção Não Violenta a Psicologia Positiva. Ao final, foi notório que o pedido de divórcio e de alimentos para as meninas representavam o esgotamento com uma série de silenciamentos e com a imagem que ela havia consolidado de si mesma e do ex-marido.

Rubens, por sua vez, já entrou falante e com a certeza de que Alice “tinha outro”. Inicialmente relatou que “não queria mesmo mulher que faz *essas coisas*”, o que era claramente incongruente com a aliança na mão. Notoriamente muito mais solto, o que poderia ser uma característica que ela enquadrava no “tipo encantador”, contou sobre as filhas e falou que a única coisa que ele não admitia era que outro homem “tomasse o lugar dele”, e que por isso não queria pagar alimentos, mas sim ficar com as meninas.

Após serem perguntados sobre o que poderia ser transmitido para a/o outro/a, ambos responderam que “tudo”, o que foi uma surpresa e tornou cristalino que a maior necessidade ali ia para muito além dos alimentos pleiteados na ação de alimentos que havia sido encaminhada para a mediação. Aqui ganha lugar a música que diz que não se quer só comida e também é retomada a analogia com o mar para trazer a algumas palavras de Elisama Santos no livro “Conversas Difíceis: como estabelecer limites, lidar com temas difíceis e melhorar os relacionamentos através da comunicação não violenta”:

Durante três longos anos a nossa relação parecia um mar revolto. Sempre que nos levantávamos após uma onda, outra maior vinha antes de recuperar o folego. De repente nos perdemos um do outro e de nós mesmos. (...) Sem conseguirmos dialogar, cada um tinha sua própria lista de a culpa é sua, com itens os mais diversos (SANTOS, 2021, p. 99).

Somado ao afogamento nas próprias questões privadas estava o encarceramento em padrões culturais disseminados pelo predador universal citado. Assim, Rubens enxergava a necessidade de espaço de Alice como a presença de um “outro” imaginado, uma vez que ela parecia não mais ocupar o lugar daquela “Mulher de Atenas”. Contudo, ele não percebia a violência que era chama-la de louca como algo pejorativo a cada briga, o que hoje já é incontroverso que caracteriza uma opressão típica desse predador universal. Já o mundo que Alice havia construído em seu imaginário não era menos assolado por padrões construídos, uma vez que ela mesma tentava justificar várias atitudes de seu ex-marido como “coisa de homem”.

Mais importante que relatar como foi o final da sessão, cumpre advertir que os comportamentos debatidos em uma mediação devem ser avaliados de forma particularizada em cada caso, o que faz parte da própria riqueza do procedimento. Além disso, é preciso diferenciar uma conduta isolada ocorrida em discussões normais do cotidiano de ações reiteradas que acabam por criar um padrão em que a pessoa se sinta diminuída, ache que está louca ou se sinta intimidada para agir ou reagir por temer uma agressão que pode ser física ou psicológica. É precisamente nesta interseção entre o público e o privado que

o predador universal demonstra sua força, ingressando nas quatro paredes de uma relação para incutir nas mentes naturalizações típicas do patriarcalismo ou outras opressões.

No direito se faz patente essa percepção quando a figura do predador se instala de forma tão veemente que torna quase impossível que duas pessoas dialoguem, quando acabam transferindo para o estado-juiz a incumbência de resolver questões como a pensão alimentícia das filhas. Sobre o tema, novamente oportuna a lição de Elisama: “Os medos que ele revivia diariamente o tornavam alguém difícil de se relacionar. Costurava machismo, insegurança, medo do abandono, imaturidade emocional e tantas outras coisas em uma única figura (...) e dava a ela o nome de amor” (SANTOS, 2021, p. 101).

Assim, necessário se faz um ensino jurídico que não esteja tão voltado apenas para a subsunção entre fato e norma através de um encaixe único que é incapaz de abrigar a complexidade de nossas questões humanas. Nesta esteira, se é certo que o direito pressupõe a necessidade de conferir uma estabilidade e previsibilidade para a sociedade, é igualmente cristalino que a cada dia as relações se tornam cada vez mais desafiadoras, o que ficou latente com a pandemia do Covid-19, que trouxe o que Fux chamou de “gene da incerteza”.

Portanto, a mediação se mostra como opção que pode ser capaz de equalizar a “projeção de futuro”, que Cernelutti coloca como intrínseca ao contrato, com o espaço para a figura do “legislador-negociador”, conceito desenvolvido por Gustavo Tepedino. Para tanto, é fundamental desenvolver no/a discente algumas habilidades relacionais que não podem ser apreendidas através da absorção acrítica dos conteúdos positivados. Dessa forma, não se nega que a inclusão obrigatória de disciplinas sobre os MASC's foi um primeiro passo importante, mas um enfoque transdisciplinar e contextualizado é imperioso para consolidar uma efetiva cultura do diálogo, cuja busca não seja apenas o acordo, mas a capacidade de perceber o outro em sua totalidade e livre de estereótipos socialmente construídos que apenas reproduzem opressões e silenciamentos.

Conclusão

Em um contexto em que vejamos cada vez mais pelas águas da incerteza, ainda mais desafiadora se torna a tarefa do jurista. Com o presente estudo não foi diferente, pois deixamos o cais pensando em trabalhar a relação entre os direitos humanos e a mediação, mas desviamos um pouco a rota para incluir o ensino do direito como tripulante necessário nesta embarcação. Contudo, para atracar em um porto que permita realmente matar a sede dos navegantes, fundamental é pensar na fonte, que no caso em tela são os alunos e as alunas que já se graduam tendo como obrigatórias disciplinas que lecionam sobre os Métodos Adequados de Solução de Conflitos.

Contudo, esta é só uma primeira parte da rota, uma vez que através da narração de um caso concreto foi possível perceber que ainda é fundamental

desenvolver no discente algumas habilidades relacionais que o tornem capaz de atuar de forma ampla para escutar aquilo que não é dito, o que impõe um mergulho nas profundezas privadas que deságuam em mar que vai para a esfera pública. Por isso foi oportuna a lição de Herrera Flores com a sua metáfora do “Predador Universal” para demonstrar que existem atitudes tão naturalizadas em nossas mentes e ações que sequer percebemos a sua presença em nosso cotidiano. Além disso, a situação se torna mais difícil quando pensamos que as relações estão se complexificando à medida que vai sendo possível ir além do padrão heteronormativo que era o único possível há alguns poucos anos.

Tendo isso em mente, a mediação se mostra como um espaço onde é possível equalizar a busca por estabilidade aliada a uma série de particularidades daquelas pessoas que ali estão e que devem ser as verdadeiras protagonistas. Ocorre que este protagonismo só é possível quando há uma efetiva garantia de que todos e todas são capazes de tomar decisões com igualdade de condições, e por isso é tão importante que o mediador ou a mediadora ocupem esse papel de escutar o que não é dito para possibilitar a fluidez da conversa, e se comprometa a assegurar que todos os princípios descritos no artigo 166 do Novo Código de Processo Civil sejam efetivamente observados.

Para formar profissionais com tal capacidade, é necessário ensinar não apenas teorias e normas, mas desenvolver no alunado capacidades que o permitam se afetar pela realidade humana daqueles e daquelas que buscam mais do que o acesso ao judiciário, com pretensões que muitas vezes estão invisíveis sobre diversas camadas de opressão. Por isso, imperioso é unir teoria e prática, propor um estudo transdisciplinar que ensine Comunicação Não Violenta, Psicologia Positiva, coloque o discente em contato com o seu entorno, e o permita se afetar por realidades que não vive, mas tenha empatia suficiente para compreender que aqueles e aquelas que estão em sua frente buscaram o sistema de justiça justamente porque estão vivendo situações muito dolorosas em suas vidas e já não sabem como sair daquele mar revolto.

Portanto, notamos que ainda há uma longa rota a percorrer para um direito que realmente fomente a cultura de diálogo e assegure a igualdade entre as partes. No entanto, as velas já foram abertas e lançadas ao vento em um mar que conta com uma série de iniciativas que positivaram os métodos adequados de solução de conflitos, ao qual se somam muitos juristas que já defendem que é o direito que deve se adaptar a vida, atuando como um legislador-negociador e tomando consciência de que o que se quer muitas vezes não é só matar a sede na saliva, mas ser mar vivenciando a imensidão do que se é.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coords). **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margareth A. **Negociando Racionalmente**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016

BRASIL, CNJ. **Resolução 125**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL, CNJ. **Resolução 326**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3366>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lex: legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Lex: legislação. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Como Nasce o Direito**. São Paulo: Editora Pilares, 2015.

FUX, Rodrigo. Mais diálogo e menos duelo: mediar é preciso. *In*: PINTO, Adriano Moura da Fonseca et al.. **Temas Processuais na Visão da Advocacia**. PORTO, José Roberto; FUX, Rodrigo; SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021.

HERRERA FLORES, J. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HERRERA FLORES, J. **De habitaciones propias y otros espacios negados**. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005.

NASCIMENTO, Dulce Maria Martins. Negociação por Valores: Resolução Estratégica de Conflitos em Momentos de Crise. *In*: NUNES, César Augusto R. et al. (Orgs.). **Anais de Artigos Completos do V CIDH Coimbra 2020**, v. 5, 1ª Ed. São Paulo: Editora Brasília; Edições Brasil; Editora Fibra, 2021. Edição eletrônica. Disponível em: <https://www.cidhcoimbra.com/>. Acesso em: 13 set. 2021.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; OLIVEIRA JÚNIOR, Ronan Ramos. A Contribuição do Ensino de Negociação e Mediação de Conflitos no Direito para um Novo Tempo de Paz. *In*: NUNES, César Augusto R. et al. (Orgs.). **Anais de Artigos Completos do V CIDH Coimbra 2020**, v. 5, 1ª Ed. São Paulo: Editora Brasília; Edições Brasil; Editora Fibra, 2021. Edição eletrônica. Disponível em: <https://www.cidhcoimbra.com/>. Acesso em: 15 set. 2021.

SANTOS, Elisama. **Conversas Difíceis**: como estabelecer limites, lidar com temas difíceis e melhorar os relacionamentos através da comunicação não violenta. São Paulo: Paz e Terra, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; DONATO, Milena. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do Direito Civil. v. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

AS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS FAMILIARES COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE DEMANDAS JURÍDICAS NO BRASIL

Marília Nucci de Oliveira

Analista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Mestranda em Direito - Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais, EPD – Escola Paulista de Direito, Brasil. E-mail: marilianucci@hotmail.com.

Resumo:

A pesquisa propõe analisar, através de revisão bibliográfica, o uso das Constelações Sistêmicas Familiares como meio alternativo, ou adequado, de prevenção e resolução de demandas jurídicas no Brasil. Tendo em vista o crescimento do número de litígios no país, frente a dificuldade de expansão da prestação dos serviços públicos na mesma proporção, a busca por meios alternativos de solução de conflitos jurídicos tornou-se essencial na formulação de políticas públicas para o Poder Judiciário brasileiro. As Constelações Sistêmicas Familiares podem ser definidas como um método de terapia breve, desenvolvido pelo filósofo e psicanalista alemão Bert Hellinger, que procura compreender os conflitos humanos através da pesquisa de fatos que ocorreram em um determinado núcleo familiar, e que se repetem através das gerações, criando dificuldades que se perpetuam no tempo. O uso da metodologia desenvolvida por Bert Hellinger na solução de conflitos jurídicos no Brasil está de acordo com a política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse do Poder Judiciário, nos termos da Resolução Nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, do Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal Nº 13.105/2015), da Lei de Mediação (Lei Federal Nº 13.140/15), dentre outros diplomas legais. Procura-se com a pesquisa, contribuir na busca por soluções adequadas de resolução de conflitos jurídicos no Brasil, em favor do desenvolvimento de uma sociedade mais justa, pacífica e humanizada.

Palavras-chave: Meios alternativos de solução de conflitos; Constelação sistêmica familiar; Direito sistêmico; Justiça-sistêmica.

1 Introdução.

O presente artigo propõe debater sobre a utilização das constelações

sistêmicas familiares na prevenção e resolução de demandas jurídicas no Brasil.

Constelação Sistêmica Familiar pode ser definida como uma terapia breve, que procura compreender os conflitos humanos através da análise de comportamentos ou fatos que ocorreram em um determinado sistema familiar, os quais podem se repetir ao longo de várias gerações, causando tribulações que se perpetuam no tempo.

Desenvolvida pelo filósofo, psicopedagogo e psicanalista alemão Bert Hellinger, a modalidade terapêutica pode ser utilizada para tratar conflitos de relacionamentos, medos, fobias, entre outras questões, e tem sido utilizada como meio de solução adequada de controvérsias na área jurídica.

De acordo com dados extraídos do sítio do Conselho Nacional de Justiça, as Constelações Sistêmicas Familiares são utilizadas no Poder Judiciário brasileiro em ao menos 16 Estados e Distrito Federal¹, especialmente em demandas de Direito de Família e Sucessões, mas também na área de infância e juventude e no Direito Penal.

Segundo o relatório “Justiça em Números 2020” do CNJ², no final do ano de 2019, o Poder Judiciário contava com 77,1 milhões de processos em tramitação. E, segundo conclusões do estudo, mesmo com todas as ações de incentivo a utilização dos meios consensuais de resolução de demandas, ainda há muito a ser feito no país em relação ao desenvolvimento de uma cultura de paz e ao uso dos meios consensuais de solução de disputas.

2 Origem e desenvolvimento

A modalidade terapêutica que conhecemos hoje como Constelação Sistêmica Familiar, ou Constelação Familiar, foi desenvolvida pelo filósofo, psicopedagogo e psicanalista alemão Bert Hellinger. Originalmente chamada de “Familienstellen”, (posicionamento ou colocação familiar, em alemão), nos Estados Unidos o termo foi traduzido para “Family Constellation”, ou Constelação Familiar. No Brasil, em uma tradução direta do inglês, o método terapêutico ficou conhecido como Constelação Sistêmica Familiar ou Constelação Familiar.

Conforme explica o Juiz de Direito do Estado da Bahia, Dr. Sami Storch, pioneiro na aplicação das Constelações no Poder Judiciário, podemos defini-la como:

(...) uma abordagem sistêmica e fenomenológica, originalmente usada como forma de terapia, segundo a qual diversos tipos de problemas enfrentados por um indivíduo (bloqueios, traumas e dificuldades de

1 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>. Acesso em: 10 abr.2021.

2 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2020 (ano base 2019). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em 20 jun.2021.

relacionamento, por exemplo), podem derivar de fatos graves ocorridos no passado não só do próprio indivíduo, mas também de sua família, em gerações anteriores, e que deixaram uma marca no sistema familiar(...).³

Anton Suitbert Hellinger, conhecido como Bert Hellinger, nasceu em 1925 na cidade de Leimen, na Alemanha. Durante sua infância e adolescência estudou em colégios católicos. Após a 2ª Guerra Mundial, foi ordenado padre pela mesma Congregação que frequentou durante sua juventude, estudou teologia, filosofia e pedagogia em Universidades da Alemanha e na África do Sul, atuando como professor e diretor de escolas.

Viveu durante 16 anos na África do Sul, período em que teve contato com a filosofia de vida dos Zulus, e pode observar e relatar pela primeira vez alguns dos princípios fundamentais do que viria a ser a metodologia das Constelações Familiares. Ainda, por meio de vivências ecumênicas e interraciais proporcionadas por sacerdotes anglicanos, conheceu o funcionamento da terapia de grupo, uma novidade à época.

De volta à Alemanha no final dos anos 1960, deixou o sacerdócio e passou a estudar psicanálise na Universidade de Viena, período em que também desenvolveu pesquisas sobre a terapia Gestalt. Nos Estados Unidos, na década de 1970, estudou Psicodrama, Análise transacional, Análise de Scrip, Terapia Breve, Hipnoterapia de Milton Erickson, Programação Neurolinguística, Esculturas Familiares, Terapia Familiar e Constelação Familiar⁴. No início da década de 1980, Bert Hellinger já era reconhecido na Alemanha como psicoterapeuta e promovia treinamentos pelo país.

Bert Hellinger publicou mais de 108 livros, traduzidos para 38 línguas, sendo o último uma autobiografia em 2018. Faleceu em 2019, aos 95 anos, na Alemanha. A partir de estudos e observações na atuação como psicanalista e terapeuta, Hellinger identificou alguns padrões nas conexões entre membros de um sistema familiar, os quais chamou de Leis do Amor, ou princípios sistêmicos, um dos pilares teóricos que fundamentam o trabalho com as Constelações Sistêmicas Familiares.

3 Pressupostos teóricos e filosóficos

As leis sistêmicas, ou Ordens do Amor, agem como princípios universais que ordenam e harmonizam as relações entre os membros de um sistema familiar. Quando uma das ordens do amor não é observada, surgem os conflitos que se repetem através das gerações. Não se tratam, contudo, de regras morais ou sociais, pois atuam além das convenções sociais.

3 STORCH, Sami. Artigo Publicado na Revista do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Vol. 05, publicado em julho de 2016. Direito Sistêmico: A resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares (Pags 305-316). Disponível em: <https://www.academia.edu/35789695/>. Acesso em: 15 abr.2021.

4 Modalidades terapêuticas da psicologia que influenciaram diretamente o desenvolvimento do método das Constelações Sistêmicas Familiares de Bert Hellinger.

Os comportamentos repetitivos, em regra, não são intencionais, mas criam distorções que podem gerar problemas de saúde, de relacionamento, de comportamento, etc. Segundo Bert Hellinger, há três princípios básicos a serem observados em um sistema familiar:

- A) Pertencimento:** todos os membros da família têm o mesmo direito de pertencer. Quando há exclusão de um indivíduo, o próprio sistema familiar cria um movimento inconsciente para trazê-lo de volta, tenha sido este indivíduo excluído ou esquecido. Enquanto a exclusão permanecer, outro familiar, de forma inconsciente, pode apresentar comportamentos semelhantes⁵.
- B) Hierarquia:** É estabelecida conforme a ordem cronológica de nascimento. Os pais vêm primeiro, o filho primogênito antes do segundo, e assim por diante. A família de origem vem em primeiro lugar na hierarquia em relação à reverência e respeito, mas a família atual tem prioridade de foco e atenção. Se os filhos continuam com o foco nos pais, mesmo após um casamento, por exemplo, a nova família pode ter dificuldades em manter uma convivência harmoniosa⁶.
- C) Equilíbrio ou Compensação:** ou princípio da reciprocidade. O equilíbrio entre o dar e receber é condição essencial para um relacionamento bem sucedido. A exceção a tal regra é o relacionamento entre pais e filhos. Nesse caso, segundo observado por Hellinger, os pais dão a vida e isso basta, e não é possível aos filhos retribuírem na mesma medida. Um exemplo de desequilíbrio que pode gerar conflitos entre os membros de um sistema familiar ocorre no caso em que os filhos não respeitam o modo de vida dos pais, se colocando em uma posição de superioridade, ou quando os filhos assumem para si as responsabilidades que pertencem aos seus genitores⁷.

4 As constelações na prática

A vivência da constelação pode ocorrer em grupo ou em sessões individuais, quando é realizada apenas com a presença do cliente e do terapeuta. Conforme explica Adhara Campos, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB, em sua pesquisa sobre aplicabilidade da terapia em casos de violência doméstica no Distrito Federal, e uma das pioneiras na aplicação das

5 HELLINGER, Bert. *Ordens do Amor*. 3ª ed. Tradução de Newton A. Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007 (pg. 408).

6 HELLINGER, Bert. *Ordens do Amor*. 3ª ed. Tradução de Newton A. Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007 (pgs. 36-38).

7 HELLINGER, Bert. *Beaumont, Hunter. WEBER, Gunthard. A Simetria Oculta do Amor*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. Revisão técnica de Esther Frankel, Milton Corrêa e Mimansa Farny. 6ª Ed. São Paulo: Cultrix, 2006. (pgs 31-34).

constelações sistêmicas no Poder Judiciário:

A vivência da constelação pode ocorrer em grupo ou em sessões individuais, a depender da escolha do terapeuta e do cliente. Na montagem da constelação em grupo, são escolhidos representantes para atuarem como pessoas da família ou pessoas significativas para o cliente. Alguns representantes podem atuar como símbolos⁸.

O movimento se inicia com a apresentação de um problema. A questão pode se referir às relações com os pais, irmãos, cônjuges, filhos, mas também à área profissional, financeira, conflitos jurídicos, como em casos de divórcio, inventário ou questões empresariais.

Ao profissional que conduz a Constelação cabe observar as dinâmicas entre os representantes. Procura-se identificar, por exemplo, quais as ordens sistêmicas estão sendo desrespeitadas e quais as possibilidades de restauração do equilíbrio, ou como os membros do sistema se excluem ou se incluem mutuamente, e quais são as forças e fragilidades do sistema familiar.

O objetivo da Constelação não é chegar a uma solução, mas observar as dinâmicas inconscientes que podem estar impedindo o desenvolvimento de uma pessoa em uma área de sua vida. Nem sempre será possível encontrar imediatamente a “solução ideal”, mas as Constelações facilitam a solução possível para uma situação difícil em determinado momento.

Na área jurídica, a aplicação da visão sistêmica na busca por soluções pacíficas de demandas vem se desenvolvendo no Brasil principalmente através do trabalho de advogados, mediadores, psicólogos e facilitadores do método, e ocorre, em regra, agregada a outras práticas, como negociação, mediação, justiça restaurativa, e técnicas da comunicação não-violenta.

No âmbito empresarial, é possível utilizar as Constelações por exemplo em processos de contratação para cargos estratégicos, bem como para solucionar conflitos trabalhistas de forma preventiva, por meio da identificação de relações e estruturas de poder em uma empresa (concorrência, abuso de poder, etc)⁹. Conforme observou Gunthard Weber, idealizador das Constelações Organizacionais:

As colocações se prestam de modo especial para empresas familiares porque podem indicar que a solução de um problema depende mais da família dos proprietários ou dos executivos da empresa ou se existe a necessidade de mudanças em ambas as áreas.¹⁰

Seja na área de família e sucessões, ou em questões empresariais, no

8 VIEIRA, Adhara Campos. Constelar para Transformar: um estudo de caso da constelação sistêmica em processos e violência doméstica contra as mulheres. Dissertação de Mestrado. Brasília/DF: 2020. (pgs.54/55).

9 WEBER, Gunthard. Constelações Organizacionais – Teoria e Prática. Disponível em: <<https://www.abc sistemica.org.br/biblioteca>>. Acesso em: 20 jun.2021.

10 Ibidem.

âmbito judicial ou extrajudicial, a Constelação Sistêmica Familiar representa atualmente um novo modelo de atuação profissional, e tem sido aplicada também na prevenção de conflitos.

5 Pressupostos legais para utilização da Constelação Sistêmica Familiar como meio adequado de solução de demandas jurídicas no Brasil

Nos termos do Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), celebrada em 1969, e em vigor no Brasil desde 1992¹¹, também tratou da questão do acesso à Justiça como direito e garantia fundamental.

Ambos os diplomas cuidam do conceito de acesso à justiça de uma forma ampla, não apenas um acesso formal, mas elegem como direito fundamental o acesso à justiça isenta, acessível física e financeiramente, e capaz de responder de forma rápida e eficaz às demandas sociais.

Observada a necessidade de tornar tal garantia uma realidade, a aplicação da terapêutica desenvolvida por Bert Hellinger na solução de controvérsias jurídicas está de acordo com a política de tratamento adequado de solução de conflitos de interesse do Poder Judiciário, nos termos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça¹².

Ademais, o Código de Processo Civil brasileiro traz em seu texto diversos dispositivos que incentivam o uso de meios alternativos ou adequados de resolução de conflitos jurídicos. Como, por exemplo, o artigo 3º, parágrafo 3º, ao determinar que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Em relação à área de família, o Código de Processo Civil prevê em seu artigo 694 que 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”.

A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), a seu turno, ampliou a aplica-

11 BRASIL. Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em 22 de novembro de 1969. Nos termos do artigo 8º da Convenção: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

12 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso 09 abr.2021.

bilidade dos seus dispositivos a outras formas de solução consensual, como é o caso, por exemplo, das Constelações Familiares. No artigo 42 foi disposto que “aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências”.

Em 2018, a Constelação Familiar foi incluída no rol de práticas integrativas complementares reconhecidas pelo Ministério da Saúde no Brasil, e passou a ser oferecida pelo Sistema Único de Saúde¹³.

Há ainda uma proposta de Resolução em análise no CNJ, de autoria da Associação Brasileira de Constelações Sistêmicas, cujo objetivo é incluir os princípios sistêmicos e as constelações como um instrumento complementar para a mediação entre particulares. O texto apresenta, por exemplo, sugestões de formação mínima para o profissional que for atuar com a terapia em questões jurídicas.

6. Experiências no poder judiciário no Brasil

Segundo dados extraídos do site do Conselho Nacional de Justiça, em 2018, ao menos 16 Estados brasileiros e o Distrito Federal já utilizavam as constelações sistêmicas como meio auxiliar de resolução de conflitos, nas varas de família e sucessões, varas criminais, da infância e juventude e nos centros de mediação e conciliação¹⁴.

As primeiras experiências de aplicação das Constelações Sistêmicas Familiares no Poder Judiciário foram realizadas pelo Juiz de Direito do Estado da Bahia, Dr. Sami Storch. Em 2015, Dr. Sami recebeu menção honrosa do CNJ pelo projeto “Constelação na Justiça”, na Comarca de Amargosa, no Estado da Bahia, na qual atuava à época.

No mesmo ano, o Tribunal de Justiça de Goiás concedeu ao projeto “Mediação baseada na técnica da Constelação Familiar” o primeiro lugar no Prêmio Conciliar é Legal, criado pelo CNJ para incentivar iniciativas de resolução adequada de conflitos no Poder Judiciário Brasileiro.

13 Nos termos do Art. 1º, da Portaria Nº 702/2008: Art. 1º Ficam incluídas novas práticas na Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares - PNPIC. Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, o Anexo XXV à Portaria de Consolidação nº 2/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, passa a vigorar acrescido do Anexo 4 e do Anexo A do Anexo 4, nos termos do Anexo a esta Portaria. Anexo XXV: Art. 1º Ficam incluídas, na Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares - PNPIC, as seguintes práticas: aromaterapia, apiterapia, bioenergética, constelação familiar, cromoterapia [...] Art. 2º As práticas citadas neste Anexo atenderão às diretrizes da Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares no SUS. (BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria N.702/2018. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/prt0702_22_03_2018.html. Acesso em: 18 jun.2021).

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Constelação familiar: no firmamento da justiça em 16 estados e no DF. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>>. Acesso em: 10 abr.2021.

Ainda no ano de 2015, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso passou a oferecer Oficinas de Constelações e outras técnicas para servidores lotados nos Centros de Conciliação (Cejuscs).

No Distrito Federal, as Constelações são utilizadas como meio adequado de tratamento de processos judiciais nas varas de família e da infância e juventude, além de um programa criado em 2018 que envolve superendividamento¹⁵.

Em 2016, o Tribunal de Justiça de Alagoas passou a utilizar as Constelações após tentativas não exitosas em audiências de conciliação e sessões de mediação. Através do projeto “Visão Sistêmica, eu vejo você”, em colaboração com advogados e psicólogos, os processos são encaminhados para reuniões de Constelação Sistêmica Familiar, na tentativa de obter uma solução consensual do conflito.

No Amapá, o projeto “Constelação no Cárcere” ocorre por meio de uma ação conjunta entre o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJAP e o Instituto de Administração Penitenciária do Estado. No Tribunal de Justiça do Pará, as Constelações são utilizadas desde 2016 em varas de família e sucessões.

Em Rondônia, o “Projeto Reordenando o Caminho – Constelar e Mediar”, atende varas de família, além de algumas penitenciárias do Estado. Em 2016, a Escola da Magistratura do Estado iniciou uma formação em constelação sistêmica dedicada aos magistrados e servidores.

No ano de 2016, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por meio da Coordenadoria Familiar da Infância e Juventude, firmou convênio com um Instituto de psicologia que utiliza a técnica para atendimento de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, vítimas de maus tratos, abuso sexual e violência.

No Estado de Pernambuco, a prática das Constelações Familiares teve início com projetos de Justiça Restaurativa, por intermédio do programa de Direitos Humanos da Universidade de Pernambuco, a fim de proporcionar vivências junto à população carcerária. Em 2018, foi publicada a resolução N° 410/2018 e a Instrução Normativa N° 23/2018, do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJPE¹⁶ que regulamentaram a utilização da terapêutica no Estado.

O Tribunal de Justiça do Maranhão, por intermédio do Centro de Conciliação e Mediação de Família do Fórum de São Luís, promove oficinas e

15 VIEIRA, Adhara Campos. Constelar para Transformar: um estudo de caso da constelação sistêmica em processos de violência doméstica contra as mulheres. Dissertação de Mestrado. Brasília/DF: 2020 (pgs.54-55).

16 Nos termos do artigo 4º, da Resolução N° 410/2018: O NUPEMEC, visando aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas, com foco nos meios consensuais, que incentivam a autocomposição de litígios e a pacificação social, instituirá, no seu âmbito de atuação, dentre outros, os seguintes programas: I - Programa Justiça Restaurativa; II - Programa Justiça Comunitária; III - Programa Constelação Familiar; IV - Serviços de Conciliação e Mediação – SCM.

palestras de Constelação Sistêmica sob a direção da Coordenadoria do Centro de Conciliação.

No Ceará, o programa “Olhares e Fazeres Sistêmicos” atua na vara de penas alternativas (execução penal). A prática já ganhou o prêmio *Innovare* na categoria Juiz pelo Estado do Ceará.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a técnica é utilizada por meio de um projeto piloto na 1ª Vara da Família do Fórum Regional de Leopoldina. Na prática, a ideia consiste em realizar uma sessão de Constelação um ou dois meses antes da primeira audiência do processo.

No Estado de São Paulo foi adotada nos foros de Santo Amaro, Santana e Ipiranga, nas Varas de Família e Sucessões (Projetos “Paz Para Todos” e “Constelações a Serviço da Vida”), e em algumas cidades do interior do Estado, como Ribeirão Preto, Mogi das Cruzes e São Vicente. No foro regional da Penha, zona leste da cidade de São Paulo, as Constelações são utilizadas na Vara da Infância e Juventude.

Em Minas Gerais é aplicada nas varas de família e sucessões desde 2018. Em 23 de abril de 2021, foi publicada a Portaria Nº 3923/2021¹⁷, que regulamentou o uso das Constelações e das práticas da Justiça Restaurativa no Estado. Entre outras questões, tratou sobre os requisitos mínimos de formação dos facilitadores de Constelação, aplicação das regras de impedimento e suspeição previstas no Código de Processo Civil, e aplicação do Código de Ética do Anexo 3 da Resolução Nº 125/2010, do CNJ. Destaca-se, ainda, no Estado de Minas Gerais, o trabalho desenvolvido no Ministério Público Estadual desde 2017.

No Paraná, a Justiça Restaurativa e as Constelações Sistêmicas são utilizadas em paralelo à mediação e conciliação desde 2017, no município de União da Vitória. No Rio Grande do Sul são utilizadas na cidade de Capão da Canoa, através do trabalho de psicólogos e sob a supervisão da juíza responsável pela comarca. Em Santa Catarina, nas comarcas de Blumenau e Camboriú, as Constelações Sistêmicas Familiares são utilizadas desde 2019 na área de família, sucessões e em varas da infância e juventude¹⁸.

Da análise dos projetos em andamento, observa-se que as constelações são utilizadas atualmente no âmbito do Poder Judiciário por magistrados, psicólogos e servidores públicos, especialmente em questões de Direito de Família, em processos de separação, divórcio, guarda e adoção, e em processos que envolvem violência doméstica e infração de menores. Observa-se a utilização das Constelações, em menor escala, também em casos de disputas societárias

17 BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG regulamenta uso das Constelações Sistêmicas nos Cejuscs. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-regulamenta-uso-das-constelacoes-sistemicas-nos-cejuscs.htm#.YHNGO-hKjcd>. Acesso em 11/04/2021.

18 Os dados referentes a aplicação das Constelações nas Justiças Estaduais no Brasil foram levantados nos sites dos respectivos Tribunais e na Dissertação de Adhara Campos, sobre aplicabilidade das Constelações em questões envolvendo violência doméstica em Brasília/DF.

em empresas familiares, questões contratuais, sucessórias, de recuperação judicial e falência, e em processos referentes a superendividamento.

No âmbito da advocacia, além das Comissões em diversos Estados, a OAB Nacional criou uma Comissão Especial de Direito Sistêmico. Atualmente há 105 Comissões de Direito Sistêmico em seccionais e subseções da OAB no país. Ademais, com o propósito de incentivar a divulgação e o estudo da terapêutica, foi criada uma Comissão de Direito Sistêmico pela Associação Brasileira dos Advogados¹⁹.

7 Considerações finais

A julgar pelo crescimento do número de litígios no país, frente a dificuldade de expansão da prestação dos serviços públicos na mesma proporção, a busca por meios alternativos, ou adequados, de solução de conflitos tornou-se essencial no desenvolvimento de políticas públicas para o Poder Judiciário no Brasil.

O uso da metodologia desenvolvida por Bert Hellinger para a solução de conflitos jurídicos está de acordo com a necessidade de garantir à população acesso não só ao Poder Judiciário, mas também a uma justiça isenta e célere, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

Ainda, tal qual os demais meios consensuais, o uso do método desenvolvido por Bert Hellinger aplicado a solução de demandas jurídicas está de acordo com a política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse do Poder Judiciário, nos termos da Resolução N° 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), e da Lei de Mediação (Lei 13.140/15). Paralelamente, em 2018, por meio da Portaria N° 702/2018 do Ministério da Saúde, as Constelações foram incluídas no rol de práticas integrativas reconhecidas e utilizadas pelo Sistema Único de Saúde brasileiro²⁰.

Nesse contexto, a Constelação Sistêmica Familiar, nos moldes e limites propostos por Bert Hellinger, pode ser classificada como meio adequado de solução de demandas jurídicas no Brasil, ao lado da negociação, mediação, conciliação, ou da justiça restaurativa, seja de forma alternativa ou concomitante ao processo contencioso judicial.

Referências

BRANCA, Carla Alessandra; De MATTEU, Douglas (Coordenação Editorial). **O Futuro Humanizado do Direito**. São Paulo: Literare Books International, 2020. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr.2021.

19 <https://www.oab.org.br/>. Acesso em 18 abr.2021.

20 BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria N.702/2018. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/prt0702_22_03_2018.html. Acesso em: 18 jun.2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 abr.2021.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 – **Lei de Mediação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 18 abr.2021.

BRASIL. **Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 18 abr 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 125 de 29/11/2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso 09 abr.2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2020 (ano base 2019)**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em 20 jun.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Constelação familiar: no firmamento da justiça em 16 estados e no DF**. 2018. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>>. Acesso em: 10 abr.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estímulo a métodos alternativos de solução de conflitos está na CF/88**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/estimulo-a-metodos-alternativos-de-solucao-de-conflitos-esta-na-cf88/>>. Acesso em 17 abr.2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria N.702/2018**. Disponível em: https://bvs.ms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/prt0702_22_03_2018.html. Acesso em: 18 jun.2021).

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **TJMG regulamenta uso das Constelações Sistêmicas nos Cejuscs**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-regulamenta-uso-das-constelacoes-sistemicas-nos-cejuscs.htm#.YHNGO-hKjcd>. Acesso em 11/04/2021.

GANDRA, Ives, SAMI, Storch. **Direito Natural e Direito Sistêmico: Diferenças e Semelhanças**. Seminário realizado no I Encontro Virtual da Academia Brasileira de Direito Sistêmico, em 19/10/2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=f4k7i4L10JE>>. Acesso em: 15 jun.2021.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida. **Manual dos MESC's**: meios extrajudiciais de solução de conflitos. Barueri, São Paulo: Manole, 2016.

HELLINGER SCHULE. Disponível em: <https://www.hellinger.com/en>. Acesso em: 21 abr. 2021.

HELLINGER, Bert. Beaumont, Hunter. WEBER, Gunthard. **A Simetria Oculta do Amor**. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. Revisão técnica de Esther Frankel, Milton Corrêa e Mimansa Farny. 6ª Ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**. 3ª ed. Tradução de Newton A. Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007.

LAPORTA, Ceileida Maria Calentano; BORGES, Sabrina Nagib de Sales. **Mediação de conflitos na prática: estudos de casos concretos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MORAIS, Océlio de Jesus Carneiro de (coord.). **Transformações e desafios à efetividade dos direitos e garantias fundamentais: estudos em homenagem a Vicente José Malheiros da Fonseca**. São Paulo: LTr, 2021.

OAB NACIONAL. Disponível em: <https://www.oab.org.br>. Acesso em: 21 jun. 2021.

SILVA, Luciano Loiola da, MEDEIROS, Kellen Carneiro de; SCHILIECK, Eunice. **A Filosofia Jurídica Sistemica: um olhar humanizado na Justiça**. Brasília: Ultima Ratio, 2020.

STORCH, SAMI; MIGLIARI, Daniela. **A Origem do Direito Sistemico**. Brasília: Tagore Editora, 2020.

STORCH, Sami. **Direito Sistemico: A resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares** (Pags 305-316). Artigo Publicado na Revista do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Vol. 05, publicado em julho de 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/35789695/>. Acesso em: 15 abr.2021.

TJDF, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 20 abr.2021.

TJGO. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/>. Acesso em 20 jun.2021.

TJRO. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/>. Acesso em: 20 jun.2021.

TJCE. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/>. Acesso em: 15 jun.2021.

TJSC. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/>. Acesso em: 20 abr.2021.

TJSP. Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 20 jun.2021.

VIEIRA, Adhara Campos. **Constelar para Transformar: um estudo de caso da constelação sistêmica em processos de violência doméstica contra as mulheres**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania – PPGDH no Centro de Estudos Avançados Multidisciplinar da Universidade de Brasília (UnB), como parte do requisito para obtenção do título de Mestre. Brasília: 2020.

WEBER, Gunthard. **Constelações Organizacionais – Teoria e Prática**. Disponível em: <https://www.abcsistemica.org.br/biblioteca/>. Acesso em: 20 jun.2021.

ACESSO À JUSTIÇA E SISTEMA MULTIPORTAS: UMA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DO MODELO DE PROCESSO AOS DIREITOS HUMANOS

Heres Pereira Silva

Advogado, mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro, Brasil; especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro, Brasil.

Resumo:

O presente artigo irá propor um modelo de processo que atenda aos direitos humanos à pacificação social. Para tanto abordamos, a partir do Relatório Justiça em Números do CNJ, a necessidade de uma abordagem conceitual que traga nova significação para o acesso à justiça e para a jurisdição. O sistema multiportas de resolução de conflitos como técnica que deve ser estimulada por aqueles que de alguma forma participam do processo, deve ser destacada por trazer a pacificação social, que a jurisdição estatal nunca foi capaz de entregar.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Direitos Humanos; Métodos de solução de conflitos.

Introdução

O tema proposto se justifica pela atualidade do debate diante do cenário verificado no sistema de justiça brasileiro. É certo que os dados estatísticos apontam para um congestionamento do sistema de justiça no Brasil.

Com efeito, dados do CNJ¹ divulgados no Relatório Justiça em Números, apontam que cerca de 77,1 milhões de processos estão em tramitação e, sem contar os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, este número chega a 62,9 milhões de ações judiciais em todo o país.

O Relatório traz ainda a informação de que 30,2 milhões de processos ingressaram no acervo da Justiça. Mesmo que o desempenho tenha sido bom, isto é, 35,4 milhões de processos foram baixados, ainda temos um alto índice de litigiosidade.

Percebemos, assim, que tal litigiosidade se dá, em certa medida, por um aspecto cultural da sociedade brasileira, sob a qual paira o imaginário de que

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Op. cit.* p. 93

a solução adjudicada é melhor do que aquela autocomposta. “O *homem da capa preta vai resolver*” é como dizem alguns jurisdicionados em versão popular do que se acabou de dizer, linhas acima.

Urge, portanto, realizar uma análise do que de fato significa o enunciado previsto na constituição, a garantir o acesso à justiça. A pesquisa se mostra necessária para evitar argumentos consequencialistas e utilitaristas no sentido de negar acesso à tutela adequada dos direitos, mas sim reinterpretar o princípio do acesso à justiça, alargando os seus limites, não como forma de expansão do poder, mas sim redistribuindo as funções, cometendo-as também aos particulares por intermédio da desjudicialização e através da mediação, conciliação, arbitragem, negociação e transação.

1. Revisão conceitual de acesso à justiça e jurisdição para o Estado de Direito contemporâneo

O Direito é um produto cultural². Não podemos esconder o caráter técnico do Direito, mas também não há que se olvidar o seu aspecto cultural. O direito, portanto, experimenta diversas perspectivas de acordo com o momento histórico que vive e que anima a sociedade.

Prova disso é o conceito de família, que passa a admitir novos modelos para além do “standard” casamento entre *homem e mulher*, a descriminalização do adultério; a identificação da criança e do adolescente como sujeito de direito e não objeto de tutela; dentre outras questões que, com o tempo e mudança de perspectiva da sociedade, bem como com o surgimento de novos direitos³, mudaram de conceito.

É interessante observar, especificamente acerca do conceito de acesso à justiça, que a Constituição Federal de 1824, em seu art. 161 preconizava que o autor deveria provar que houvera tentado um meio de reconciliação, sob pena de não ser possível começar um processo.

Atualmente, todavia, o conceito de acesso à justiça foi esgarçado para tentar cumprir uma promessa de atuação jurisdicional que concretizasse direitos (ou talvez um trauma decorrente do AI nº. 5), mas além de não ter conseguido cumprir a promessa constitucional, não se mostrando instrumento adequadamente tratado, a jurisdição monopolizada colapsou o Poder Judiciário.

Fato é que estamos diante de sociedades muito diferentes, de modo que é notório que o acesso à justiça ao tempo da nova constituinte e redemocratização do país é completamente diferente dos tempos de Império, em que o

2 Por todos, citamos: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça. Condicionantes Legítima e Illegítimas*; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*; DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*.

3 Anderson Schreiber atenta para o nascimento de novos danos o que, na análise do autor ocasiona uma expansão quantitativa e qualitativa. Sob o prisma da expansão quantitativa “*aponta-se, em muitas partes, o aumento do número de ações de ressarcimento e não faltam estatísticas alertando para o vertiginoso crescimento dos pedidos de indenização por dano moral.* (in *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pág. 84).

Judiciário era um meio residual de resolução de conflitos, *ultima ratio*. Ambos os períodos, porém, diferem do cenário atual.

Neste artigo se quer demonstrar a diferença, não mais entre Império e Brasil pós constituinte de 1988, mas sim, entre o que se escreveu sobre o acesso à justiça, de 1988 até agora, e o que hodiernamente e pro futuro se pretende com um Judiciário que chega ao patamar de 77,1 milhões de processos em tramitação e que custa aos cofres públicos mais de 100 bilhões de reais por ano⁴, o que corresponde a cerca de 1,5% do PIB do Brasil no ano de 2019.

Freddie Didier Jr. aborda – no livro que é versão comercial da sua tese de livre docência – o “conceito lógico-jurídico” como categoria da Teoria Geral do Processo. Para o autor, os conceitos lógico-jurídicos (ou jurídico-fundamentais) são aqueles que pretendem “*auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra*”⁵ e “*é um conceito a priori*”⁶.

Esclarece o autor que mesmo se tratando de um conceito com pretensão universal, há a possibilidade de que sirva a qualquer cultura, pois o que mudará, na verdade, é o seu conteúdo, variando, assim, de acordo com a sociedade que a preveja no seu ordenamento.

Assim, é possível que todas as culturas jurídicas se identifiquem com o conceito de acesso à justiça e o prevejam em seus ordenamentos, mas o seu conteúdo, isto é, o que o define enquanto conceito jurídico, partirá da cultura de cada país, de cada ordenamento, havendo a necessidade de analisar as contingências culturais de cada Estado.

A partir do estudo do Direito enquanto manifestação cultural e sendo o Direito composto por enunciados, há de se atualizar cada conceito jurídico de acordo com o momento histórico pelo qual passa.

E parece que este é o objetivo do legislador a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015. Note-se, aliás, a acurada percepção de Humberto Dalla⁷, acerca da sutil diferença nos textos encontrados no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e o no art. 3º do NCPC. Enquanto o Constituinte fala que não se excluirá da apreciação do **Poder Judiciário** lesão ou ameaça a direito, o art. 3º do CPC dispõe que não se excluirá da **apreciação jurisdicional** ameaça ou lesão a direito.

Isso quer dizer que o conceito de jurisdição também necessita de uma releitura.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> Acesso em: 30.10.2020.

5 DIDIER JR., Freddie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5ª ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2018, pág. 56

6 DIDIER JR., Freddie. *Op. cit.*, p. 56.

7 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade**. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf. Acesso em: 18.10.2020.

Com efeito, como noticia Luigi Ferrajoli⁸, é a partir da passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional que se produz uma transformação da jurisdição. Isto é, a jurisdição era mínima (cível e penal – não havia o contencioso administrativo), pois mínimo era o Estado Liberal, todavia, sobrevivendo o paradigma do Estado Constitucional, especialmente com as constituições dirigentes e garantistas, o espaço ocupado pela jurisdição passou a ser ampliado.

Nesse mesmo sentido, Luiz Werneck Viana⁹ à guisa de introdução à obra sobre Judicialização da política e das relações sociais, nos ensina que é no Estado do bem-estar social que o ente governante deixa de simplesmente regular a economia para administrar o social, estando infiltrado, desta forma, os critérios de justiça social no direito.

Esta migração de paradigmas (do Estado Liberal para o Estado Social) introduziu no constitucionalismo novos direitos, os chamados direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda dimensão, que se traduzem como direitos prestacionais, gerando um dever do Estado de prover tais direitos. Insatisfeitos tais direitos, o lugar para buscá-los deixa de ser o âmbito das políticas públicas e se insere na jurisdição.

2. O novo modelo de processo à partir dos novos conceitos de acesso à justiça e jurisdição.

Este modelo de constitucionalismo do pós-guerra trouxe a reboque diversos direitos, antes inexistentes. As constituições deixaram de ser mero documento político e passaram a ter força normativa suficiente para criar direitos e deveres. A dignidade da pessoa humana tornou-se valor fundamental da ordem jurídica e, ainda, a aplicação da constituição às relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) refletiu quantitativamente na ressarcibilidade.

Anderson Schreiber, tratando dos novos paradigmas da responsabilidade civil, identifica no fenômeno da constitucionalização do direito civil um reflexo na responsabilidade civil, ampliando o “*universo de interesses merecedores de tutela [que] veio a dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente como tais*”¹⁰.

Portanto, a expansão da jurisdição desde a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, com suas constituições compromissórias, a gerar toda a gama de (novos) direitos, impactou quantitativamente a busca de tutela jurisdicional, dando posição privilegiada ao Poder Judiciário em relação aos demais poderes.

8 FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** Tradução: Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 236.

9 VIANA, Luiz Werneck *et al.* **Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 17.

10 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.* p. 91

Nesse sentido vem a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹, segundo a qual a Carta constitucional extensa, analítica, garantista e pródiga em direitos fomentou as expectativas sociais, dentre elas a demanda por justiça.

A solução adjudicada, conseqüentemente, passou a ser a única perseguida, o que não é incompreensível, na medida em que o Poder Judiciário detinha o monopólio da jurisdição, como *juris dictio*. O grande problema disso foi que, ao deter o monopólio para dizer o direito, o Judiciário se viu colapsado, sendo necessário hoje, se fazer uma releitura, ou melhor, um redimensionamento da jurisdição para fora dos muros do Tribunal.

Neste sentido, Humberto Dalla¹² propõe, como vimos alhures, o redimensionamento dos limites jurisdicionais para além do Poder Judiciário, esclarecendo que a jurisdição é função preponderantemente estatal, mas não monopólio.

Nesta ordem de ideias, Flávia Hill¹³ aponta importante aspecto desta transformação do conceito de jurisdição no Estado Contemporâneo, isto é, trata como desimportante o aspecto subjetivo da jurisdição, para enaltecer a atividade desempenhada.

É nesse ambiente que nascem os métodos alternativos de solução de conflitos, ou melhor dizendo, os métodos adequados de solução de conflitos e a ideia de desjudicialização, com a convocação de novos atores para o fim de amparar o Judiciário diante do fenômeno da hiperjudicialização.

É neste sentido, que o modelo de processo que visa tão somente o julgamento das demandas, inclusive, com metas de sentença, não se mostra mais adequado ao cenário atual. Daí que o Código de Processo Civil, garante um modelo colaborativo - art. 6º, CPC, no qual todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para garantir solução justa para o processo.

Ao combinar este dispositivo com o art. 3º do mesmo diploma legal, percebe-se que um modelo colaborativo de processo não é apenas aquele em que o juiz sentencia de forma célere e em colaboração, mas aquele que garante uma solução pacífica.

3. O sistema multiportas de solução de conflitos como modelo de processo adequado aos Direitos Humanos

Nesse quadro se põe a Justiça Multiportas. Note-se que no comentário de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero “*o conflito deve ser tratado com a técnica processual mais apropriada às suas peculiaridades*”¹⁴, o que

11 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: *Jus Podivm*, 2020, p. 181.

12 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Op. cit.*, p.8.

13 HILL, Flávia Pereira. **Lições do isolamento: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia**. Rio de Janeiro: edição do autor, 2020, p. 15.

14 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol. I. Teoria do Processo Civil**. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

torna, *v. g.*, a mediação como mais adequada que a jurisdição Estatal, de modo a preservar as relações sociais e afetivas das partes envolvidas, alcançando a almejada pacificação social, quando falamos de conflitos de família. Pode ser observado até mesmo como fizeram os citados autores que a Jurisdição Estatal se daria em *ultima ratio*, tal como se dava pela Constituinte de 1824.

Não é outra a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso que sobre os meios de prevenção de disputas sinaliza que “*essa proposta afina-se com o ideário de jurisdição compartilhada*”, que por sua vez “*opera em paralelo à tendencial desjudicialização dos conflitos*”¹⁵ (grifos originais).

Esse, portanto, o novo modelo de justiça, que abdica de um monopólio estatal, reconhecendo que não se pode dar tutela efetiva e garantir um processo justo e dentro de um prazo razoável (CR/88, art. 5º, LXXVIII) com 77 milhões de processos pendentes. Assim, a Justiça Multiportas se torna mais adequada, colocando a solução adjudicada e Estatal em um último plano.

Outro passo precisa ser dado, entretanto. É que não basta que os técnicos em Direito prevejam uma justiça multiportas, mas que possam também estabelecer um marco informativo. Queremos dizer que o subprincípio do acesso à justiça, vale dizer, a informação, deve ser propagado também para a justiça multiportas. Nesse sentido parece ter andado o legislador ao determinar que todos os sujeitos do processo devem estimular o uso dos métodos adequados de solução de conflitos (CPC, art. 3º, §3º).

Retornando ao tema informação é indispensável trazer à baila a doutrina de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, para quem o direito à informação “*é o ponto de partida e ao mesmo tempo de chegada para que o acesso à justiça, tal como preconizamos, seja real, alcance a todos*”¹⁶. Tal direito à informação deve refletir em uma política judiciária, já que uma “*resposta puramente jurídica pode ser insuficiente para o tratamento completo e eficaz do conflito*”¹⁷

Assevera, ainda, o autor que o direito a informação é “*elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso*”. Ressalta que a falta de informação transforma as pessoas em “*não-partes (...) absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los*”¹⁸.

Urge, portanto, o estabelecimento de medidas que garantam a informação sobre os meios adequados de resolução de conflitos, a fim de que se preservem relações e que os conflitos sejam tratados e solucionados como maior eficiência, contando com a ajuda de outros atores no cenário jurídico do país, de forma a construir uma sociedade livre, justa e solidária, tal como preconizado no texto constitucional (CR/88, art. 3º, I).

15 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 187.

16 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo.** 2ª ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 57.

17 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 5a ed. São Paulo: Gen-Método, 2019, p. 107.

18 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op. cit.* p. 58

É oportuno mencionar, ainda, que não se quis apequenar a constituição e menos ainda tecer críticas ao constitucionalismo social. Também não é nosso objetivo desfazer os méritos que a noção de acesso à justiça representa e representou para a tutela a direitos. Mas o direito é interpretação e a interpretação do direito não pode ser autopoietica, mas deve se dar consentânea com a realidade social experimentada, a partir de sua evolução.

Na verdade, o respeito à constituição é condição de possibilidade para uma interpretação apropriada aos direitos fundamentais.

Neste diapasão, o devido processo legal é princípio essencial e garantia fundamental para uma ordem jurídica justa, evitando processos kafkianos e estabelecendo um verdadeiro processo justo. Em que pese as críticas feitas por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero à locução “devido processo legal”, preferindo a expressão processo justo, o fato é que o direito ao processo justo (devido processo legal) “*é um modelo mínimo de conformação do processo*”¹⁹.

Pois bem, partindo-se da premissa de que o Judiciário não detém o monopólio da Jurisdição e que esta deve ser redimensionada, necessário que se estabeleça um marco para o devido processo legal extrajudicial. Isto porque, como dito alhures, a constituição é o pressuposto para uma interpretação do direito.

Diante dos estreitos limites de um projeto de dissertação, falar sobre devido processo legal extrajudicial em tão apertada síntese pode ser temerário. Assim nos limitamos a abordar tão somente a necessidade de que se estabeleça uma concepção de devido processo legal.

A doutrina já vem abordando sensivelmente esta questão.

Socorrendo-nos novamente no escólio de Flávia Hill, que indica 05 (cinco) aspectos primordiais do devido processo legal extrajudicial, a saber, “(a) *imparcialidade e independência dos agentes competentes; (b) controle externo; (c) publicidade; (d) procedimento previsto em lei e (e) contraditório*”²⁰.

Assim, a estruturação que pretendemos neste projeto e que poderá ser implementada na dissertação propriamente dita inicia o tema do Direito como cultura, avança para a situação atual do Poder Judiciário, entendido como detentor do monopólio da entrega de justiça; passa pelo conceito de acesso à justiça e o porquê da necessária revisão do conceito de jurisdição. Fincadas as premissas, passamos a análise do Sistema de Justiça Multiportas como espécie da desjudicialização. Finalizamos com a proposta de um devido processo legal extrajudicial.

Conclusão

O trabalho demonstrou que a versão constitucionalizada do processo precisa passar por ressignificações. Os conceitos de acesso à justiça e juris-

19 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 798.

20 HILL, Flávia Pereira. Op. cit. p. 8

dição precisam ser revistos, mas sempre com os olhos voltados para o texto constitucional.

O novo código de processo civil brasileiro imbuído de tal espírito trouxe logo nos seus primeiros dispositivos - ditas normas fundamentais do processo - o dever que a todos que participam do processo cabe de incentivar o uso dos métodos de solução de conflitos.

Ademais, o art. 6º, ao prever um modelo cooperativo/colaborativo de processo, se coaduna com um modelo que irá se adequar aos direitos humanos.

Desta forma, abre-se um novo sistema que não prioriza o Poder Judiciário como único ou primeiro solucionador do processo, mas sim um sistema de múltiplas portas, nas quais o cidadão ao entrar, poderá cooperar, contribuir para a solução do seu próprio caso. Ele é o protagonista.

Com isso ganha-se em pacificação social e cumpre com um dos objetivos da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Referências

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo.** 2ª ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019.** Brasília: CNJ, 2020

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 5ª ed. Salvador: *Jus Podium*, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** Tradução: Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HILL, Flávia Pereira. **Lições do isolamento: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia.** Rio de Janeiro: edição do autor, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. **A resolução dos Conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.** 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: *Jus Podium*, 2020.

_____. **Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas.** 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: *Jus Podium*, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol. I.** 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil.** 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolu-**

ção dos conflitos na contemporaneidade. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 5ª ed. São Paulo: Gen-Método, 2019.

VIANA, Luiz Werneck *et al.* **Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BENCHMARKS DE ATUAÇÃO DO MEDIADOR FACE A COMUNICAÇÃO DIGITAL

Fernanda Alves Curbage

Doutoranda em Política Internacional e Resolução de Conflitos, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Mestre em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais, Escola Paulista de Direito. Instrutora em Mediação Judicial, Conselho Nacional de Justiça. Mediadora judicial e extrajudicial. Advogada

Resumo:

Análise sobre as práticas e abordagens dos mediadores de conflitos judiciais, no ambiente digital. Motivado pela necessidade de adaptabilidade à nova realidade, com a Pandemia do COVID-19. A fim de identificar as novas tendências na atuação do mediador, suas necessárias acomodações e os atuais *benchmarks*, ora digitais. O foco da pesquisa é a atuação dos mediadores no Brasil, justificada pelo volume de demandas judicializadas e submetidas a mediação. Ademais, é comum que situações de crise promovam mudanças sociais, comportamentais e de parâmetros, por este motivo, a pesquisa se limita às práticas atualmente utilizadas. No resultado, propõe-se identificar quais os *benchmarks* utilizados na mediação digital e tecer análise científica sobre tais práticas. Finalmente, dá-se ênfase à responsável utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, por e em todos os meios possíveis de comunicação, demonstrando sobretudo o rompimento de paradigmas, inclusive, geracionais.

Palavras-chave: Conflitos; Mediação; Digital; Virtualização.

Considerações iniciais

A situação sanitária caótica vivenciada com a Pandemia do COVID-19, trouxe consigo uma série de aprendizados como: a maximização dos convívios em ambientes virtuais, a minimização de fronteiras geracionais, dentre outras inúmeras acomodações necessárias, merecendo atenção, deveras especial, o uso de ferramentas digitais. A presente pesquisa esmerou-se na identificação de novas tendências – ora *benchmarks* para a atuação dos mediadores em ambiente digital e suas necessárias acomodações.

Para tanto, a que se introduzir alguns conceitos basilares, tais como, quem é o mediador nos conflitos judiciais, qual o seu papel no processo judicializado, quais os atributos necessários à atuação no ambiente jurídico brasi-

leiro e ainda quais as consequentes barreiras para garantir o acesso irrestrito à justiça. O estudo atribuído ao ambiente judicial brasileiro se justifica pois o país tem a junção de características próprias e agravantes como: vasto tamanho territorial, gigantesco número de demandas judicializadas passarão pelo procedimento de mediação, legislação própria no que consiste o procedimento de mediação, judicial e extrajudicial.

Após esses conceitos se sedimentarem o objetivo fulcral é analisar as discrepâncias e diferenciações existentes nas mediações digitais. A termo de objetivo, busca-se identificar as reais funcionabilidades frente as adaptações utilizadas pelos mediadores no ambiente digital e se tais têm sido producentes.

O conceito de *benchmarks* (ora, parâmetros) para atuação do mediador judicial não é novidade em todo o ambiente mediativo, no Brasil não se difere; todavia, em se tratando das mediações judiciais é responsabilidade prioritária o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão que detêm a função de regulação, fiscalização e auxílio aos tribunais estaduais, para a promoção da política judiciária nacional de tratamento dos conflitos, por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Tal atribuição lhe é demandada desde 2010 com a promulgação da Resolução nº125, de 29 de novembro de 2010 e suas respectivas emendas nº 01/2013, nº 02/2016, e pelas Resoluções nº290/2019, nº326/2020 e nº390/2021.

Desde então, o Conselho Nacional de Justiça vem desempenhando esforços na formação, capacitação e treinamento de milhares de mediadores judiciais, já comumente detentores da alcunha de “exército da paz”. Na mesma Resolução, supra citada, instituidora da política nacional de tratamento e conflitos, foram estabelecidos desde logo *benchmarks* niveladores, quais podemos conferir em breve consulta ao Código de Ética dos Mediadores Judiciais, constante no anexo III da Resolução nº125, de 29 de novembro de 2010.

Entretanto, nem mesmo o Brasil que detêm um dos mais tecnológicos sistemas de justiça mundial, estava preparado para as mudanças paradigmáticas que ainda estamos vivenciando com a Pandemia do COVID-19¹. Ora, há que se perceber à necessária atualização de tais *benchmarks*, promovendo uma revisão prospectiva, direcionando a atuação dos mediadores face o salto tecnológico e relacional vivenciado desde sua promulgação.

Finalmente, é comum que situações de crise promovam mudanças sociais, comportamentais e até mesmo de *benchmarks*, cabendo à pesquisa científica, em momento posterior, promover a testagem, análise e metrificação das

1 Em dezembro de 2019, o médico oftalmologista chinês Li Wenliang alertava alguns colegas, da existência de sete pacientes com sintomas parecidos. A OMS (Organização Mundial da Saúde), em 5 de janeiro 2020, divulgou o tratamento, a condição dos pacientes e das pesquisas e medidas postas em prática no país para o seu enfrentamento. O surto de COVID-19 foi declarado pela OMS como uma Emergência Sanitária em janeiro de 2020, caracterizada por um cenário de emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública em situações que podem ser epidemiológicas, de desastres ou de desassistência à população.

práticas emergenciais adotadas e concluir se os *benchmarks* adotados foram os melhores para a situação hoje vivenciada. Salienta-se a riquíssima oportunidade de hoje vivenciada para promover o desenvolvimento do instituto da mediação.

O mediador judicial

Assim, visando fundar-se a análise na futura atuação do mediador de conflitos, cumpre-se alicerçar os conceitos ao presente estudo, a fim de delimitar as bases comparativas entre o ambiente analógico e o ambiente digital.

Podemos conceituar inúmeras vezes a figura do mediador, porém, sempre que se visa delimitar ou restringir sua atuação, algum novo conceito se complementa. Brillhantes doutrinadores trazem conceitos salutares a serem estudados como clarifica Maria de Nazareth Serpa, sendo mediação:

um processo informal, voluntário, em que um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como a gente fora do contexto conflituoso funciona como catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância desta.²

Ainda, neste mesmo sentido Juan Carlos Vezzula, ensina:

a Mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposição de sentenças ou de laudos e, com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo onde as duas partes ganhem.

3

Para fins deste estudo, optou-se por conceituar o mediador através de suas ações, e neste sentido: a atuação do mediador remete a intervenção de um terceiro indivíduo, neutro e imparcial ao processo em curso, que desempenha técnicas comunicacionais e através destas proporciona espaços de fala e escuta, a fim de auxiliar os envolvidos a alcançarem, por si, uma alternativa ou solução ao conflito judicializado.

Com foco no ambiente judicial, cumpre esclarecer que a função do mediador, antes nada percebida no ambiente jurídico passou a ser reconhecida como função de **auxiliar da justiça**, nos termos do artigo 149 do Código de Processo Civil, o que se distingue da antiga definição casual de ser o “pacificador”, ou o “solucionador de conflitos”.

2 SERPA, Maria Nazareth. **Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos**, p. 105, apud GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação: Conciliação e Negociação**, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43.

3 VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação, 1998, p. 16.

Como esta nova função atribuída em 2015, foi possível delimitar a real função “meio” do mediador e não finalística, em outras palavras, a ele não se aplica a responsabilidade de julgamento (cabível ao magistrado) ou de defesa (cabível ao advogado). Que pese oportuno salientar, a relevância essencial do mediador, vez que cada conflito é experienciado de uma forma, e à cada processo, o mediador se perfaz “útil” de formas distintas; por vezes, apenas para explicitar e auxiliar as partes a entenderem que naquele caso, as posições são antagônicas e estes precisarão de uma decisão de um julgador.

Ademais, todas as definições e diferenciações supra citadas trazem em si a evidente necessidade o uso de técnicas comunicacionais e *benchmark*,⁴ para atuação do mediador, como peça fulcral de atuação em mediações.

Ora, no que tange os *benchmarks*, é facultado ao mediador uma formação extensa para aprimoramento, acrescida de um rígido Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais⁵, que norteia princípios amplos de atuação, entretanto, a crítica doutrinária se assevera com a inconstância procedimental evidenciada, vez que cada Tribunal local atribui e orienta seus critérios e parâmetros a serem utilizados.

No que tange as formas de comunicação, desenvolvidas até então em ambiente analógico, são por vezes as mesmas utilizadas nos ambientes empresariais e negociais como: *rapport*⁶, escuta ativa, teste de realidade. Sendo o ponto de atenção remeter análise sobre as formas comunicacionais digitais, identificando se tais interações devem se manter inalteradas no ambiente digital, ou, se o padrão comunicacional desenvolvido pelo mediador deverá ser alterado, vez que todos os ambientes de interação foram alterados pelo marco temporal pandêmico.

4 O uso da terminologia *Benchmark*, emprestada do ramo da economia, foi propositalmente utilizada objetivando aplicar parâmetros de desempenho sem que com isso se perca o real objetivo da mediação, em sendo a qualidade humana da intervenção realizada. Também conceituado por como: “O benchmarking não é um exercício só de números. Estabelecer metas quantitativas, frequentemente chamadas de medições, por meio do benchmarking é provavelmente a melhor maneira de se estabelecer metas. Mas tenha em mente que estabelecer metas comparáveis ou além daquelas das melhores empresas sem entender os processos subjacentes, que capacitam as empresas a conseguir seus resultados pode ser inútil ou coisa pior.” BOXWELL, R. J. Vantagem competitiva através do benchmarking. São Paulo: Makron Books, 1996, p. 18.

5 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n 125, de 29 novembro 2010**, emendas n° 01/2013, emenda n° 02/2016 e Resolução n° 290/2019 e n° 326/2020. Anexo III Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. Brasília, 2015.

6 Segundo André Gomma de Azevedo, “O *rapport* consiste no relacionamento harmonioso ou estado de compreensão recíproca no qual por simpatia, empatia ou outros fatores se gera confiança e comprometimento recíproco – no caso da mediação com o processo em si, suas regras e objetivos” AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de mediação judicial**. 2016, p. 174 apud CURBAGE, Fernanda Alves. **Mediação: solução judicial e extrajudicial na governança corporativa da sociedade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito) Escola Paulista de Direito. São Paulo, 2017.

A mediação digital ou virtualizada

Como parâmetro basilar sobre a mediação digital, convém diferenciar termos que até então vem sendo comum e erroneamente utilizados como sinônimos. Ressalta-se que esta breve distinção visa facilitar o entendimento no contexto dos papéis desempenhados em mediação. Em termos de pesquisa doutrinária esta incauta distinção, per si, tomaria proporções exorbitantes se aprofundadas em todos seus consequentes reflexos e posições.

O conceito de **digital** já há muito utilizado pode ser percebido como a utilização de meios telemático e digitais para o exercício de comunicações e transações. Exemplificativamente, uma imagem digital é apenas uma matriz numérica, contida na memória de um computador, celular ou câmera. Logo, se a imagem digital é a representação de uma imagem real, em formato informático.

Quando aplicamos este conceito às audiências de mediação no ambiente digital, conclui-se que há apenas uma alteração no “meio” utilizado, portanto, mantendo-se inalteradas a matéria, a forma e atuação dos envolvidos no ato.

No que tange o conceito de **virtualidade**, a premissa de inalterabilidade na forma não se aplica, vez que o ambiente virtual é, em regra, algo que aduz representatividade em um local imaginário. Logo, a percepção de virtualidade e atualidade caminham juntas, mas não se encontram, ora o virtual reflete uma potência de vir a ser do real. Sobre os ensinamentos de Pierre Lévy⁷, expõe uma das definições sobre o conceito de virtualização como:

o virtual não se opõe ao real, mas sim ao atual. Contrariamente ao possível, estático já constituído, o virtual é como o complexo problemático, o nó de tendências ou de forças que acompanha uma situação, um acontecimento, um objeto ou uma entidade qualquer, e que chama um processo de resolução: a atualização. Esse complexo problemático pertence à entidade considerada e constitui inclusive uma de suas dimensões maiores.

Estas complexas conceituação e diferenciação se fizeram necessárias a fim de delimitar o objeto de estudo sendo: as audiências de mediação judiciais, realizadas através de meios digitais (plataformas de comunicação, celulares, computadores), em salas virtuais (inexistentes no mundo real), desenvolvida por mediadores, partes e advogados reais (com sua presença ao vivo).

Outrossim, ressalta-se a existência de outras formas e meios de realização de mediações, como mediações virtualizadas no aspecto temporal, mediações virtualizadas no aspecto do mediador, dentre outras. A título de exemplificação, em algumas plataformas as audiências de mediação, são realizadas através de meios digitais, em salas virtuais, desenvolvida por mediadores virtuais, em um espaço temporal virtualizado ou assíncrono (ou seja, podendo se acordar o prazo para a resposta de cada interação), com partes e advogados

7 LÉVY, Pierre. **O Que é Virtual?**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996, p. 15.

reais.

Embora em alguns aspectos ainda questionados sua nomenclatura pela doutrina mediativa, ODR's (*online dispute resolutions*) avançam sua utilização e abrangência, sobremaneira nos ambientes empresariais e privados. Tendo como característica plena o respeito ao princípio basilar da flexibilidade, permitindo oscilar suas formas se métodos à depender das necessidades apresentadas pelos envolvidos. Trazendo luz a este aspecto, o pesquisador Alexandre A. F. Tella⁸ nos ensina:

A expressão “resolução de disputas online (ODR)”, neste artigo, será considerada a aplicação da tecnologia da informação e comunicação à prevenção, gerenciamento e resolução de disputas. O objetivo da utilização da ODR não é afastar-se dos seres humanos, mas tornar mais eficaz a resolução de disputas, e impedir que as dificuldades de acesso a qualquer forma de solução de conflitos mantenham as pessoas em uma situação injusta.

Assim, de longe dizer que a política judiciária de tratamento de conflitos, oriunda com a Resolução nº125, de 29 de novembro de 2010, é vanguardista em inúmeros aspectos, sendo o mais notável a previsão das mediações digitais. Com o decorrer dos anos a resolução sofreu emendas consideráveis com a dificultosa missão de adequar o funcionamento do Poder Judiciário às novas leis que consolidam o tema da mediação no país adequando-se a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e ao Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Neste momento, em pandemia, em razão das recomendações da Organização Mundial de Saúde sobre a prevenção ao corona vírus, há implementação de provimentos pelos Tribunais de Justiça que autorizam a realização de audiências pelo método digital, ora on-line, foi crucial. As audiências de mediação pré-processuais, realizada nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC's, o competente artigo 8º, § 1º da Resolução nº 125/2010 do CNJ, lhe a garante aplicabilidade no ambiente digital, em conjunto com os Provimentos do Estado de São Paulo CSM nº 2549/2020, CSM 2554/2020 e CSM 2557/2020 que instituíram o Sistema Remoto de Trabalho em Primeiro e o Comunicado 284/2020 que autoriza a realização de audiências e das sessões de conciliação e mediação por videoconferência.

Nesta mesma linha, o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) no seu artigo 334, § 7º, permite que a audiência de conciliação ou de mediação por meio eletrônico, em consonância com o artigo 46 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), que prevê realização de mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância.

Nesta ceara, há que se redobrar atenção ao fator de nomenclatura no que tange a mediação, todas as regulamentações foram embasadas em promo-

8 TELLA, Alexandre A. F. **Audiências virtuais: uma visão advocatícia**, in Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 2021, n.55, p. 144.

ção da realidade da mediação de conflito já posta para um ambiente on-line. Ora, há uma já consagrada crítica feita pelo precursor da dos ODR's (*online dispute resolutions*), Colin Rule, que acentua o necessário investimento imediato em formação de agentes para atuação específica nos ambientes on-line.

Assim, há que se ressaltar que há uma gigantesca diferenciação entre as modalidades de **mediação on-line**, **mediação em ambiente digital** e **mediação virtualizadas**; todavia, tais diferenciações não estão sendo neste primeiro momento aviltadas ou percebidas por grande parte dos utilizadores do sistema jurídico. Retomando a diferenciação entre o digital e o virtual, ressalta-se as dificuldades existirão em ambos os modelos, todavia, será função dos agentes organizadores, identificar as necessidades pontuais e supri-las caso a caso. Para tanto, a crítica reafirma o necessário, constante e oneroso treinamento aos agentes para atuarem afirmativamente nos ambientes virtuais e digitais.

A autora do presente estudo participou de um evento teste junto a plataforma *The International Council For Online Dispute Resolutions* – ICODR, ainda em teste, tal experiência se mostrou extremamente eficaz, entretanto, demonstrou-se o total despreparo de agentes já, ora experientes em mediações, porém totalmente desconexos às necessidades oriundas dos variados ambientes virtuais. Neste teste foi ponderada a hipótese de não adaptabilidade dos usuários em especial com em ambiente com espaço temporal virtualizado (ou seja, podendo se acordar o prazo para a resposta de cada interação). Como exemplo, existem situações em mediação, onde o *time-in*, ou ainda chamadas síncronas, ou seja, o espaço de tempo que cada parte tem para assimilar as situações trazidas em mesa de mediação e processar suas ponderações é crucial para o processo de tomada de decisão imediata. Enquanto, nas mediações virtuais ou ainda em alguns ODR's (*online dispute resolutions*) este tempo não é imediato, diferentemente das mediações digitais.

Portanto, em breve conclusão sugere-se uma diferenciação de nomenclatura, sendo a nomenclatura utilizada **mediações digitais**, se perfaça à aquelas onde unicamente há uma adaptação da mediação realizada presencialmente, para uma plataforma de comunicação em ambiente virtual. Enquanto, a nomenclatura **mediações virtuais** ou ODR's (*online dispute resolutions*) seja reservada para as mediações onde há uma real diferenciação na forma de atuação dos envolvidos; inclusive quando a formação, atuação (gerenciamento de prazos e procedimentos), habilidades (domínio de ferramentas digitais e virtuais diferenciadas) e prática o mediador.

Os benchmarks da mediação digital

Declamou Carlos Drummond de Andrade: “As coisas tangíveis tornam-se insensíveis à palma da mão, mas as coisas findas muito mais que lindas, essas ficarão”. E as consequências da mudança analógica para um ambiente digital abarcam vantagens e desvantagens; no âmbito legislativos o uso de novas

formas tecnológicas promove os estímulos a autocomposição, que em linhas gerais ampliam-se alargadamente o acesso à justiça ao encontro do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal e o artigo 3º do Código de Processo Civil.

Todavia, é factível que inúmeras situações de dificuldade da prática cotidiana (técnicas ou operacionais) ocorrerão como: ausência de acesso a rede de internet, sistema falho, má qualidade de telefonia ou ainda a exclusão digital. Sobre o item do acesso à internet, nesta situação judicial, o acesso há audiências de medição ou conciliação além de garantir o direito fundamental do acesso à justiça é também manifestação essencial ao exercício da cidadania, direito garantido legislativamente com a promulgação do marco civil da internet.

A exclusão digital no Brasil é uma situação real e de fácil constatação, todavia, há que se gerir esta dificuldade pelo viés de proatividade governamental, salienta Pierre Levy⁹ que o acesso não seja apenas ao equipamento ou ao conteúdo, mas a os processos de inteligência coletiva, quer dizer, ao ciberespaço como sistema, buscando a conquista do espaço “virtual”, para tornar-se um cidadão por inteiro. A crítica é assertiva no que tange a inclusão e todo o contexto educacional que permita os indivíduos usufruírem de seus direito e recursos de maneira plena.

Sobremaneira, todos os envolvidos na mediação digital passaram pela adaptabilidade, uns com maior dificuldade e outros com menor. Salientando, à aplicação da auto-responsabilidade como parâmetro, ora sendo dever de todos os envolvidos propiciarem os meios de exercerem seus papéis no ambiente virtual.

Ou seja, é parâmetro às partes que possuam meios de ingresso e participação no ambiente digital, ressaltada a possibilidade de utilização dos equipamentos dos respectivos Tribunais de Justiça, por outro lado, é dever dos advogados envolvidos proporcionarem as devidas informações e endereços para as comunicações.

E quanto aos mediadores, ao adotar o conceito de *benchmark*, propõe-se em verdade esmerar análises comparativas sobre processos, metodologias e práticas já em andamento, a fim de se propor melhorias e aperfeiçoamentos de forma racional e humilde ao seu processo. Tal terminologia conceitual dentem em si caráter transdisciplinar, tendo sua origem no setor econômico, Roberto J. Boxwell, conceitualiza-se benchmarking como:

trata-se de uma ferramenta que serve descobrir, analisar, comparar, aprender com empresas líderes em seus segmentos, métodos e processos competitivos, e assim adaptar este novo conhecimento nos próprios processos para aumentar a competitividade de seu negócio. Benchmarking é hoje reconhecido no meio empresarial como um método essencial para a prática da melhoria contínua¹⁰

9 LÉVY, Pierre. **O Que é Virtual?**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

10 BOXWELL, R. J. **Vantagem competitiva através do benchmarking**. São Paulo: Makron Books, 1996.

Importante salientar a existência de uma tentativa, ainda embrionária, no setor público que objetiva realizar sondagens através de *benchmarks*, atualmente, o programa está se estruturando em fase de formações de nomeados **supervisores de mediação**. Embora o projeto seja pautado em linhas claras, se vê distante de concretização. A realidade vivenciada em cada localidade ainda é dispare entre si, e as ações de melhorias causam revoltas em localidades que ainda não dispõem do serviço básico de mediação.

Em que pese o até então elencado e desenvolvido os *benchmarks* que exploraremos são implementações resultantes de práticas, vivências, relatórios e supervisões entre pares, em especial realizadas e implementadas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nas comarcas de Campinas e Piracicaba¹¹.

Há que se expor que todos os procedimentos adorados foram devidamente estudados e adequados as legislações e resoluções vigentes, os *benchmarks* foram orientados pelos princípios basilares da mediação como: confidencialidade, autonomia da vontade, flexibilidade e imparcialidade e demais. E que se pese as questões jurídicas e procedimentais, o nascedouro deste estudo, as mediações digitais deram-se na necessidade humana de comunicação e adaptabilidade. Ora, o viés procedimental fez-se menor que o dogmático, prevalecendo as relações humanas, a personalidade no trato e o bem estar social. Nas palavras de Zygmunt Bauman,

Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da ‘modernidade fluida’ produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou - se não for - como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz.¹²

Assim, humildemente elenca-se os *benchmarks* percebidos e experenciados como novas tendências na atuação do mediador priorizados no ambiente digital.

Primeiro *benchmark*, deve-se o mediador **realinhar e expor seus objetivos e expectativas** do mediador em todo o procedimento de mediação, ora, sempre mantendo-se no papel de coadjuvante no auxílio dos envolvidos, na

11 Implementação e treinamento de mediadores com metodologia flexível e individualizada a cada localidade, visando a realização de audiências de mediação digitais na comarca de Piracicaba/SP. Realizada em parceria com a chefe do Setor do Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania da Comarca de Piracicaba Sra. Valéria Regina Grisotto Zorzenoni, que atua à mais de 28 anos no Poder Público Judicial, em inúmeros postos e cargos de atendimento ao público. Em parceria como Fernanda Alves Curbage, instrutora de mediação judicial, certificada pelo Conselho Nacional De Justiça – CNJ.

12 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 15.

tomada de decisão. A partes já estão em conflito, estão vivenciando uma situação inesperada (há um paradigma já pré-estabelecido), cabendo ao mediador promover à quebra deste paradigma positivamente.

Segundo *benchmark*, cabe ao mediador, promover o **ambiente acen-tuadamente focado**, propiciando o acolhimento o necessário e ao mesmo tempo estabelecendo condutas, em especial no primeiro instante do encontro virtual. E por demasiado zelo, cuida-se prioritariamente da figura dos patros dos envolvidos, figuras cruciais com papel de extrema valia, tecnicamente e comunicacionalmente.

É certo dizer que há alguns advogados que não são adeptos ao estímulo da mediação e, invariavelmente, assumem a imagem de “guerreiros vestidos à batalha” não aceitando qualquer tipo de acerto que não demonstre seu total poderio bélico. O que de sorte tais doutos doutores já estão a se mostrar em menor número o que em verdade facilita sobremaneira o desenvolvimento das mediações.

Assim, o papel de coadjuvante, tanto do mediador como dos advoga-dos, na mediação não se faz menos importante, em verdade, a excelência de atuação do doutores advogados é alcançada quando os envolvido atingem a completa acepção das consequências jurídicas e fáticas que suas decisões gerarão. Essa atuação é o auxílio necessário e cabível.

Terceiro *benchmark*, cabe ao mediador, propiciar todos os meios possí-veis para atingir a **partilha do sensível** em cada relação mediada. Tal como propõe, Jacques Rancière¹³: “Uma partilha do sensível é, portanto, o modo como se determina no sensível a relação entre um conjunto partilhado e a divisão de partes exclusivas.” Devendo, portanto, revalidar com os envolvido os objetivos da mediação, na promoção da transformação de conflitos e não somente na resolução processual, devendo o mediador reafirmar tal proposito e promover o auxílio técnico, social e cultural necessário.

Quarto *benchmark*, envolve as questões de habilidade tecnológica, esse necessário preparo e organização antecipado do procedimento de mediação, demonstrou-se demasiadamente necessário, ora a realização de uma audiência de mediação de uma hora exige da equipe técnica ao menos mais duas horas entre envio de documentação, convite à mediação, checagem de recebimento, orientações de acesso à plataforma aos envolvidos.

Quinto *benchmark*, como o domínio total do ambiente e do procedimen-to de mediação, reflete positivamente a mudança da cultura e entendimento sobre os métodos de resolução de conflitos, ora, foi observado uma maior aceitabilidade e interesse na possibilidade compartimentalização das audiên-cias de mediação; demonstrando o real interesse na reflexão de alternativas aos conflitos em contexto, gerada pela mediação.

Quinto *benchmark*, reflete a necessária capacidade de adaptabilidade do mediador frente às necessidades e dificuldades das partes. As são diversas e

13 RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível: estética e política**. São Paulo: Editora 34, 2005, p. 7.

variadas de acordo com as localidades inclusive, há ausência de servidores públicos para a correta divisão das tarefas com o mediador é uma situação. Nesta situação, cabe ao mediador exercer seu papel em audiência, carregando a consigo a função de escrevente do ato judicial. Em termos prático, tal situação gera uma sobrecarga de obrigações ao mediador, que pode executar sua função de mediar de forma menos excepcional.

Conclusivamente, às formas e práticas da comunicação digital e suas inovações se focam em promover auxílio, transformação social, cultural e acadêmica, para os métodos adequados de solução de conflitos sendo uma quebra de paradigmas entre uma geração analógica para uma geração de nativos digitais.

Problemáticas e discussões

O mediador não é terapeuta, ou seja, não é responsável pela melhoria da saúde emocional dos envolvidos no conflito. Apesar da mediação ser focada em atingir acomodações sociais e emocionais diferente de métodos de resolução de conflitos. Professores e formadores de novos mediadores de conflitos têm considerações e preocupações necessárias sobre a correta utilização da mediação on-line. O CNJ vem demonstrando empenho e agilidade em se adaptar as demandas já há muito necessárias. E sobremaneira as medidas até então estabelecidas com plataformas acessíveis as inúmeras demandas de acesso básico às populações desassistidas.

Todavia, há preocupação com a urgente necessidade de adaptação doutrinária. Sabemos que a formação do mediador foi pensada e procedimentarizada em um mundo dialógico. Fato é que na mediação de conflitos utiliza-se como base de trabalho a interação humana, ou seja, a possível resolução do conflito se dá quando o mediador aplica técnicas interpretativas sob os interesses e/ou sentimentos dos indivíduos e estes atingem um ponto de encontro. Entretanto, estes interesses na maioria das vezes, não são ditos livremente, mas sim, expressados por uma leve inclinação na cabeça, ou, por uma respiração mais ofegante em uma determinada fala, ou até mesmo uma leve cruzada de braços quando à fala da outra parte.

Logo, estas sutilezas que compõe a mediação de conflitos como doutrinariamente entendida até então podem se perder caso a plataforma não seja bem implantada, treinada ou utilizadas pelos agentes, gerando o esvaziamento do instituto de solução de um conflito. Afirmo-se no presente artigo que nossos mediadores de hoje foram capacitados e formados para mediar conflitos baseados em interações físicas com todos os envolvidos no processo (partes e advogados). Infelizmente a formação socioemocional não faz parte do seu curriculum de formação sendo esta habilidade atualmente necessária e eminente.

Assim, antes mesmo de implantarmos e disponibilizarmos as ferramentas para “apagar os incêndios” que ocorrerão em um futuro próximo no sis-

tema judiciário nacional, devemos olhar para a formação destes mediadores de conflitos. Ademais, devemos observar as dificuldades nas questões de sigilo de documentos e informações apresentadas em audiências digitais. Outro ponto de atenção remete a possibilidade de coação ou de ameaças que obriguem uma das partes, ou até mesmo ambas, de aceitarem ou recusarem o que for proposto durante a sessão.

Estes reflexos entre a aproximação teórica e as facilidades tecnológicas geram preocupação entre os mediadores, conciliadores e todos os envolvidos na resolução de conflitos, tanto judicial quanto extrajudicial, pois, ao mesmo tempo que essa ferramenta permite a continuidade do trabalho, ela pode ser o meio mais eficaz de se atingir injustiça e ilegalidade, estas que provavelmente não poderão ser reparadas.

Referências

AZEVEDO, André Gomma. **Políticas Públicas para formação de mediadores judiciais: uma análise do modelo baseado em competências**. Meritum. Belo Horizonte: 2012, p. 103;

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de mediação judicial**. 2016, p. 174;

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001;

BOXWELL, R. J. **Vantagem competitiva através do benchmarking**. São Paulo: Makron Books, 1996;

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n 125, de 29 novembro 2010**, emendas n° 01/2013, emenda n° 02/2016 e Resolução n° 290/2019 e n° 326/2020. Anexo III Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. Brasília, 2015;

EBNER, Noam. **E-mediation. Online Dispute Resolution: Theory and Practice**. A Treatise on Technology and Dispute Resolution. Eleven International Pub., p. 369-398, 2012. Disponível em: <http://www.ombuds.org/odrbook/ebner1.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021;

CURBAGE, Fernanda Alves. **Mediação: solução judicial e extrajudicial na governança corporativa da sociedade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito) Escola Paulista de Direito. São Paulo, 2017;

CURBAGE, Fernanda Alves; SANCHES, Carolina. **Mediação de conflitos e o mercado 4.0: O amadurecimento pós pandemia**. Direito em foco, Piracicaba, v. 1, n. 1, p. 119-131, 2021.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI; WATANABE KAZUO E LAGRASTA NETO, GROSMA, CLAUDIA F; MANDELBAUM, HELENA G. **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. 1. ed. São Paulo: Primavera Editorial, 2011;

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação**, 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020;

LEVY, Pierre. **O que é o virtual**. São Paulo: Ed. 34, 1996.

OLIVEIRA, Nirlei Maria. **Perspectivas em Ciência da Informação**, [S.l.], v. 3, n. 1, nov. 2007. ISSN 19815344. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.eci.ufmg.br/index.php/pci/article/view/70>. Acesso em: 25 ago. 2021;

PHILIPPE, Mirèze. **What Does It Take to Bring Justice Online?** International Journal of Online Dispute Resolution, Haia: 2020. v. 6, n. 2, p. 183–192;

RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível: estética e política**. São Paulo: Editora 34, 2005;

RULE, Colin. **Technology and the Future of Dispute Resolution**. Dispute Resolution Magazine, Chicago: 2015. p. 4-7;

SERPA, Maria Nazareth. **Mediação, processo judicial de resolução de conflitos**, p. 105;

TELLA, Alexandre A. F. **Audiências virtuais: uma visão advocatícia**, in Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 2021, n.55, p. 144. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n55_5.1_audi%C3%A0ncias%20virtuais_%20uma%20vis%C3%A3o%20advocat%C3%ADcia.pdf?d=6373648_14020534349. Acesso em: 25 ago. 2021;

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação, 1998, p. 16.

O EMPREGO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ESFERA CRIMINAL/JUDICIAL BRASILEIRA

Kaian César Dias Marengo

Advogado, graduado pela Universidade Paulista - Campinas, é Oficial do Exército Brasileiro no posto de 1º Tenente, Especialista em direito e processo penal pela Escola Superior de Direito, pós-graduando em direito público pela Escola Superior de Direito.

Maria Carolina Ramos

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Mestre em Direito Penal pela Universidade Metodista de Piracicaba, Doutoranda em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal

Resumo:

É fato pacífico que as políticas de enfrentamento ao contínuo crescimento da população carcerária no Brasil são falhos. Dados do Departamento Penitenciário Nacional¹ mostram que nosso país é o quarto que mais prende no mundo. Nessa linha, cresce de atenção e necessidade de que as políticas públicas sejam repensadas e comecemos a tratá-las com a atenção que merecem. Conforme dados apresentados pelo Ministério Público Federal², até 17 de setembro de 2020, foram celebrados mais de 5 mil Acordos de Não Persecução Penal (ANPP). Levando em consideração que no Brasil 310 pessoas são processadas a cada hora³, encerrar um processo ainda em fase embrionária tende a permitir que diversos funcionários públicos sejam “liberados” para atuar em causas que carecem de mais atenção dos supramencionados

1 Ministério da Justiça e Segurança Pública: Depen lança dados do Sisdepen do primeiro semestre de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeiro-semester-de-2020m>, consultado em nov/2021

2 Consultor Jurídico/Conjur: Justiça Consensual – MPF já fechou mais de 5 mil acordos de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-acordos-nao-persecucao-penal> em linha com informações prestadas pela assessoria de imprensa do Ministério Público Federal, consultado em nov/2021

3 Justificando: Em média 7 anos: SP e RS levam o dobro de tempo para julgar uma ação na Justiça Criminal. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/09/05/em-media-7-anos-sp-e-rs-levam-o-dobro-de-tempo-para-julgar-uma-acao-na-justica-criminal/>, consultado em nov/2021

servidores, utilizando, por exemplo, diversas horas de trabalho em casos que, muito provavelmente, teriam por conclusão a aplicação de penas restritivas de direito ou medida similar que venha a ser imputada visando a substituição de eventual pena privativa de liberdade, tendo que, mesmo que condenados ao fim do devido processo legal, os referidos crimes menores não possuem, por si só, condão para encarcerar uma pessoa em razão da vigência legislativa atual e suas benesses legais. Diante do exposto, o aprofundamento acadêmico e científico em métodos de atualização de nosso sistema penal persecutório e penitenciário, aliados a uma justiça resolutiva, consensual e focada na solução de conflitos, são de suma importância para o desenvolvimento de uma democracia saudável aliada ao uso sustentável e harmônico com os direitos e garantias fundamentais de nossas instituições judiciais.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal; Justiça resolutiva; *Plea bargain*

I – Introdução

O presente artigo se fundou em analisar, da perspectiva dos métodos de solução de conflitos, a aplicação do recente instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), trazido ao Brasil pelo chamado “pacote anticrime”, lei 13.964/2019, onde buscou inserir no modelo penal brasileiro novos métodos da chamada justiça penal negociativa, além dos métodos menos aprofundados que temos no Brasil, como por exemplo a transação penal e o outros.

Sobre o tema, principalmente por tratar-se de matéria penal, destinamos um capítulo deste artigo para noções introspectivas a respeito do Acordo de Não Persecução Penal e a abrangência de suas normas, bem como, aplicabilidade fática no contexto criminal brasileiro. Dando continuidade ao estudo, no segundo capítulo, a intenção foi de aprofundar na matéria propriamente dita e direcioná-la para o assunto principal no contexto dos métodos alternativos de solução de conflitos (MASC) e, ainda, expor que sua aplicação – MASC – não precisa, necessariamente, ser num contexto cível, podendo ser identificado em diversas outras matérias, como direito de família, tributário, penal e afins.

Do exposto, destacamos que o Acordo de Não Persecução Penal, em sua forma negociativa abrangente e excluindo, de certa forma, o poder judiciário – na figura específica do magistrado – das tratativas chegou ao Brasil em recente introdução legislativa. O famigerado “pacote anticrime”, inserido na legislação pátria em dezembro de 2019, através da lei 13.964⁴, trouxe diversas inovações legais no contexto penal, algumas visando endurecer penas e aplicar regimes de progressão mais gravosos (vide o próprio nome popular da proposta) enquanto, de maneira acanhada, abranger direitos e garantias fun-

4 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm - consultado nov/2021

damentais, como é o caso do juiz de garantias, por exemplo. Entre um avanço e outros, fora aprimorada também, de maneira, novamente, acanhada, o conceito de justiça penal negocial, através do Acordo Não Persecutório propriamente dito. Usamos a palavra “acanhada” para externar opinião justamente para aguçar a discussão e demonstrar que, se utilizada a raiz da norma trazida ao Brasil, isto é, do *Common Law* americano, inserido no contexto do chamado *plea bargain*, ou, em tradução livre, algo como uma “delação premiada”, verifica-se que ele é muito mais abrangente, podendo ser utilizado em uma gama muito maior de propósitos, interesses mútuos e, claro, respeitando os interesses públicos e legislações vigentes.

Dentro da citada abrangência, por exemplo, nos Estados Unidos da América, em 2011⁵, fora verificado que mais de 96% dos casos penais terminavam na formalidade de confissão exigida para formalização do Acordo Penal ao invés de ir para o julgamento propriamente dito. A intenção dessa citação é justamente trazê-la ao contexto brasileiro, onde temos um judiciário sabidamente carregado de processos, para conseguir desafogar diversos processos que simplesmente se iniciam por obrigação do Ministério Público, visto que, conforme manda a lei, tem o dever de oferecer denúncia em diversos casos, respeitadas, obviamente, as balizas e ditames legais, onde sequer seria necessária a intervenção estatal máxima, que é justamente a aplicabilidade do direito penal como última *ratio*, logo, temos pela conclusão que a inserção da ferramenta busca, seja no modelo americano ou agora em solo brasileiro, a desjudicialização e o incentivo a - cada vez mais utilizarmos os métodos alternativos para solução de conflitos seja para quais motivos forem.

Na linha do exposto, introduzida a origem da ideia por trás do Acordo e suas “raízes”, em solo brasileiro, novamente, a medida veio tímida e de maneira a abranger apenas os crimes chamados “de menor potencial ofensivo” e aqueles, dentro da capitulação geral, que limitam-se, basicamente, à pena mínima inferior a 4 anos e que não sejam cometidos com o emprego de violência ou utilizando-se o agente de grave ameaça para sua efetuação, ou seja, destinou-se aqueles crimes onde, normalmente, as penas seriam - ao final do devido processo legal - convertidas em penas restritivas de direito, por exemplo, mas que, de qualquer maneira, não terminariam em cárcere propriamente dito, através das chamadas penas privativas de liberdade. Apesar de tímida, como dito, é um grande avanço às medidas internas do chamado Direito Penal Negocial aliados à justiça negociativa, abrindo discussões e ideias para eventual aprofundamento legislativo futuro, sendo por si só uma grande vitória para entusiastas dos MASc. Outro destaque muito interessante do Acordo de Não Persecução Penal é que ele é uma medida extrajudicial, podendo ser negociada entre parte (devidamente assistida por advogado) e o representante do Ministério Público diretamente, dependendo, posteriormente, do poder judiciário apenas para realizar a homologação do referido acordo,

5 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais> - consultado em nov/2021

justamente como é feito hoje nas milhares de lides distribuídas em nosso país, oportunidade onde o magistrado irá analisar a proposta como um todo, suas cláusulas e condições e, por fim, se o contexto está em conformidade legal. É importante destacar que o papel do magistrado na homologação do acordo é justamente de aplicar um poder moderador sobre o negócio jurídico então pretendido, não cerceando a continuidade do referido objeto negociado, mas sim de observar que a lei está sendo cumprida e que nenhuma das partes sairá lesada com posterior homologação, ou seja, nem Estado nem parte podem ver-se em situação de hipossuficiência, cabendo ao magistrado zelar por tal observância, em estrita homenagem ao artigo 28-A, caput, combinado ao seu § 5º. Resumindo, um processo que poderia durar anos pode ser “resolvido” num único ato após o deslinde investigatório (a cargo das polícias judiciárias), poupando sessões de audiência, emprego da máquina pública, serventuários em seus mais diversos níveis e poder direcionar todos os citados e seu poder de produção para casos que, com a devida vênia, mereçam maior atenção por parte das varas criminais especializadas e suas adjacências. Em suma, teríamos resoluções mais ágeis, efetivas e com um final, empiricamente falando, idêntico ao modelo processual antigo, mas que, desta vez, pode ser resolvido em meros 2 ou 3 meses (após fase investigativa) e que é carente de apenas um ato judicial para sua conclusão, mostrando-se uma maneira efetiva de desabarrotar o já inflado sistema litigante no contexto judiciário brasileiro.

Sobre o contexto trazido, obviamente, necessário também se faz de demonstrar que o novo método negocial penal não pode ser visto como um meio de impunidade, pelo contrário, traz formas diversas de renúncia voluntária a direitos, modos de reparar a vítima, se houver, e ainda aplica a vigilância estatal necessária para os casos, como dito, de menor vulto criminoso, visto que, caso o agente não cumpra qualquer das obrigações estipuladas entre as partes e devidamente homologada em juízo, a marcha processual é retomada e a agente pode ver-se condenado ao fim do referido andamento e, ainda, podendo ser utilizado o descumprimento pelo ente ministerial para, futuramente, justificar a não oferta de suspensão condicional do processo, tolhendo, novamente, direito daquele que responde processo por não cumprir sua parte no acordo ora estabelecido. Em suma, trata-se de uma maneira inteligente de criar um simples filtro alicerçado pelo binômio custo-benefício onde a parte acusada pode ver-se sanando um problema maior após cumpridos os estímulos necessários, preservando assim seus direitos e cumprindo sua parte para com o Estado. Em cumprimento ao aqui proposto, também destinaremos um capítulo específico sobre as boas práticas em relação aos direitos pátrios e, ainda, em fiel observância a tudo que garante a *carte magna* e, obviamente, os interesses das partes, sendo assistidas por seus representantes legais.

Por fim, conforme exposto, fora verificada a necessidade de um capítulo final visando aprofundar nas questões que envolvem o respeito e atenção aos diversos tratados, pactos e avanços para com os direitos humanos em que o Brasil respeita e é signatário. Como dito, não há que se falar em redução de

direitos ou afins visto que o Acordo é inteiramente celebrado respeitando os direitos e interesses das partes, sendo ambas acompanhadas por seus representantes, como dito. Sendo assim, temos o aliar de uma ótima ferramenta jurídica para combater, de certa forma, o chamado princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, visto que de tempos em tempos essa vem sendo repensada com o crescimento da justiça penal negociativa e suas evoluções, seja pelas transações penais ou, hoje, pelo Acordo de Não Persecução Penal.

II – O acordo de não persecução penal como método alternativo de solução de conflitos

As discussões e conflitos de interesses são inerentes à humanidade: sempre existiram e sempre vão existir. Está no sangue do ser humano, é algo tão inevitável, aparentemente, como respirar.

Os conflitos humanos apenas crescem conforme o desenvolvimento da humanidade, seja por seu crescimento exponencial ou pelo crescimento do acesso, propriamente dito, mas algo é certo: sempre teremos conflitos. É mais do que sabido que o poder judiciário, infelizmente, não consegue atender de maneira a contento as demandas criadas pelo homem, seja pela defasagem de funcionários, evasão ou afins, aliadas às questões do crescimento da humanidade, apresentando, assim, um resultado desastroso e, na maioria das vezes, pouco efetivo. Dados do Conselho Nacional de Justiça, colhidos em 2018 através do Justiça em Números⁵, apresentam que, no Brasil, a cada hora 310 pessoas são processadas criminalmente, o que, por si só, aumenta a população carcerária em um sistema criminal já superlotado. Superada a questão da superlotação, há o dado médio de que São Paulo leva cerca de 7 anos para baixar um processo em fase de conhecimento no 1º grau em esfera criminal, já a esfera não criminal nos traz a média de 2 anos e 6 meses. Dados simples que nos remetem à dura realidade do judiciário brasileiro. Na mesma linha, o levantamento aponta que, só em 2016, 31% dos crimes enquadravam em penas de 4 a 8 anos. Em seguida, 8 a 15 anos, com 23% e, 2 a 4 anos, 16%, correspondendo os percentuais faltantes a penas superiores as aqui apontadas.

Em breve análise, em momento reflexivo e utilizando-se de nossa proposta, pode-se concluir que – em média – pelo menos 25% (ou 1/4) dentro dos 31% dos crimes com pena imposta de 4 a 8 anos (justamente por enquadrarem-se na pena de até 4 anos) poderiam receber aplicação do método alternativo aqui proposto pois corresponderiam à menor pena das condenações, recebendo a benesse penal. Sendo mais didático, 8%, pelo menos, poderiam ser liquidados em fase embrionária processual, sem discussões de mérito, julgamentos ou afins e, novamente, deixando livres as varas criminais e promotorias especializadas para atuarem em crimes de maior repercussão e que, obviamente, carecem de maior atenção de pessoal e, por óbvio, intelectual. Continuando o raciocínio, podemos ainda utilizar-nos dos 16% - do total, que se referem aos crimes com penas de 2 a 4 anos, esses que seriam, em tese e

em sua totalidade, abarcados pela proposta do Acordo de Não Persecução. Em suma, teríamos quase 25% do total dos processos abarcados pela justiça paulistana poderiam ser solucionados em um momento inicial, utilizando-se do método alternativo proposto e sem maiores discussões, com a máxima vênua, desnecessárias porque, como mais que sabido, terminariam em soluções alternativas, mas que necessariamente teriam de aguardar o término do processo e a intervenção do judiciário, visando a não aplicação das penas privativas de liberdade. Uma economia de tempo e dinheiro público gigantesca, sem mencionar nas horas trabalhadas que poderiam ser redirecionadas para melhores práticas apenas pela adoção de um método alternativo para solucionar os conflitos penais de menor potencial lesivo à sociedade e ao Estado.

Incentivando a discussão, façamos um breve comparativo com dados colhidos de pesquisa em aprofundada análise do modelo de justiça norte-americano: Adilson Vitorelli⁶ afirma, em pesquisa, que 95% dos processos da área civil e penal na justiça dos Estados Unidos são negociados entre as partes e pouco menos de 5% desse numeral chegam aos tribunais. Cita ainda “Geralmente, o juiz julga uma média de apenas três a cinco casos em cada 100 dos que são propostos. Quase tudo acaba mesmo é em acordo. Isso não ocorre no Brasil, onde a incidência de acordos é muito baixa”, continuando “Um dos motivos para essa prática nos EUA é o custo da justiça. Os que perdem podem ser condenados a pagar valores muito altos, fazendo com que as pessoas negociem mais”. Podemos até traçar uma breve crítica ao sistema brasileiro, onde praticamente todos os litigantes buscam ser agraciados com a benesse da justiça gratuita, mas que devemos levar também em consideração a situação socioeconômica do país, onde pequena monta da população recebe valores condizentes com uma boa qualidade de vida e, muitas vezes, acabam se socorrendo do poder judiciário justamente para receber valores que, em grande maioria das vezes, são de fato devidos, mas não respeitados.

Se trouxéssemos essa comparação ao Brasil, reduzindo 95% dos casos em momento pré-processual, teríamos apenas um trâmite de pouco menos de 4 milhões de processos carecendo de solução/intervenção pelo poder judiciário, considerando os números apresentados pelo relatório Justiça em Números 2020, do CNJ⁷. Novamente, vemos números alarmantes se compararmos à realidade brasileiro, pois temos, aproximadamente, 1 processo judicial a cada 3 habitantes, considerando dados do IBGE, onde aponta que temos uma população estimada de 213 milhões de habitantes⁸.

A observação é necessária e devemos incentivar a discussão sobre o assunto para, cada vez mais, aprofundarmos e introduzirmos aos profissionais do direito às boas práticas e utilização relacionadas aos métodos alternativos

6 Disponível em <https://www.lfg.com.br/conteudos/curiosidades/geral/diferencas-entre-a-justica-dos-eua-e-do-brasil> - consultado nov/2021

7 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2020-nova-edicao-confirma-maior-productividade-do-judiciario> - consultado nov/2021

8 Disponível em <https://www.ibge.gov.br> - consultado nov/2021

de solução de conflitos. Sendo sabido que o “novo” Código de Processo Civil incentiva as partes a utilizarem métodos de solução alternativas para os conflitos, reforçando a necessidade e benefícios da solução amigável, porém não vemos tal exercício na prática, uma vez que, pelo primeiro “juiz da causa”, o próprio advogado, tal prática, dificilmente, é incentivada e aplicada.

Nessa linha, sugerimos que os métodos, de maneira geral, sejam incentivados cada vez dentro das universidades, buscando a não formação de litigantes, mas de solucionadores de problemas e conflitos. O advogado, por natureza, é o primeiro filtro do litígio, se dele nascer tal iniciativa, boa parte dos assistidos poderia ver maneiras mais práticas e ágeis de solucionar seus conflitos de interesses, porém carece, também, do poder legislativo garantir maiores meios e métodos para que os profissionais do direito consigam atingir tais objetivos, garantindo sempre as prerrogativas do profissional e concedendo-lhe maiores possibilidades, dentro de seu ofício, para poder entregar resultados efetivos e evitar a judicialização, como é feito no modelo americano, onde o profissional tem diversas ferramentas para atingir bons resultados e, principalmente, céleres.

III– O Acordo de Não Persecução Penal e o respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais

Diante de inúmeras reformas da legislação penal e de processual penal dentro próprio sistema de Justiça criminal, a justiça penal negocial apresenta uma forte tendência não só no direito brasileiro, mas em outros vários países.

Com fundamentos advindos do direito americano, que utiliza com frequência a negociação para a solução de questões criminais, importamos alguns institutos do sistema americano, porém para ser aplicada em nosso sistema processual requer ajustes, em especial dos agentes que atuam na área criminal, pois são os profissionais que lidarão com este tipo de demanda.

Para aplicação de instrumentos do *plea bargain*, como discorremos anteriormente, a acusação e a defesa precisam adotar posturas mais flexíveis, só assim se torna possível a boa prática da negociação penal, mesma postura exigida em qualquer discussão envolvendo os métodos alternativos de solução de conflitos e, principalmente, entender que ambos precisam recuar, legalmente, para todos progredirem.

Neste sentido, busca-se a ideia de que a aplicação de penas como a de restrição de liberdade (prisão) já não são tão desejáveis quando se trata de defender o status principal de sanção punitiva, atribuindo-se à justiça negocial a possibilidade de garantir também o caráter da pena de natureza retributiva, preventiva e reeducativa.

Diversas políticas para o desencarceramento têm sido adotadas em vários países no sentido de se vulgarizar a segregação decorrente da prática de determinados crimes menos graves. No Brasil não poderia ser diferente, logo o acordo de não persecução penal trouxe um avanço para o direito penal

negocial, em razão das partes transacionarem, estipulando-se cláusulas contratuais e abdicando de alguns direitos, sendo essa uma característica clara dos acordos. Desta feita o membro do Ministério Público não prossegue com a persecução penal, porquanto o sujeito investigado abdica do próprio processo, garantia que lhe é assegurada constitucionalmente.

Este movimento negocial abriu espaços de indagação acerca da justiça criminal como modelo unívoco de resposta ao delito, superando o conceito de que esse último seria ontologicamente arredo dos demais comportamentos sociais.

A justiça negocial não pretende como tendem a pensar alguns juristas, e brevemente discorrido aqui, a abolição do sistema penal, mas sim a coexistência pacífica da justiça criminal e de meios alternativos à aplicação de pena afliativa, quando possível, de forma a salvaguardar a comunidade e proteger as pessoas, evitando o hiper encarceramento.

As garantias constitucionais devem ser contempladas à luz da dignidade da pessoa humana, que representa o fundamento para a prossecução de todas as finalidades constitucionais do processo penal. Assim, de acordo com Jorge de Figueiredo Dias⁹, possibilitar que o acusado renuncie ao exercício do seu direito fundamental de defesa nos limites que a própria Constituição estabelece, consiste na devida manifestação daquilo que o direito fundamental confere ao seu titular que é possibilidade obter um benefício de não ter sob si o peso de um processo criminal. Nesse sentido destaca-se que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁰ já aceita a hipótese de renúncia (e seu não exercício) sempre que isso comportar em determinada vantagem ou benefício ao seu titular, assim, não existe qualquer proibição de que o acusado não utilize seus direitos processualmente garantidos. Na mesma linha, se a Constituição pátria prevê que, na dúvida, a norma sempre deverá beneficiar o Réu, porquê o Acusado não poderia simplesmente decidir por abrir mão de determinado direito se entende que, dessa forma, sua situação torna-se mais benéfica?

Conforme leciona o jurista Ingo Sarlet¹¹, é no princípio da dignidade da pessoa humana que as qualidades intrínsecas e distintivas de cada indivíduo o fazem merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protege a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Portanto o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana visa garantir as condições existenciais mínimas para uma vida

9 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordo sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2010. p. 27. 114

10 European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case Hermi v. Italy** (application n° 18114/02), p. 24-25.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira.** In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 573

saudável, além de proporcionar e promover a participação ativa e corresponsável nos destinos dos seres humanos.

Desta forma, não se sustenta o fundamento de que o indivíduo teria o dever ou a obrigação de exercitar um direito fundamental, porém em seu desfavor ou contrariando seu interesse pessoal.

Neste sentido a ordem constitucional surge para preservar a liberdade e a autonomia, possibilitando que o cidadão exercite sua individualidade, optando por gozar de um benefício como o do acordo de não persecução penal em detrimento de exercer outras garantias processuais já na perspectiva de um processo penal em curso com todo ônus que isso possa lhe causar, justamente por entender que a linha de ação do acordo, para ele, é a mais benéfica. O acusado quando decide abdicar da instrução processual para se ver inserido em uma política premial penal, opta por restringir alguns de seus direitos e garantias individuais na perspectiva de alcançar alguma benesse. Desta feita, a renúncia ao contraditório amplo em submissão à aplicação da confissão e de outras medidas como prestação de serviços à comunidade, é também uma forma de exercício do seu direito fundamental à liberdade.

Portanto na política penal premial, haverá na prática a maximização de um direito fundamental qual seja a liberdade, aplicando-se uma medida premial (sanção diminuta) ao investigado, sendo que este renuncia a uma fração da própria liberdade, predispondo-se a se submeter à sanção estatal diminuta.

Em suma, temos uma saída mais econômica, devidamente alinhada com os direitos humanos e garantias fundamentais, que deve, cada vez mais, ser incentivado pelos operadores de direito. Sem discussão, jamais chegaríamos ao ponto que estamos, daí o motivo do dever incentivar sempre.

IV – Considerações finais

O presente artigo buscou esclarecer, de maneira breve e sucinta, a importância do aprofundamento e utilização dos MASCs e sua devida aplicação na esfera penal brasileira. Diversos benefícios podem ser verificados para todas as partes envolvidas, como é de se esperar dos métodos de solução de conflitos. Ocorre que, neste caso, ainda são muito tímidos em relação a sua inserção na lei penal brasileira, carecendo de maiores discussões, aprofundamentos e, principalmente, conhecimento por parte dos operadores de direito, visto que muitos ainda acreditam que sua utilização, na verdade, poderia violar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, onde, na verdade não há qualquer aviltamento ao referido princípio tampouco redução dos direitos e garantias fundamentais, como fora exposto.

Sua utilização traz grande economia e poderia proporcionar um melhor uso das verbas públicas, sem falar no ganho do trinômio hora-homem-trabalho dentro das varas especializadas e promotorias específicas que poderiam ver-se livres de diversos processo que, querendo ou não, terminariam de uma maneira resolutiva, com o não cárcere, mas que teve de passar por toda mar-

cha processual penal para chegar ao resultado que todos sabiam.

Ainda, traz maior desafogamento do sistema carcerário já inflado, respeitando os incentivos de não encarceramento e, o melhor de tudo, preserva os direitos e garantias fundamentais do cidadão para com o Estado, que também tem seus princípios legais respeitados, trazendo harmonia entre as partes e uma solução mais inteligente, rápida e concisa, como todo método alternativa de resolução de conflito deve ser. A discussão e aprofundamento é necessária e merece a devida atenção por parte dos operadores do direito.

Referências

Consultor Jurídico/Conjur: Justiça Consensual – MPF já fechou mais de 5 mil acordos de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-acordos-nao-persecucao-penal> em linha com informações prestadas pela assessoria de imprensa do Ministério Público Federal, consultado em nov/2021;

European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case Hermi v. Italy** (application n° 18114/02), p. 24-25;

Justificando: Em média 7 anos: SP e RS levam o dobro de tempo para julgar uma ação na Justiça Criminal. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/09/05/em-media-7-anos-sp-e-rs-levam-o-dobro-de-tempo-para-julgar-uma-acao-na-justica-criminal/>, consultado em nov/2021;

Ministério da Justiça e Segurança Pública: Depen lança dados do Sisdepen do primeiro semestre de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeiro-semester-de-2020m>, consultado em nov/2021;

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 573.

MEDIAÇÃO ESCOLAR - CRIAÇÃO DE UMA NOVA CULTURA ATRAVÉS DO TRIÂNGULO CONSENSUAL NAS RELAÇÕES EDUCACIONAIS

Dulce Maria Martins do Nascimento

Mestre em Direito FDUL e UFMG | Especialização em resolução estratégica de conflitos (REC) | Pós-Graduada em Gestão de Recursos Humanos | Juíza Coordenadora do Julgado de Paz (2008-13) | Advogada com OA-Pt e OA-Br | Mediadora com cadastro nas principais Câmaras de mediação do Brasil e nos sistemas de mediação pública em Portugal e no Brasil | Professora de Resolução Estratégica de Conflitos | Instrutora e Supervisora de Mediação e Conciliação presencial e online Conselho Nacional de Justiça | Coordenadora da Pós-graduação LLM Mediação, gestão e resolução de conflitos na Escola Superior de Advocacia na Ordem dos Advogados do Brasil, seção Minas Gerais (2018-2021)

Resumo:

Potencializar a resolução adequada dos conflitos implica tratar preconceitos, crenças e paradigmas com absoluta frontalidade, assim como incluir competências sociais nos planos educacionais para compreender a inevitabilidade e elementos do conflito inter-relacional, realizar uma comunicação integrativa e empática, bem como entender sobre técnicas e diferentes modelos de negociação, em especial a diferença entre negociação distributiva, integrativa e consensual. Utilizando a experiência comparativa, bem como considerando estudo reflexivo e crítico de autores, além de conhecimentos empíricos e vivenciados, pretende-se desenvolver uma reflexão sobre a autonomia para gerir e resolver conflitos, diretamente relacionada com os conceitos de liberdade e responsabilidade. A partir dos resultados alcançados com este artigo partilhámos o conceito do “Triângulo Consensual” que é possível implementar e desenvolver nas relações educacionais, em especial, por meio de projetos de Mediação Escolar.

Palavras-chave: Mediação escolar; Triângulo consensual; Acesso à justiça; Métodos adequados de prevenção; Gestão e resolução de dissensos; Direito humanizado

Introdução

A sociedade polarizada e conflituosa em que vivemos é dinâmica. Se-

guramente não nasceu assim, conforme é possível constatar por diversos estudos e trabalhos científicos. Do que foi possível verificar, desde 2003, com crianças de 5 anos, jovens de 10 e 15 anos, bem como jovens adultos de 20 anos, por meio de projetos de mediação escolar implementados desde 2006 em Portugal e desde 2013 no Brasil, a formação e utilização de métodos adequados de prevenção, gestão e resolução de conflitos, em especial a Mediação Escolar, almeja-se como uma forma acessível, rápida, económica, ética e eficiente, de pacificação social e justiça social.

Acredita-se que mudanças de cultura ocorrem, com maior eficiência e eficácia, pela força e imposição. Contudo, o poder de decisões esclarecidas que ocorrem com informação e conhecimento, o qual precisa obrigatoriamente ser adquirido através de uma transformação implementada por meio da educação, é mais duradouro. Ocorre que nos deparamos com competências sociais indispensáveis e que não constam de programas educacionais, que na verdade estão mais preocupados com competências técnicas e conteúdos profissionais, como matemática, português, geografia, biologia, entre outras áreas temáticas. Sucede que uma cultura de cidadania ativa, eficaz e responsável, precisa desenvolver competências sociais e relacionais, sendo essencial abordar o que designamos de Triângulo Consensual, onde incluímos conflito, comunicação e negociação, além do óbvio, para criar uma nova cultura social de pacificação das relações.

Em particular, importa realizar uma abordagem e aprofundamento sobre a inevitabilidade do conflito, comunicação integrativa e negociação por valores nas relações educacionais, vindo os projetos de Mediação Escolar a viabilizar uma efetiva mudança de cultura com aumento da pacificação social, além de um crescimento da qualidade do ambiente social educacional, maior rendimento escolar e aumento da produtividade dos profissionais da educação. Utilizando uma metodologia específica estes projetos permitem acelerar o desenvolvimento de novas competências para a melhoria da convivência social, bem como desenvolvimento da capacidade individual de lidar e resolver conflitos por via consensual.

Quando falamos sobre escola e relações educacionais precisamos entender a complexidade dos elementos subjetivos e objetivos envolvidos nos micro e macros sistemas educacionais bem como a evolução que tem ocorrido ao longo dos tempos. Assim, importa entender que além do conceito de família ter-se modificado, também a escola, o ensino e a educação ganharam outros significados, sendo hoje a escola considerada como uma instituição concebida para o ensino de alunos sob a direção de professores. Ocorre que encontramos uma multiplicidade de escolas, quer relativamente à sua gestão (públicas e privadas), ao género dos seus alunos (mistas, femininas e masculinas), a crenças religiosas (católica e laica), ao nível de ensino lecionado (de acordo com a idade dos alunos e grau de escolaridade), entre tantos outros possíveis critérios.

Ocorre que a complexidade deste tema não se resume apenas à mul-

tipicidade da sua existência, mas também à diversidade dos integrantes da comunidade escolar, incluindo-se ali desde proprietários ou entidades governamentais, diretoria (responsável pela gestão), professores e funcionários, além dos alunos, e ainda familiares, prestadores de serviços, vizinhos, comerciantes, polícia, segurança, entre outros. A multiplicidade de sujeitos integrantes da comunidade escolar e a inevitabilidade do conflito nos relacionamentos humanos no ambiente escolar significa encontrar uma multiplicidade de conflitos entre professores, professores e alunos, entre alunos, entre família e instituição, além de tantos outros, com diferentes fundamentos, interesses ou simplesmente distintas percepções da mesma realidade. Maioritariamente, a inexistência de processos adequados para resolver os diferentes conflitos resulta num desvio do foco de alguns profissionais, em especial professores, que passam a despender mais tempo a resolver conflitos do que a desenvolver a sua atividade de ensino.

Sucedendo que, para alcançar diferentes resultados precisamos modificar pensamentos e ações, implicando essa mudança uma necessária transformação nos modelos mentais sobre como agimos e como podemos agir. Uma das mudanças necessárias está diretamente relacionada com a forma retributiva (punitiva) ou restaurativa (integrativa) com que atuamos na sua resolução, implicando essa decisão uma necessária informação prévia e tomada de consciência sobre as diferentes possibilidades de agir.

Conforme afirma Nelson Mandela (1918-2013) a educação é a arma mais poderosa que podemos usar para mudar o mundo. Assim, devemos promover a coragem onde há medo, promover o acordo onde existe conflito e inspirar esperança onde há desespero. Ou seja, autonomia, liberdade e responsabilidade precisam caminhar conjuntamente por forma a que sejam efetivas e eficazes, possibilitando os projetos de Mediação Escolar exatamente essa oportunidade de concretização de uma nova cultura face às percepções de divergências.

Especificidades do processo de mediação escolar

Um dos primeiros passos, necessários à criação de uma nova cultura de resolução adequada e pacificação social, corresponde ao reconhecimento pelas escolas sobre a existência de conflitos. Em seguida, o tratamento adequado das diferentes situações permitirá transformar problemas em oportunidades de mudança, trabalhando para que as mesmas sejam superadas e resolvidas, conseguindo a escola e seus integrantes cumprir os seus reais objetivos, bem como as finalidades individuais e conjuntas. Entender e aceitar a Mediação Escolar como um processo diferente de trabalhar problemas relacionais e conflitos, permite resolver diferenças pessoais ou grupais, induz em atitudes de tolerância e aceitação de diferenças, bem como trabalha a responsabilidade e iniciativa individual. Estes projetos contribuem para a construção de uma nova ordem social e reorientação das relações sociais introduzindo coopera-

ção, confiança e solidariedade, impactando efetivas mudanças na cultura de pacificação das relações sociais.

De acordo com a idade dos intervenientes, no processo de mediação, assim teremos diferentes focos nos projetos. Neste sentido, tendo como base o critério objetivo de que podemos dividir a vida por ciclos, consequentemente propomos dividir as especificidades dos projetos de Mediação Escolar em cinco etapas. Uma primeira até aos 5 anos com a função de prevenção; uma segunda dos 5 aos 10 onde será trabalhada prevenção e gestão; uma terceira dos 10 aos 15 com foco na gestão e resolução; uma quarta dos 15 aos 20 incluindo prevenção, gestão e resolução; e por fim uma quinta onde poderão ser agregada a população com mais idade e que farão a ponte entre a primeira e quarta etapa.

Importa entender que a dinâmica do processo de Mediação Escolar, se implementado no sentido de resolver conflitos, pode ser dividida em três grandes momentos. O objetivo principal inicial será o de conhecer e recuperar a história existente entre os intervenientes, para em seguida, num segundo momento, conhecer e esclarecer o inter relacionamento, finalizando com a clarificação sobre expectativas no futuro, ou a denominada visão prospectiva. Atendendo às especificidades do seu procedimento, onde temos paridade entre mediados e mediadores, por regra o início da mediação é realizado por meio de um relatório de solicitação, que dá lugar a um convite ou convocação, pela escola, dos demais intervenientes na situação para comparecerem. Designados dois mediadores entre pares, que por regra atuam em co-mediação pura, é agendado o primeiro encontro a que podemos designar de sessão informativa ou pré-mediação. Ou seja, se o conflito for entre dois alunos, os mediadores deverão ser dois alunos, assim como se for entre aluno e professor, os mediadores deverão ser aluno e professor.

A sessão informativa ou pré-mediação, cujo procedimento pode ocorrer por meio de sessões individuais ou conjuntas, dependendo do contexto e particularidades dos intervenientes, visa que se proceda ali a uma explicação da proposta de trabalho com clarificação das regras e esclarecimento de dúvidas, bem como uma escuta inicial sobre a situação que permita o entendimento da relação e reflexão sobre a relevância da sua continuidade, bem como uma inicial tomada de consciência sobre as opções e alternativas, finalizando com o convite e aceitação, ou não, do início do processo de mediação. Aceite a mediação, que pode acontecer por meio de reunião conjunta ou em separado, é realizada uma abertura com acolhimento dos envolvidos e suas pretensões. Em seguida, após a troca de informações prestada em resposta ao convite realizado para partilharem a versão, percepções, sentimentos, interesses, necessidades e valores, são estimulados a identificarem possíveis soluções e consequências que possibilitem a construção das melhores soluções para todos os envolvidos. Importa aqui reforçar que a Mediação Escolar é um processo com algumas particularidades processuais e procedimentais em relação a outras áreas de intervenção do processo de mediação. Neste sentido, a imple-

mentação deste tipo de projeto implica o envolvimento de toda a comunidade escolar, mediante uma construção conjunta e à medida de cada contexto, bem como respeitando as características específicas de cada realidade. Salvaguardada a especificidade do seu procedimento sobre a paridade entre mediados e mediadores, é possível encontrarmos diferentes níveis de atuação do mediador no âmbito escolar, sendo possível na prática encontrarmos desde mediadores externos, internos ou híbridos, atendendo a diferentes particularidades e contextos. Certamente já começamos a constatar que a Mediação Escolar além de ser um processo próprio, tem procedimentos específicos, com especificidades e algumas particularidades.

Clarice Lispector, uma das escritoras brasileiras de referência do Séc. XX, afirmou que *“O óbvio é a verdade mais difícil de se enxergar”*. Partindo deste pensamento faz-se necessário questionar sobre o modelo mental com que atuamos e nos relacionamos, assim como cada sujeito foi influenciado na construção do seu modelo. Faz-se necessário, portanto, uma tomada de consciência sobre os principais preconceitos, paradigmas e crenças limitantes individuais e sociais, que acabam por condicionar a nossa ação a um modelo mental que tem a competição como atuação principal, ou mesmo exclusiva quando a percepção é de escassez e necessidade de sobrevivência.

Triângulo consensual

Compreendendo que a sociedade mudou e, junto com ela mudaram também os conflitos inter-relacionais, encontramos hoje pessoas mais conscientes e com maior capacidade para especificarem melhor aquilo que realmente querem, assim como com maior disponibilidade para entenderem o significado de direitos e deveres. Tendo por base as premissas apresentadas, concluímos que quanto mais cedo for possível ao indivíduo tomar consciência da importância de ter notório saber sobre conflito, comunicação e negociação, melhor serão as competências individuais e sociais para lidar com divergências. Ora, sendo a existência de inter-relação algo próprio e inerente à natureza do Ser Humano, destacam-se as seguintes principais conclusões: Onde existe inter-relação haverá problema ou conflito! É impossível que as pessoas não se comuniquem! A negociação faz parte do dia a dia!

Em decorrência de estudos e investigações realizadas, assim como tendo por base experiências vividas e conhecimentos assimilados ao longo de mais de duas décadas, foi possível confirmar a existência de lacunas e desconhecimentos essenciais, pela maioria das pessoas. A maioria dos programas educacionais partem do pressuposto que não é necessário ensinar competências sociais, o que na realidade atual se constata ser necessário desmistificar, conforme pretendemos fazer em seguida. Neste sentido, os projetos de Mediação Escolar pressupõem, que além de autoconhecimento, os sujeitos que façam parte desses projetos desenvolvam competências diferenciadas em três grandes temas, de forma técnica e profissional, os quais compreendem o

Triângulo Consensual, que apresentamos sumariamente em seguida. Através do desenvolvimento e profundidade de conhecimentos sobre os três conceitos (conflito, comunicação e negociação) surge o Triângulo Consensual, visando trazer à luz os saberes necessários para adquirir competências sociais que possibilitem uma pacificação social e adequada resolução de divergências. Sem qualquer hierarquia entre os seus pilares o Triângulo Consensual, simbolicamente na configuração de triângulo equilátero, reforça que todos os ângulos possuem o mesmo valor. Ou seja, apenas após dominarmos o conflito inter-relacional e a comunicação integrativa empática, seremos efetivamente capazes de compreender e aplicar o modelo da negociação por valores, numa lógica circular de continuidade e interdependência dos seus intervenientes, independentemente do grau de proximidade ou intimidade.

Os pilares estruturais do Triângulo Consensual, cristalizados por meio de uma metodologia própria, desenvolvida e aprofundada por Dulce Nascimento, abrange três pilares estruturais do conhecimento multidisciplinar com base na experiência e resultados alcançados ao longo da vida académica, profissional e pessoal. Tratados de modo interdependente, cumprindo o propósito de alcançar resultados mais eficientes e eficazes, importa desenvolver desde cedo competências sobre conflito inter-relacional, comunicação integrativa empática e negociação por valores numa metodologia circular.

Sobre conflitos importa entender que os mesmos resultam de ações, omissões e comportamentos, sendo necessário conhecer e compreender a influência dos mesmos na escalada das situações. Por meio de diversos estudos, cientificamente comprovados, podemos afirmar que, para alcançar os objetivos pretendidos, as pessoas movem as suas ações de acordo com a interdependência entre dois eixos: assertividade e cooperação. Tendo por base esses dois eixos, encontramos cinco possíveis comportamentos individuais, influenciados por diferentes fatores internos e externos. Assim, por um lado, atendendo ao grau de assertividade a atuação pode ter uma maior motivação individualista (competir) ou nula (evitar). Por outro lado, atendendo ao grau de cooperação, pode haver uma total preocupação com a relação ou relacionamento (ceder) ou uma vontade de resolver a situação rapidamente, abdicando parcialmente da sua satisfação (conceder ou combinados). Por fim, a motivação pode ser justificada com o objetivo de construir as melhores soluções para si próprio, enquanto indivíduo, e para a relação ou relacionamento como um todo, no sentido de respeitar e procurar o que é efetivamente melhor para cada um individualmente, respeitando assim a vontade dos demais intervenientes, procurando alcançar o que é melhor para todos (consenso).

Respeitando que cada pessoa tem a capacidade de reagir através de uma das cinco possíveis formas, dependendo de como valoriza os dois eixos mencionados, precisamos entender e reconhecer que o “mero desconforto” pode evoluir e se transformar em conflito. Da mesma forma, é possível que alguns conflitos escalem para litígio. Sucede que, maioritariamente, quando estes casos de litígio ocorrem, por regra de modo quase exclusivo, as situações são

levadas para uma terceira pessoa que goza de influência ou poder de decisão sobre os intervenientes. Alguns exemplos desta terceira pessoa que é escolhida para resolver os conflitos ou litígios são, inicialmente pais, educadores e familiares, em seguida, durante a idade escolar, professores e auxiliares de educação, para na fase posterior de integração no mercado de trabalho essa posição de terceiro ser assumida pela chefia ou superior hierárquico. Assim, ao longo da vida, nas diferentes etapas etárias e da nossa integração na sociedade existem diferentes terceiros, mas todos com a mesma função: decidir como resolver situações em relação ao outro. Ou seja, a autonomia da vontade do próprio indivíduo, por regra, não é estimulada, nem sequer escutada, razão pela qual esta competência social precisa de ser ensinada, entendida e respeitada.

Diversas pesquisas e estudos na área comportamental permitem afirmar com segurança que as divergências inter-relacionais começam a acontecer desde cedo. Por este motivo o ser humano tem uma tendência natural a considerar que entende sobre conflitos e que sabe, de forma inata, o que fazer para os resolver. Considerado como um dos pilares do Triângulo Consensual, é imprescindível e necessário ultrapassar crenças limitantes, para possibilitar uma visão ampla, abrangente e integrativa, importando ser estudado, questionado, desenvolvido e aprofundado.

Compreender e interiorizar que o conflito não é bom nem mau, exige que se compreenda que a situação vivenciada provoca e causa ao sujeito algo desgastante e por vezes arrasador, sendo importante entender a diferença entre subjetividade (sentir) e objetividade (ser ou estar) das situações vivenciadas. Esta é uma das conclusões construída tendo por base os conceitos desenvolvidos através da moderna teoria do conflito, com uma enorme influência de Mary Parker Follet, apresentando o mesmo como inevitável às relações humanas, atendendo a diferentes percepções sobre a situação. Ora, constatar a inevitabilidade do conflito nas interrelações, precisa ser ensinada e internalizada, para a tomada de consciência individual e coletiva sobre a possibilidade de aceitar essa situação (conflito) como oportunidade de desenvolvimento, transformação e mudanças, potencializada através do debate e diálogo com foco na construção de consensos.

Aprofundando conhecimentos, bem como desenvolvendo habilidades e concretizando tudo isso por meio de atitudes efetivas, será possível afirmarmos que é possível desde cedo sermos detentores e desenvolver competências sociais sobre conflito, que nos vão possibilitar, designadamente, identificar a diferença entre posição (o que diz querer), interesse (o que motiva a querer ou recusar), necessidades (o que efetivamente precisa para ficar atendido) e valores (relacionados com a essência da individualidade). Assim, se por um lado é importante conseguir separar pessoas de problemas, por outro é essencial conseguir realizar uma observação da situação, sem julgamentos ou avaliações prévias, identificando efetivamente todos os elementos necessários para elaborar o mapeamento do conflito mais completo possível.

Outro pilar estrutural do Triângulo Consensual é a comunicação. Afinal, maioritariamente confundimos comunicação com saber falar, ou ter uma boa oralidade e capacidade de convencimento de terceiros. Assim, da mesma forma que consideramos ter conhecimento inato sobre conflito, maioritariamente, também julgamos que somos peritos em comunicação, mas precisamos dar atenção a esse tema e tomar consciência destas situações, pois existem diversas crenças limitantes relacionadas com a comunicação que vai muito além do ato de falar e de ouvir.

Tendo por base o conhecimento comum de todos os elementos necessários para que a comunicação aconteça, não resta qualquer dúvida de que comunicar é algo maior do que falar e ouvir. Na verdade, por comunicação entenda-se as diferentes formas de perceber o outro e reagir perante essa percepção individual, incluindo ali não apenas o que é apresentado, mas também a forma e o modo como é colocado, ou seja, o que apresenta, como apresenta e de que forma é realizada essa manifestação, seja por palavras, sons, gestos, entoação, ou simplesmente por meio do silêncio, entre outras possibilidades. Demonstrando o quanto este tema vem sendo trabalhado e aprofundado ao longo das últimas décadas, Paul Watzlawick (1921-2007) definiu alguns axiomas da comunicação, dos quais damos especial destaque aos seus estudos onde confirma que é impossível não se comunicar, na medida em que toda a expressão é uma forma de se comunicar. Ou seja, o comportamento não tem oposto, não existe não comportamento. Tendo por base este axioma podemos concluir que comunicar não é uma arte, nem uma característica inata, e menos ainda algo que só algumas pessoas conseguem realizar, mas sim uma competência que precisa de ser desenvolvida e pode ser potencializada por meio de conhecimentos, habilidades e atitudes. Atendendo à relação de interdependência entre conflito e comunicação já confirmada podemos afirmar o quanto é relevante desenvolver competências necessárias para realizar uma comunicação integrativa empática, porquanto ela tem o principal foco na incorporação, inclusão, inserção, assimilação, agregação, adaptação ou, no mínimo, aproximação de diferenças. Assim, quanto mais cedo a mesma for desenvolvida melhor serão as relações entre os sujeitos envolvidos em situações de divergências. Competências integrativas estão diretamente relacionadas com a capacidade dessas pessoas conseguirem incluir ideias, opiniões e pretensões diferentes ao todo, ou mesmo que divergentes entre si sejam capazes de agregar oportunidades de crítica e reflexão. Ali, todas as ações visam compreensão, entendimento e esclarecimento dos intervenientes, sendo necessário autoconfiança para comunicar em situações de incomunicação, superando dificuldades de compreensão das divergências, por meio de uma linguagem respeitosa sobre diferentes posições, onde se exige um controle e gestão das emoções para conseguir manter ativa uma comunicação racional dentro do manifesto irracional que por vezes ocorre. A prática de uma comunicação integrativa implica competências de oralidade, assertividade, autoridade, empatia e escuta. Sobre assertividade e empatia importa realizar algumas consi-

derações para reforçarmos a diferença entre assertividade e arrogância, assim como entre autoridade e autoritarismo.

Complementarmente quando abordamos e desenvolvemos este pilar do Triângulo Consensual é, igualmente, importante aprofundar e desenvolver o conceito da empatia que é possível realizar através da comunicação. Comunicar com empatia corresponde à demonstração efetiva de uma competência comportamental importantíssima, que diz respeito à interação e conexão com o outro, bem como à forma como se lida com o próximo. Aqui impõe-se, desde logo, afirmar que empatia e simpatia podem ter alguma relação, mas, definitivamente, não são sinónimos para a nossa prática. Com igual relevância também precisamos afirmar que atuar com empatia não deve ser definido como ser capaz de se colocar no lugar do outro, pela simples razão que ninguém é o outro. Empatia pressupõe conexão.

Neste sentido, podemos afirmar que, em situações onde é necessário criar conexão, ter competências de empatia é fundamental, desde logo porque, diferentemente, nessas mesmas situações a simpatia cria desconexão e afastamento. Empatia pressupõe que o sujeito seja capaz de desenvolver competências de acolhimento, afago positivo e tudo isso por uma ação genuína e autêntica, onde é mais adequado afirmar “não sei o que está sentindo, mas estou aqui para o que precisar”, do que dizer “é muito mau viver essa situação”.

Da mesma forma que comunicação não é arte, nem característica exclusiva de quem nasceu com o dom inato de comunicar, fazê-lo de forma assertiva e empática é possível para todos, sendo necessário estudar, desenvolver, aprimorar e praticar. Inclusive, existem diferentes tipos de empatia que podem ser explorados de acordo com os objetivos que se pretende alcançar. Exatamente isso.

Comunicar impõe o desenvolvimento de competências relativamente a falar e escutar, que vão para além do convencimento e simpatia. Na verdade, ter competências para realizar uma comunicação integrativa empática significa ser capaz de entender e reconhecer a perspectiva do outro como verdadeira, dentro do ponto de vista e percepção do outro, com a certeza de que entender e reconhecer esse entendimento não significa aceitar, nem concordar com o mesmo. Para alcançar o melhor resultado que a comunicação integrativa empática possibilita, importa conseguir se relacionar e agir com ausência de julgamento, observando e reconhecendo as emoções do outro, para em seguida conseguir se comunicar com essas emoções.

O psicólogo e académico Marshall Rosenberg (1934-2015) desenvolveu um método comunicativo denominado de Comunicação Não-Violenta que vem servindo de guia para a resolução de conflitos em diversos países ao redor do mundo, nos diversos continentes. Segundo ele, é de nossa natureza humana gostar de dar e receber de forma compassiva, tendo dedicado grande parte do seu estudo para entender sobre o que acontece que nos desliga dessa nossa natureza, levando-nos a nos comportarmos de maneira violenta e baseada na exploração das outras pessoas. Assim, como se aprofundou sobre

o que, inversamente, permite que algumas pessoas permaneçam ligadas à sua natureza compassiva mesmo nas circunstâncias mais penosas. Para além de outras conclusões, absolutamente fascinantes, nos seus estudos conclui e partilha, de forma sumária, que é preciso ter paciência e saber escutar o seu semelhante, bem como ter consciência que a compreensão intelectual bloqueia a empatia.

A comunicação integrativa empática, incluída e presente no Triângulo Consensual, pressupõe a vontade e capacidade de desenvolver diversas técnicas e ferramentas relacionadas com oralidade assertiva e escuta empática, pegando emprestado e incluindo além da mencionada CNV - Comunicação Não-Violenta, PNL - Programação Neurolinguística, 5W2H - lista de verificação sobre exequibilidade de combinados e compromissos assumidos, entre tantas outras técnicas e ferramentas disponíveis para alcançar resultados com maior qualidade e rapidez na advocacia consensual em ação.

Desenvolver competências de comunicação integrativa empática, pressupõe saber realizar uma atuação diferenciada perante impasses e barreiras, bem como saber como conseguir ultrapassar resistências ao diálogo. Acresce que, por meio da concretização desta modalidade de comunicação, se desenvolve uma visão abrangente das diferentes percepções da mesma realidade, o que potencializa a capacidade de proporcionar um trabalho onde será aplicada uma visão prospectiva, ou seja, com foco no futuro, estimulando a concretização da efetiva autonomia da vontade, consciente e informada. Aqui, o reforço sobre a importância e imprescindibilidade da presença e atuação da advocacia é vital, ficando reforçado que o ato de saber comunicar de modo técnico e profissional é essencial para a atividade de advogar, bem como para o bem maior a que a mesma se propõe de pacificação e estabilidade social, por meio da qual serão transmitidos desejos, anseios, ideias, medos, informações, expectativas e tudo o que impacta na inter-relação que necessita da atuação de advogados(as).

Como terceiro pilar encontramos a negociação, tema este que precisamos aprender é que todos nós negociamos a todo o momento, durante todo o dia, em todos os dias, o tempo todo. Porém poucos se enxergam como negociadores, e menos ainda se apresentam com efetiva experiência em negociação. É efetivamente necessário o desenvolvimento de competências específicas para que uma pessoa deixe de repetir modelos e passe a realizar negociações mais efetivas.

Numa abordagem dual, encontraremos dois grandes modelos negociais. Por uma lado, uma negociação distributiva, muito relacionado com a assertividade e pragmatismo individual, com um modelo no qual os intervenientes acreditam no bolo de fatia fixa, sendo ali o foco conseguir o melhor resultado individualmente. Por outro, utilizando uma abordagem integrativa das diferentes percepções, por meio de cooperação, os intervenientes colaboram entre si em busca de benefícios para todos os intervenientes, onde a ideia principal é a de que o que é bom para o indivíduo precisa de ser bom para todos,

sendo o foco a construção de soluções agregadoras. Apesar de aparentemente ser óbvio qual dos dois conceitos oferece maior satisfação, com real eficiência e eficácia, o modelo de negociação mais usado nas inter-relações ainda é o de negociação distributiva, em especial a denominada negociação por posições ou barganha. Contudo, atendendo a que não é o único modelo e encontra-se cada vez mais em desuso, em especial tendo em consideração o que vem sendo desenvolvido e trabalhado ao longo das últimas décadas pelo meio acadêmico e relacional, em relação aos modelos de negociação integrativa, importa desenvolvermos aqui o que aparentemente poderia ser óbvio, mas na prática não é. Diferentemente, através de uma abordagem tridimensional incluiremos um outro modelo de negociação consensual, onde propomos a possibilidade da realização de uma negociação por valores. Este modelo inclui uma visão integrativa de micro e macro sistemas sobre o contexto da situação, reconhecendo como imprescindível a necessidade de trabalhar a interconexão dos intervenientes como elemento preponderante, independentemente do grau de proximidade ou intimidade. A proposta metodológica que este modelo desenvolve e apresenta tem como foco que cada interveniente precisa conseguir manter-se focado na construção de soluções para o outro, onde o próprio terá uma intervenção que não lhe trará qualquer prejuízo, numa lógica circular de continuidade, sempre que seja interessante para os intervenientes manter, melhorar, não prejudicar ou iniciar uma relação ou relacionamento. Utilizando-se dos conceitos trazidos pela ferramenta Triaxial, sobre os 3E's de valores de Simon Dolan, a partir de três eixos diferentes de conjuntos de valores possibilita identificar o valor dos valores e conectar diferenças criando maior valor acrescentado. Assim, segundo este modelo de negociação potencializa-se aos intervenientes num conflito, com interesses percebidos como incompatíveis e inconciliáveis, compreenderem o significado e impacto dos valores presentes em suas vidas pessoais, sociais e profissionais, atendendo ao contexto vivenciado, potencializando a realização de escolhas conscientes e informadas.

Conflito, comunicação e negociação correspondem aos nossos três pilares, sem ordem, nem hierarquia, mas com interdependência, bem como uma certa sequência, na medida em que apenas consigo negociar efetivamente após entender e dominar tecnicamente o conflito e a comunicação.

Criação de uma nova cultura

Na atualidade teoricamente evoluímos muito relativamente ao tema conflito, destacando Mary Parker Follett (1868-1933), pelo seu pioneirismo na criação de um sistema de gestão participativo e inclusivo, desmistificando o conflito como inevitável. Foi exatamente o desenvolvimento das suas teorias que romperam com o pensamento dominante do momento, representado pela divisão de tarefas (taylorismo) e pela criação de cadeias de trabalho aplicadas por Henry Ford (1863-1947), em especial na área da administração, ou seja, nas relações trabalhistas e organizacionais.

Sobre comunicação, também temos um conjunto imenso de autores para lembrar e reconhecer, escolhendo aqui dar especial destaque a Marshall B. Rosenberg (1934-2015), pela simplicidade e eficácia com que nos brinda, por meio de inúmeras contribuições nos ensinando a importância, dimensão, significado e alcance do poder da empatia, com o próprio e com terceiros, desmistificando temas como emoções, sentimentos e vulnerabilidade. Autor no modelo e metodologia para realizar uma comunicação não violenta em 4 passos numa linguagem pedagógica e lúdica, deixou um valioso legado para o campo da conflitologia, da comunicação, e da negociação.

De igual modo uma especial referência para o quanto a negociação ganhou com os conceitos da teoria de negociação com ganhos mútuos através da aplicação dos 4 princípios e trabalho dos 7 elementos, destacando as contribuições trazidas pelo Projeto de Negociação de Harvard, que corresponde a um consórcio acadêmico formado por quatro renomadas universidades situadas no Estado de Massachusetts - EUA (Massachusetts Institute of Technology (MIT), Faculdade Simmons, Faculdade Tufts e Harvard), liderado por Roger Fisher (1922-2012), a quem devemos efetivamente fazer referência e os devidos agradecimentos por toda a sua contribuição nesta mudança que precisamos continuar a concretizar e desenvolver na negociação, de um modelo mental distributivo, para um outro integrativo.

Hoje, podemos afirmar que o desafio encontrado na prática da gestão e resolução de conflitos inter-relacionais, de forma recorrente, está majoritariamente relacionado com sistemas de crenças e propósitos, ou pretensões individuais dos intervenientes, que nem sempre estão claros ou conectados, para além de que muitas vezes contém enraizados paradigmas competitivos e preconceitos sobre comportamentos consensuais. A construção de consenso proposto pelo modelo de negociação por valores, integrado no Triângulo Consensual, impõe a necessidade de estabelecer uma comunicação empática e assertiva. Trabalhar de acordo com o Triângulo Consensual e o modelo triaxial de valores durante uma negociação, impõe ser capaz de identificar o conjunto de valores que precisam ser trabalhados e alinhados. Ali, a clareza de informação, bem como formação de qualidade, auxilia a ultrapassar preconceitos, barreiras, impasses, paradigmas e mitos. De igual modo, a falta de comunicação e conexão dos intervenientes afeta a continuidade das relações, bem como dificulta o êxito da negociação. O modelo de negociação por valores entende que saber trabalhar valores, com congruência e coerência, permite alcançar, manter ou aumentar os objetivos pretendidos, sejam de: sobrevivência (económico-pragmáticos com ético-sociais); sensibilidade (ético-sociais com emocionais-desenvolvimento) ou inovação (económico-pragmáticos com emocionais-desenvolvimento).

Deste modo, verifica-se a necessidade de introduzir estes conceitos na educação, por meio de projetos de Mediação Escolar, procedendo desde cedo à identificação de valores, habilidade negocial, criatividade, gestão emocional e respeito à autonomia da vontade dos intervenientes, além de atitudes dife-

renciadas face à necessária resolução mais adequada para a situação. Consequentemente, teremos a efetiva criação de uma nova cultura através do Triângulo Consensual nas relações educacionais.

Conclusão

Tal como a Mediação *lato sensu*, a Mediação Escolar é uma forma de resolução de conflitos, voluntária e confidencial, não imposta às partes em litígio. No entanto, mais do que resolver conflitos em contexto escolar, visa capacitar as crianças de hoje, adultos de amanhã, e sensibilizar a humanidade, que faz parte da vasta comunidade escolar, sobre a importância de saberem e conseguirem, por si e entre pares, prevenir, gerir e resolver, os diferendos com que se deparam de forma pacífica, cooperativa e definitiva, através do diálogo, compreensão e respeito absoluto pelos interesses e necessidades das partes envolvidas.

A realização de projetos em Portugal com alunos de 10 anos de idade, numa escola básica, sobre o importante tema da resolução de conflitos através da mediação, permitiu entender o significado do conceito de justiça e a importância do desenvolvimento de competências sociais. Começar pela educação e capacitação de jovens e adolescentes será o melhor caminho para alcançar a curto prazo uma sociedade mais consciente da importância desta temática, e a médio prazo conseguir que grande parte dos conflitos possam ser dirimidos sem recurso aos tribunais, descongestionando-os de forma visível e elevando os níveis de pacificação social.

De igual modo a concretização de diversos projetos no Brasil, com alunos de diferentes faixas etárias, possibilitou a confirmação de que a educação, independentemente da idade dos intervenientes nos projetos, é o principal fator de humanização das relações e criação de uma efetiva cultura de pacificação das relações, funcionando o Triângulo Consensual como orientador de conteúdos essenciais para uma melhoria significativa das relações educacionais.

Referências

ARIÉS, Philippe. História Social da Criança e da Família. Editora LTC, Rio de Janeiro, 1981.

Carneiro, R. (2205). Aprender e Educar no século XXI. In RBPAAE, n. 21

DOLAN, Simon L. Coaching por valores. Um guia para o sucesso da vida nos negócios e no negócio da vida. Editora Book 7, 2012

FOLLETT, Mary Parket. Creative Experience. University of Florida. LONGMANS, GREEN AND CO. First Edition April 1924, Reprinted January 1930.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In. Penguin Books, 1983.

MOORE, C. W. (1998) O processo de mediação – Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos. Porto Alegre: Artmed.

NASCIMENTO, M. M. Dulce. Clube Mediação – Transformar sonhos em realidade. Chiado Editora. 2013.

NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. Mediação de Conflitos na Escola - Projeto aplicado na infância com integração de idosos - Artigo aprovado pelo Global Mediation Forum, Rio de Janeiro. 2014. Disponível em http://www.academia.edu/11463473/MEDIA%C3%87%C3%83O_FAMILIAR_INF%C3%82NCIA_IDOSO_E_G%C3%8ANERO_-_GT_6_-_Global_Mediation_Rio_-_2014

NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. Mediação: inovações e oportunidades para a advocacia. In: Anais da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira: em defesa dos direitos fundamentais: pilares da democracia, conquistas da cidadania, São Paulo, 27 a 30 de novembro, Volume 2 (pág. 155-172), 2017

NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. Negociação por valores - Resolução estratégica de conflitos em momentos de crise. In Anais de Artigos Completos do V CIDHCoimbra 2020 - Volume 5 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] - Campinas/Jundiaí: Editora Brasílica / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021. 466 p. Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020 - e.ISBN Coleção Global Mediation Rio 2014 - ISBN: 9786589537052 - pág. 335 a 348

NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. Via consenso, E-book publicado e disponível em <https://dulcenascimento.online/1ebook> consultado em 22.11.2020

NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. A extinção da advocacia como você conhece [livro eletrônico]/ por Dulce Nascimento. Belo Horizonte: Ed. da autora, 2021 - ISBN 978-65-00-27740-1

ROSENBERG, Marshall, Comunicação Não Violenta. São Paulo: Ágora, 2006.

VEZULLA, Juan Carlos. Mediação de conflitos com adolescentes atores de atos infracionais. Florianópolis: Habitus, 2006.

O USO DE MÉTODOS DIVERSOS PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS, COLABORAM PARA O ALCANCE DE SOLUÇÕES EFETIVAS, JUSTAS E CÉLERES, ATINGINDO A PACIFICAÇÃO E A JUSTIÇA SOCIAL

Lucilaine Braga Luciano Candido Martins

Graduada em Direito pela Universidade Paulista UNIP, pós-graduada em Direito Empresarial, especialista em Compliance, mediadora e conciliadora pela Escola Paulista de Magistratura.

Resumo:

Os pontos positivos na humanização de usos de métodos diversos para a solução de litígios, buscam atingir a pacificação e a justiça social. O artigo 166 do novo CPC elenca os seguintes princípios informativos da conciliação e da mediação: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. Discutir a resolução de conflitos por métodos diversos, através da humanização, é um exercício de reflexão acerca de alternativas à justiça tradicional vigente e seus resultados as vezes insatisfatórios para a promoção de uma sociedade mais justa, é revisar os alicerces das relações interpessoais cotidianas e até mesmo as bases do modelo de sociedade construído e reconstruído constantemente nessas relações sociais. Alguns dados históricos da humanização da Justiça social e instrumentos diversos para a resolução dos conflitos. Meios empregados para a apuração do presente trabalho foram entrevistados de partes que utilizaram os Meios diversos para resoluções de conflitos.

Palavras-chave: Mediação; Direitos Humanos; Métodos diversos; Pacificação social.

Introdução

Quais pontos positivos na humanização de usos de métodos diversos para a solução de litígios, da qual atinjam a pacificação e a justiça social?

O artigo 166 do novo CPC elenca os seguintes princípios informativos da **conciliação** e da mediação: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Discutir a resolução de conflitos por métodos diversos, através da humanização, é um exercício de reflexão acerca de alternativas à justiça tradicional vigente e seus resultados as vezes insatisfatórios para a promoção de uma sociedade mais justa, é revisar os alicerces das relações interpessoais cotidianas e até mesmo as bases do modelo de sociedade construído e reconstruído constantemente nessas relações sociais.

Alguns dados históricos da humanização da Justiça social e instrumentos diversos para a resolução dos conflitos, inicialmente se deram na década de 90, nasceu a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), que avançou com o reconhecimento da **Conciliação** como um meio para a solução dos conflitos de menor escala, preparando o terreno para a adoção legislativa da **Mediação**, quase 20 anos depois.

A humanização se dá no momento em que um terceiro capacitado para o ato, com formação para tal, sem interesse no objeto do litígio, imparcial, inicia uma tentativa de acordo, sem a real necessidade de uma sentença.

Essa humanização tem por objetivo fazer com que as partes interessadas consigam olhar o conflito por um outro ângulo. No Brasil temos usado métodos diversos para a resolução de conflitos, da qual tem alcançado soluções efetivas, justas e céleres, atingindo a pacificação e a justiça social.

No Direito contemporâneo a autotutela é um instituto exclusivista, uma vez que, cabe ao Estado, de forma única, exercer a jurisdição e dizer o que de direito. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro admite exceções, a autotutela pode ser usada como autodefesa de direitos previstas em lei.

Os principais métodos utilizados no Brasil são: Conciliação, mediação e arbitragem, que visando o desafogamento de processos no Judiciário, a busca por soluções efetivas, justas e céleres, que atingiriam a pacificação e a justiça social.

Com a missão de aperfeiçoar o sistema judiciário brasileiro, o CNJ implantou, de maneira definitiva, os métodos consensuais de resolução de conflito na engrenagem da Justiça brasileira ao criar a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (Resolução CNJ n. 125/2010), considerada um marco regulatório nesse tema. Ela rendeu frutos expressivos: a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e a mudança no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), prevendo o oferecimento da conciliação, etapa obrigatória na tramitação do processo.

O (CNJ) criou o Movimento pela Conciliação e começou a contabilizar o número de acordos fechados com ajuda dos métodos auto compositivos, e até 2021, ao menos **15 milhões** de conflitos já foram solucionados sem envolver uma sentença. Tal dado é extraído dos Relatórios Justiça em Números e dos resultados das 14 edições da Semana Nacional da Conciliação, também parte da política judiciária nacional implementada pelo CNJ. Nela, os tribunais são incentivados a promover o encontro entre as partes para a obtenção de acordos nas fases pré-processual e processual.

Houveram 3,9 milhões de acordos homologados em 2019, segundo

CNJ. 12,5% de processos judiciais foram solucionados via conciliação e mediação.

O segmento que mais promoveu conciliações no decorrer de 2019 foi a Justiça do Trabalho, que solucionou 24% de seus casos por meio de acordo. Esse número de processos julgados sobe para 39% caso seja considerado apenas a fase de conhecimento de 1º grau.

O autor, Christopher W. Moore aduz que, as tradições judaicas de solução de conflitos foram transportadas para as comunidades cristãs emergentes que olhavam Cristo como mediador supremo. Tal afirmação, é possível encontrar no livro de I Timóteo, capítulo 2, versículos 5 e 6, da Bíblia sagrada.

Da importância da resolução de conflitos por instrumentos diversos

O significado da humanização de um terceiro imparcial, conduzirá as tratativas entre as partes envolvidas na controvérsia para que os interessados comunguem em um acordo uniforme, efetivo e justo.

Os facilitadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução nº 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

A paz, é definida como a ausência de guerra, entretanto, na visão contemporânea, a paz não é tida simplesmente a ausência de litígios, mas um status dinâmico e na maioria das vezes positivo e integrativo, que favorece a comunicação e a solução dos conflitos num espírito de compreensão e de cooperação mútuas (ONU, 1999), em os entraves da sociedade.

Casos reais das quais tiveram as resoluções dos conflitos através dos métodos diversos.

Para a realização de parte desse presente estudo, foram entrevistadas pessoas físicas e jurídicas das quais possuíam conflitos à serem resolvidos, mas por motivos diversos tinham a intenção e a boa vontade em tentar resolvê-los através dos métodos diversos, sendo esses: conciliação, mediação ou arbitragem.

Os entrevistados foram partes em litígios nas cidades de Campinas e Sumaré, ambas no Estado de São Paulo/Brasil. As pesquisas foram realizadas por reuniões virtuais com clientes de um escritório de advocacia.

Foram ouvidos os testemunhos de três partes, sendo essas: Uma advogada conciliadora que exerce a função humanizada de conciliadora em um Juizado Especial Civil a mais de dez anos, relata ter orientado mais de mil conflitos de interesses e conclui que nos casos da qual participou, o Juiz por mais atencioso, capacitados e humanos na questão de empatia, não teriam o mesmo resultado, haja vista não poderem conduzir, direcionar, tomar parti-

do, mostrar o caso por um ângulo diferenciado às partes, pois o mesmo nem tampouco teria tempo para as audiências muitas vezes longas, dado ao desconhecido número de processos que estariam para seu julgamento, assim sendo sua sentença seria pautada em Leis, que na maioria das vezes uma das partes sempre sairia descontente.

Acredita-se que os meios diversos para a solução de conflitos, dão a oportunidade para as partes conversarem, interagirem, mostrarem pontos onde estão suas fragilidades e as que entendem ser o ponto crucial do seu direito pleiteado, da qual o terceiro condutor da Justiça humanizada, conduz essas tratativas e um possível acordo.

Lembra ainda de um caso em que eram as seguintes partes: Um proprietário de um veículo de luxo, sendo essa uma Mercedes do ano e um garçom que estava atrasado para o trabalho.

Quando o requerido explicou que estava atrasado para o trabalho, que teve um dia terrível, precisava pagar um débito e não havia conseguido adimplir, ela notou que o requerente deu uma baixada na guarda, e nesse momento ela percebeu que poderia iniciar as tratativas de um possível acordo.

Após várias propostas, o Requerente teve ciência de que a parte contrária auferia pouco mais de um salário mínimo mensal, e propôs de que o mesmo pagasse o dano em 24 parcelas de uma pequena quantia que não comprometeria sua subsistência. Ficou constrangido em tomar para si o tal valor e consignou que deveria ser encaminhada mensalmente as prestações para uma instituição social.

Esse foi um caso de sucesso, em que ambos chegaram a um consenso de Justiça, de equidade e porque não falar em solidariedade.

O segundo testemunho foi de uma parte que tinha um conflito de interesses entre ela e o prestador de serviços, dá a mesma qual ingressou com o processo no Juizado especial civil, e na audiência de conciliação chegaram a um denominador comum em seus interesses, pois essa tinha pressa na conclusão do possível direito, necessitada que a prestação de serviço fosse concretizada antes do nascimento de sua filha, e que a morosidade do Judiciário traria prejuízos e até mesmo difícil reparação.

Lembra que a mediadora foi crucial, mostrando os prós e contras do não acordo naquele momento, colocando na balança da consciência das partes o quanto poderia ser prejudicial para a parte sucumbente, sendo que um razoável acordo poderia trazer benefícios para ambas as partes.

A requerente havia comprado peças para o guarda corpo e corrimões de uma escada de sua residência, e a mesma estava enferrujando, sendo que o material vendido não poderia sofrer essa alteração de estado de conservação, principalmente pelo curto espaço de tempo desde sua instalação, após várias propostas, saídas do preposto da empresa da audiência de conciliação para autorização da empresa que representava à fim de firmar um acordo, chegaram a uma resolução do conflito pelo método da conciliação.

Após o prazo determinado, foi noticiado a concretização da obrigação

pelo requerido.

O derradeiro depoimento, relata o quão foi útil a resolução do conflito por métodos diversos do trivial, pois se tratava de um caso em que seria necessária perícia e a parte teria que desembolsar alta quantia em elaborações de laudos, e não possuía poder financeiro para tal, onde ingressou com seu pedido de tentativa de acordo através do CEJUSC e foi solucionado o litígio, dando a oportunidade para a parte convidada, retificar o seu erro.

Se tratava de um imóvel que estava com rachaduras com pouco tempo de uso, e a cada dia a trinca aumentava e tecia nervuras pela parede de dois cômodos da residência.

Sabemos que laudos desse nível custam elevados valores e a parte requerente não tinha condições de arcar com os custos, vez que não era beneficiária da gratuidade da Justiça.

Nesse caso ansiava a requerente por um acordo, decidiram que ela abriria mão de derrubar a parede e o requerido se comprometeu a reformar a mesma e dar assistência caso voltasse a rachar, pelo prazo pactuado inicialmente em contrato.

Os profissionais gabaritados para as audiências de resoluções de litígios de modos diversos dos costumeiros, costumam avaliar que mesmo que não ocorra a solução nesse encontro, houve a exposição de sentimentos, de explicações porque se sentem no direito de pleitear em Juízo tais situações, já colocaram para fora seus achismos, já ouviram a parte contrária, concluindo que nenhuma parte sai igual à que entrou, após uma tentativa de resolução de conflitos por métodos diversos.

Métodos diversos de resoluções de conflitos aliados aos Direitos Humanos

Existe uma importância descomunal na capacidade que o Estado instituiu através do Poder Judiciário brasileiro, de resoluções de conflitos através de métodos diversos para a solução desses, são propostas virtuosas, que possibilitam a paz social, a satisfação pessoal das partes, a garantia dos Direitos Humanos e constitucionais aos cidadãos, dentro da legalidade e norteados pelos direitos intransponíveis dados à todos, uma resolução de conflitos mais célere, menos formal e mais humanizada.

Após a humanização, sentimentos são explicitados, são ouvidas as indignações de ambas as partes, e um intermediador sendo de qual esfera dos instrumentos disponíveis seja, tenta mostrar as posições que afetam cada um, passando a parte diversa olhar com outros olhos os problemas, como já dizia (Albert Einstein) “A mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao seu tamanho original”.

Trata-se, pois, da realização de um esforço teórico e humano, que se casam na busca da pacificação social, com a possibilidade de busca por distintas racionalidades para a solução de pendências.

O princípio constitucional do acesso à justiça é um direito fundamental previsto no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 – nossa atual constituição. Este direito garante a todos os brasileiros a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça.

A Constituição Federal, em seu capítulo II, artigo 4º, determina que compete ao CNJ incentivar a conciliação e a mediação. A Resolução CNJ n. 125 é uma resposta a essa demanda constitucional, essa resolução do CNJ, que institui a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse consolidou, em um normativo único, a política de busca pela solução pacífica dos conflitos.

Dentro da Resolução, se destaca a determinação aos Tribunais de Justiça acerca da implantação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs). Nesse sentido, os meios alternativos de solução de conflitos, constituem meios utilizados para se assegurar o efetivo acesso à Justiça.

O acesso à Justiça vai além do acesso ao Poder Judiciário, pois compreende o Acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais específicos. Cappelletti e Garth (1988, p. 11- 12) destacam que:

‘É reconhecidamente de difícil conceituação, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justo. (...)

O direito ao acesso efetivo tem sido reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode ser encarado como fundamental em um sistema jurídico contemporâneo e igualitário que garanta, e não apenas diga os direitos de todos.

Conclusões ou considerações finais

THOMAS HOBBS em O Leviatã trouxe que “o homem é o lobo do homem”, de modo que, quando os homens desejam algo em comum, mas não podem desfrutá-la igualmente, estes entram em conflito, por isso, de acordo com que a sociedade vai evoluindo, também há a necessidade da evolução do Direito e o desenvolvimento das modalidades de composição de conflitos.

A auto composição é uma METANÓIA SOCIAL, que se desenvolve através de uma mudança de mentalidade social, pois diferentemente da tutela jurisdicional que aponta quem ganha e quem perde, nessa, todos os envolvidos ganham, inclusive o Poder Judiciário, porque com tais práticas restabelece a confiança da sociedade em suas instituições.

Os métodos extrajudiciais para resolução de conflitos, principalmente aqueles que se utilizam da auto composição, enfrentam no Brasil duros obstá-

culos que precisam ser transpostos para sua plena aplicação.

Porém, diante de conflitos, existe vasta constatação de resultados positivos, mas ainda falta qualificar profissionais no Brasil para uso destas ferramentas e divulgar esses métodos de solução de conflitos, com o objetivo de que todos saibam se tratar de direitos erga omnes.

Além de fixar as regras para o desenvolvimento dos cursos de formação de mediadores judiciais e conciliadores, a Resolução CNJ n. 125/2010 dispõe ainda sobre o Código de Ética e sobre as regras que regem o procedimento da mediação judicial e da conciliação.

O Estado visando a celeridade processual e a pacificação social, deveria oferecer mais cursos e ofertar remunerações aos pacificadores, seria assim muito mais vantajoso financeiramente ao Estado e muito mais distribuidor de direitos já assegurados aos cidadãos.

Enfim, a auto composição, de um modo geral, também é uma garantia ao acesso à justiça, TODOS têm seus direitos outorgados em nossa Constituição Federal preservados, garantidos.

Referências

ÁVILA Henrique, “ET ALII”, **Desjudicialização, Justiça Conciliativa E Poder Público**, Revista dos Tribunais; Nova Edição^a (28 janeiro 2021)

CAPPELLETTI, Mauro; **GARTH**, Bryant. Acesso a justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FOLBERG, Jay, Development of Mediation Practice in the United States

http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/Iurisictio

FOLGER, P. Joseph, “A evolução e avaliação da mediação no Brasil: questões chave para analisar o projeto e a implementação da prática,” In BRAGA NETO, Adolfo. Mediação – uma experiência brasileira, 2017, CLA Editora, pág. 71 a 86

GRUNVALD, Astried Brettas. A mediação como forma efetiva de participação social no Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi. Teresina, ano 8, n. 289, 22 abr. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5117> > Acesso em 22 abr. 2017.
_16/iurisdictio_016_002.pdf

<http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/667.pdf>

DESJUDICIALIZAÇÃO E TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS: UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Otávio dos Santos Barbosa

Graduando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Técnico em Administração pelo Centro “Paula Souza”. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo

Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia

Doutoranda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Professora Universitária e Advogada

Resumo:

No decorrer dos anos, o Estado foi assumindo, gradativamente, o encargo de promover a pacificação dos conflitos, individuais e coletivos, oriundos das interações sociais. No Brasil, todavia, a ideia de que todo e qualquer direito ameaçado ou lesado pode ser levado à apreciação do Poder Judiciário, de forma incondicionada e irrestrita, ocasionou a chamada crise numérica do sistema judiciário. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo traçar considerações acerca dos caminhos alternativos à via judicial, a fim de promover um tratamento mais adequado às controvérsias e, conseqüentemente, desafogar o sistema judiciário; e destacar a importância de se realizar uma releitura do princípio constitucional do acesso à Justiça, a fim de que o processo judicial deixe de ser visto como a única forma de resolução dos conflitos e passe a ser buscado tão somente quando a tentativa de solução extrajudicial falhar, ou quando o acesso aos meios extrajudiciais for extremamente difícil.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Crise numérica; Métodos alternativos; Tratamento adequado dos conflitos.

Introdução

Através do exercício da atividade jurisdicional, o Poder Judiciário brasileiro desempenha, na atualidade, um importante papel na busca pela solução dos conflitos, individuais e coletivos, oriundos das interações sociais.

A leitura equivocada do princípio constitucional do acesso à Justiça, todavia, fez com que o Estado atraísse para si o encargo de promover a pacificação de todo e qualquer conflito, de forma incondicionada e irrestrita, o que resultou na chamada crise numérica do sistema judiciário.

A enorme quantidade de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário, que no final de 2019 contava com 77,1 milhões de processos em tramitação, segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), resulta na oferta de uma justiça de massa, estereotipada e funcionarizada, voltada à obsessiva extinção rápida dos processos.

Diante desse cenário de intensa judicialização, urge identificar caminhos alternativos à via judicial, dentre os quais se destacam os métodos consensuais de solução de conflitos, a fim de proporcionar um tratamento mais adequado às controvérsias e, conseqüentemente, desafogar o Judiciário, há muito sobrecarregado com miríades de processos.

Urge, também, promover uma releitura do princípio constitucional do acesso à Justiça, a fim de que o processo judicial deixe de ser visto como a única forma de resolução dos conflitos, e passe a ser entendido como apenas um dentre os vários métodos existentes.

Fundado nesses objetivos, o presente trabalho irá analisar como a grande quantidade de processos em tramitação no sistema judiciário, resultado da chamada cultura demandista, acaba por tornar a prestação jurisdicional cara, morosa, ineficiente e incapaz de solucionar as controvérsias de forma adequada e tempestiva.

Ademais, examinar-se-á o movimento de recuperação e valorização do uso dos métodos consensuais de solução de conflitos, como alternativa à solução adjudicada, com vistas a atribuir um maior protagonismo às partes na busca pela resolução de suas próprias controvérsias, sem que precisem, para tanto, recorrer ao Judiciário.

Por fim, será sugerida uma releitura do princípio constitucional do acesso à Justiça, a fim de que o Poder Judiciário deixe de ser utilizado de forma irrestrita e incondicionada, como se fosse o único meio de solução dos conflitos, e passe a ser visto como a última opção, a ser buscada apenas e tão somente quando a tentativa de solução extrajudicial falhar, ou quando o acesso aos meios extrajudiciais for extremamente difícil.

A crise do sistema judiciário brasileiro

O fortalecimento do Estado, aliado à conscientização da importância fundamental da pacificação social, levaram à afirmação da quase absoluta exclusividade estatal no exercício da função jurisdicional.

A partir de então, o Estado assumiu o monopólio da distribuição da justiça, atraindo para si o encargo de promover a pacificação de todos e quaisquer conflitos, individuais e coletivos, oriundos das interações sociais.

Para se desincumbir do encargo assumido, o Estado tem o dever de pro-

porcionar os meios adequados para a solução dos conflitos e os mecanismos necessários para garantir a efetividade de suas decisões, empenhando-se para produzir um resultado final de boa qualidade. Todavia, não é o que se vê na prática.

A propósito, Mancuso (2020, p. 70) comenta que

A assunção, pelo Estado-juiz, dos conflitos instaurados [...] não foi acompanhada de um igual empenho com a boa gestão da imensa massa de processos que foi se avolumando no acervo judiciário, de primeiro e segundo graus, assim como tampouco se atentou para um efetivo controle da efetividade da prestação jurisdicional, olvidando-se o aviso de que *a quantidade acaba por afetar a qualidade* (itálico no original).

Na atualidade, a oferta incondicionada e irrestrita de justiça estatal a todo e qualquer direito ameaçado ou lesado, legitimada por uma leitura ufanista e equivocada da garantia constitucional do acesso à Justiça, fomenta a litigiosidade, desestimula a busca por soluções autocompositivas e, ainda, sobrecarrega o sistema judiciário (MANCUSO, 2020).

O paradigma do acesso incondicionado e irrestrito ao sistema judiciário consolidou uma cultura social altamente beligerante, chamada de cultura demandista, pela qual se entende que toda e qualquer situação conflituosa pode ser levada à apreciação do Estado.

No Brasil, as consequências da judicialização exacerbada, corolário da cultura demandista, podem ser analisadas sob o aspecto quantitativo e sob o aspecto qualitativo.

No âmbito quantitativo, o grande número de processos em trâmite evidencia a sobrecarga e a ineficiência do sistema judiciário.

De acordo com o relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no final do ano de 2019 haviam 77,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva (BRASIL, CNJ, 2020).

Em 2019, ingressaram 30,2 milhões de novos processos no sistema judiciário, o que significa um aumento de 6,8% em comparação com o ano anterior. No mesmo ano, o volume médio de processos sob a gestão de cada magistrado foi de 6.962, o que representa um aumento de 13% em relação a 2018 (BRASIL, CNJ, 2020).

As despesas totais do sistema judiciário, em 2019, somaram R\$ 100,2 bilhões, o que corresponde a 1,5% do PIB e representa um aumento de 2,6% em relação a 2018. Em 2019, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 479,16 por habitante, R\$ 10,70 a mais por pessoa em comparação com o ano anterior (BRASIL, CNJ, 2020).

No ano de 2019, o tempo médio de duração dos processos, da inicial até a sentença, foi de 2 anos e 2 meses, da inicial até a baixa, foi de 3 anos e 3 meses e, dos processos que ainda estavam pendentes, foi de 5 anos e 2 meses

(BRASIL, CNJ, 2020).

Nota-se que a quantidade de processos em tramitação, o custo total do sistema judiciário e o tempo de duração média dos processos inviabilizam uma prestação jurisdicional que atenda aos anseios da sociedade de modo tempestivo e efetivo.

As consequências qualitativas, por seu turno, decorrem, em grande parte, das consequências quantitativas. É dizer, a quantidade de processos em tramitação resulta numa prestação jurisdicional de baixa qualidade.

O crescente e incessante aumento das demandas levadas à apreciação do Estado, já bem demonstrado acima, resulta na oferta de uma justiça de massa, estereotipada e funcionarizada, voltada à obsessiva extinção rápida dos processos (MANCUSO, 2020).

Nesse sentido, Mancuso (2020, p. 92) comenta que o sistema judiciário “se preordena a extinguir o processo e a crise jurídica, mas não assim a crise sociológica ou de outra natureza que remanesçam subjacentes e, não raro, depois se transmudam em novas controvérsias, perenizando o ambiente contencioso”.

Por mais comprometido que esteja em entregar uma prestação jurisdicional técnica, rápida, razoável e justa, o Estado não consegue solucionar os conflitos na sua inteireza, tendo em vista que o dissídio nuclear, muitas das vezes, está cercado de pontos conflitivos periféricos, que não são devidamente apreciados.

A duração média dos processos, de sua vez, também inviabiliza uma prestação jurisdicional de qualidade, à medida que a permanência de situações indefinidas resultam em angústia e infelicidade pessoal. Além do que, a manutenção da situação conflituosa por um largo período de tempo, tende a desgastar, ou mesmo por fim, à relação entre as partes.

Em suma, o sistema judiciário se mostra caro, moroso, ineficiente e incapaz de solucionar a enorme quantidade de demandas que lhe são apresentadas.

Identificada a crise do sistema judiciário, urge superá-la. Surgem, então, os métodos consensuais de solução de conflitos como “alternativa” à solução adjudicada, com vistas a proporcionar um tratamento mais adequado às controvérsias e, conseqüentemente, desafogar o sistema judiciário, há muito sobrecarregado com miríades de processos, conforme se verá a seguir.

Os métodos consensuais de solução de conflitos

Diante do assoberbamento do sistema judiciário, a sociedade moderna, espontaneamente ou por indução de políticas públicas promovidas pelo Estado, tem procurado por meios alternativos de solução de conflitos, especialmente pelos chamados métodos consensuais, dentre os quais se destacam a conciliação e a mediação.

Nesse sentido, Grinover (2007, p. 17) aponta que

Se é certo que, durante um longo período, a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurgiu hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo ou encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente.

Em verdade, os métodos consensuais de solução de conflitos não são novidade no Brasil, porquanto já eram contemplados na Constituição Imperial de 1824, que previa que “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”.

De sua vez, a Constituição Federal de 1946 também já previa e privilegiava os métodos consensuais de solução de conflitos, tendo criado na Justiça do Trabalho uma cultura voltada à conciliação das disputas que persiste até hoje.

De igual modo, o Código de Processo Civil de 1973 previa, em seus artigos 447 a 449, uma fase de conciliação antes do início da audiência de instrução e julgamento, quando o litígio versasse sobre direitos patrimoniais disponíveis. Posteriormente, o inciso IV do artigo 125 da antiga lei processual, incluído pela Lei n. 8.952/94, também passou a prever que competia ao juiz “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

Além das previsões já citadas, pode-se mencionar ainda a Lei 7.244/84, que criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas e que posteriormente foi revogada pela Lei n. 9.099/95, que criou os atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cuja atuação se pauta pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Por fim, destaca-se, nessa linha, a edição da Emenda Constitucional n. 45/04, que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a quem compete, nos termos do § 4º, do artigo 103-B, da Constituição Federal, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, e a partir da qual passou-se a desenvolver uma estratégia de estímulo à solução consensual de conflitos.

No âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 23 de agosto de 2006, ocorreu o lançamento do Programa Movimento pela Conciliação, que tem por objetivo contribuir para a efetiva pacificação de conflitos, bem como para a modernização, rapidez e eficiência da Justiça Brasileira (BRASIL, CNJ).

A partir do lançamento do Programa Movimento pela Conciliação, detentor do slogan Conciliar é Legal, diversas ações foram executadas para difundir e implementar a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos, reconhecidamente mais rápidos e eficientes, por todo território nacional.

Dentre tais ações, pode-se destacar o 1º Curso de Capacitação e Formação de Multiplicadores em Mediação e Conciliação, realizado entre os dias 24 a 26 de agosto de 2006, na sede do Superior Tribunal de Justiça, o 1º Dia

Nacional da Conciliação, realizado em 08 de dezembro de 2006, hoje transformado na Semana Nacional da Conciliação, durante a qual os Tribunais selecionam casos que tenham a possibilidade de acordo e intimam as partes para comparecer à audiência designada, e a instalação das Casas de Justiça e Cidadania, voltadas à composição consensual de litígios (BUZZI, 2011).

As ações levadas a efeito na esfera de atuação do Programa Movimento pela Conciliação culminaram na edição da Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça, baixada em 29 de novembro de 2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo Buzzi (2011, p. 47), promoveu “um novo formato de Justiça Nacional”, voltada à “implementação de métodos que tenham real capacidade de dar pronta solução, em tempo útil razoável, aos conflitos de interesses”.

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse, nos termos da Resolução, tem por objetivo assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Em meio às inovações instituídas, a Resolução previu a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), por cada Tribunal, cujas atribuições abrangem a implementação, no âmbito de sua competência, da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJESCs), a criação e manutenção de cadastros de mediadores e conciliadores, dentre outras.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJESCs), por sua vez, são responsáveis, nos termos da Resolução, pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

De acordo com o Relatório de Atividades 2019, divulgado pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possui, hoje, 288 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), onde, no ano de 2019, foram realizadas 358.277 sessões e obtidos 105.550 acordos pré-processuais e 90.511 acordos processuais (SÃO PAULO, TJSP, 2020).

É evidente, portanto, a importância dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) na concreção da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse, cujo objetivo maior, repita-se, é oferecer um meio mais adequado para a solução dos conflitos, com vistas à efetiva e tempestiva tutela de direitos (LUCHIARI, 2011).

Em arremate, destaca-se que, seguindo os preceitos estabelecidos na Resolução n.º 125/10 do CNJ, o atual Código de Processo Civil de 2015 consolidou a utilização dos métodos consensuais para a efetiva pacificação dos

conflitos, dedicando toda uma seção para tratar dos conciliadores e mediadores judiciais, que foram alçados ao status de auxiliares da Justiça, e prevendo a realização de uma audiência de conciliação ou de mediação, a ser designada antes mesmo de o réu apresentar contestação.

Apesar de toda essa mudança, a gravidade da crise numérica do sistema judiciário exige que desde já se impeça que todo e qualquer conflito seja levado à apreciação do Poder Judiciário, notadamente aqueles que podem – e devem – ser solucionados por outros meios que não o processo judicial. Para tanto, é necessário e urgente que se faça uma releitura do princípio constitucional do acesso à Justiça, conforme se verá a seguir.

A releitura do princípio constitucional do acesso à justiça

A crise numérica do sistema judiciário nacional, em grande parte, pode ser atribuída a uma leitura ufanista e equivocada do princípio constitucional do acesso à Justiça, segundo a qual se entende que todo e qualquer direito ameaçado ou lesado pode ser levado à apreciação do Poder Judiciário, de forma incondicionada e irrestrita.

Nesse sentido, Cury (2016, p. 502) comenta que

O conceito distorcido do direito fundamental de acesso à Justiça para solução da crise de direito material, pela via da ação e do processo, acabou por ser apropriado como um dado cultural e aspecto do exercício da cidadania, como se todo e qualquer problema, por mais trivial, somente pudesse ser tratado de modo adversarial.

Confunde-se, portanto, acesso à Justiça com o mero acesso ao Poder Judiciário.

O princípio ou garantia constitucional do acesso à Justiça se encontra previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Frisa-se, todavia, que tal dispositivo, em verdade, é dirigido ao legislador, e não aos jurisdicionados, porquanto seu objetivo precípuo é vedar ou impedir a edição de lei tendente a excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário.

É dizer, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, em verdade, proíbe que o legislador infraconstitucional exclua determinados conflitos ou atos jurídicos da apreciação judicial, tal qual ocorreu na história do Brasil com a Emenda Constitucional n.º 1/1969, que excluía da apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964; os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos; os atos de natureza legislativa expedidos com base em Atos Institucionais e Complementares; dentre outros .

Destarte, não se pode confundir a vedação contida no inciso XXXV do

artigo 5º da Constituição Federal com uma garantia de acesso incondicionado e irrestrito ao Poder Judiciário, dando ao dispositivo interpretação superdimensionada, irrealista e insustentável.

O princípio ou garantia constitucional do acesso à Justiça não pode ser entendido de forma a permitir que todo e qualquer conflito seja dirimido por meio do processo judicial, pois isso, ao invés de contribuir para a pacificação social, somente perpetuaria a cultura demandista, já muito arraigada na sociedade brasileira.

Ademais, numa sociedade altamente conflituosa, a garantia do acesso à Justiça não pode ser invocada para permitir que controvérsias banais sejam levadas à apreciação do Poder Judiciário, sob pena de, assim o fazendo, reafirmar a ideia equivocada de que a resolução de todos os conflitos deva sempre ser terceirizada ao Estado-juiz.

Repita-se, o acesso à Justiça não deve ser confundido com mero acesso ao Poder Judiciário.

Pelo contrário, Watanabe (2011, p. 05) salienta que “o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretado [...] não como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada”.

O princípio do acesso à Justiça, ou acesso à ordem jurídica justa, em verdade, deve ser compreendido como uma garantia de acesso à solução integral e efetiva dos conflitos, com a obtenção de resultados justos, pelo método mais adequado e em tempo razoável.

Defende-se, nessa linha, que todos os conflitos devem ser solucionados de forma justa e em tempo razoável, mas não necessariamente pela via judicial, tendo em vista que muitas controvérsias podem – e devem – ser resolvidas através de outros métodos, que, na grande maioria das vezes, se mostram mais adequados do que o processo judicial.

Faz sentido dizer, portanto, que, antes de procurar a via judicial, as partes devem ao menos tentar solucionar seus conflitos fora do Poder Judiciário, seja diretamente, seja com a ajuda de terceiros facilitadores.

A tentativa de solução extrajudicial dos conflitos pode se dar através de plataformas eletrônicas, como o site consumidor.gov.br, por exemplo, que é um canal público alternativo para solução de problemas de consumo, com interlocução direta entre consumidores e fornecedores; dos setores pré-processuais dos CEJUSCs; das Câmeras Privadas de Conciliação e Mediação; dentre outras formas.

Apenas e tão somente quando a tentativa de solução extrajudicial falhar, ou quando o acesso aos meios extrajudiciais for extremamente difícil, a parte poderá procurar o Poder Judiciário para resolver seu conflito.

Nesse sentido, Zanferdini (2012, p. 249) esclarece que “não se trata [...] de esgotar a via administrativa, mas ao menos de tentar obter a solução por essa via e, se por qualquer causa (demora, recusa, omissão na apreciação do pedido, etc.) isso não for possível, aí sim estará justificado o acesso ao Poder

Judiciário”.

Com base nessa ideia, defende-se que, se a parte autora não comprovar que, antes de ajuizar a ação, tentou resolver o conflito pela via extrajudicial, a petição inicial poderá ser indeferida, por falta de interesse processual.

É que o acesso à Justiça, pela via judicial, se dá através do exercício do direito de ação, que possibilita aos jurisdicionados postularem e defenderem seus interesses perante o Poder Judiciário.

Ocorre, todavia, que o exercício do direito de ação é restrito e condicionado, porquanto, nos termos do artigo 17 do Código de Processo Civil, para postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade. Sendo assim, ao propor uma ação, a parte autora tem de demonstrar que possui legitimidade ad causam e interesse processual, ou interesse de agir, que se subdivide em necessidade e utilidade.

Segundo Gonçalves (2020, p. 149), “a propositura da ação será necessária quando indispensável para que o sujeito obtenha o bem desejado. Se o puder sem recorrer ao Judiciário, não terá interesse de agir”.

É dizer, a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário surge da inexistência de outro meio lícito para que se alcance a solução do conflito. Havendo outra forma de se alcançar o bem da vida almejado, não há que se falar em prestação jurisdicional.

Destarte, se o autor da ação carecer de interesse processual, por não demonstrar a necessidade de solucionar o conflito pela via judicial, a petição inicial deverá ser indeferida, com fundamento no inciso III do artigo 330 do Código de Processo Civil.

A respeito, Abboud e Santos (2016, p. 892) comentam que

[...] não se mostra ética, jurídica e economicamente pertinente que seja permitido ao autor movimentar a máquina judiciária e submeter a parte contrária a um custoso procedimento sem demonstrar, prévia e especificamente, a articulação do binômio necessidade vs. utilidade, segundo as circunstâncias do caso concreto.

A ideia, aqui, não é limitar ou negar o acesso à Justiça, pela via judicial, mas sim desestimular o uso indevido sistema judiciário nos casos em que a via extrajudicial poderia proporcionar uma solução mais célere e adequada ao conflito.

Nesse sentido, Zanferdini (2012, p. 249) reforça que “o momento atual é de incentivar a cultura da pacificação social, de forma a diminuir o número de processos judiciais, possibilitando uma melhoria da qualidade do Poder Judiciário”.

Não se pode admitir a flexibilização exacerbada das regras processuais, com a finalidade de admitir toda e qualquer controvérsia no sistema judiciário, principalmente aquelas em que o interesse processual não tenha sido devidamente demonstrado, sob pena de perpetuar, e até mesmo incentivar, a tão

nociva cultura demandista.

Ao contrário, é imperioso que as partes sejam estimuladas a assumir suas responsabilidades e a solucionar seus conflitos por si próprias, ao invés de delegar ao Estado, de forma desnecessária, a resolução de suas controvérsias.

Nessa linha, Câmara (2013, p. 40) acrescenta que

[...] a sociedade precisa ter consciência de que deve buscar solucionar, por si própria, seus conflitos e, nos casos em que tal resultado não seja obtido, existirá uma alternativa: o Poder Judiciário. Este, sim, deve ser visto como o meio alternativo de resolução de conflitos, aquele que será usado nos casos em que a sociedade falhe e os litigantes não sejam capazes de encerrar seu litígio sem a participação da máquina judiciária.

Ressalta-se que as condições da ação, dentre as quais encontra-se o interesse processual, são legítimas, porquanto decorrem de previsão legal, e funcionam como um filtro pelo qual o autor deve passar não apenas para ter acesso ao Poder Judiciário, como também para evitar que a parte contrária seja submetida a um processo temerário, capaz de lhe causar severos prejuízos (CHIESI FILHO, 2021).

Destarte, defende-se que, nos casos em que, na petição inicial, a parte autora não demonstrar claramente que, antes de ajuizar a ação, tentou resolver o conflito pela via extrajudicial, o magistrado deverá intimá-la para comprovar a tentativa de solução administrativa, sob pena de indeferimento da petição inicial, com fundamento no inciso III do artigo 330 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 0083940-28.2015.8.21.7000, em agosto de 2015, manteve a decisão judicial que determinou a suspensão do feito pelo prazo de 30 dias para que a parte demonstrasse ter tentado resolver a questão administrativamente, através do projeto “Solução Direta Consumidor”, de iniciativa da Secretaria Nacional do Consumidor e do Ministério da Justiça, em parceria com o Poder Judiciário.

Em sentido contrário, a 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2224837-09.2020.8.26.0000, em fevereiro de 2021, revogou a decisão judicial que concedeu o prazo de 15 dias para que a parte comprovasse a tentativa de solução da questão pela via extrajudicial, através da plataforma digital consumidor.gov.br, sob o argumento de que a manutenção da decisão recorrida importaria em “violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal”.

De qualquer forma, frisa-se que a tentativa prévia de solução extrajudicial dos conflitos não implica em violação do princípio do acesso à Justiça, visto que, como já dito anteriormente, tal princípio não se limita à garantia

de mero acesso à via judicial. Muito pelo contrário, o acesso à Justiça visa garantir uma solução justa aos conflitos, que muitas das vezes pode se dar, de forma mais adequada, fora do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário não pode ser visto como o primeiro, muito menos como o único, meio de solução das controvérsias, mas, sim, como o último método, a ser procurado apenas e tão somente quando a tentativa de solução extrajudicial falhar, ou quando o acesso aos meios extrajudiciais for extremamente difícil.

A respeito, Mancuso (2020, p. 95) comenta que

[...] a Justiça estatal não pode tomar o prosicênio no palco dos acontecimentos da contemporânea sociedade, mas deve operar em modo de oferta residual, como uma cláusula de reserva, inclusive para que o Estado não tenha seus recursos orçamentários exauridos com o gigantismo da máquina judiciária.

Por fim, salienta-se que a tentativa prévia de solução extrajudicial dos conflitos certamente contribuiria para a racionalização da distribuição da Justiça pela via judicial, com a consequente desobstrução dos Tribunais, em benefício de todos.

O Poder Judiciário, uma vez desobstruído, poderia fornecer uma prestação jurisdicional de maior qualidade, visto que os juízes, presumidamente, teriam mais tempo para o estudo e o deslinde de casos efetivamente singulares e complexos, que reclamam a solução pela via judicial; os jurisdicionados teriam seus conflitos resolvidos de modo mais célere, efetivo e a um menor custo; e o Estado brasileiro pouparia recursos e poderia redirecioná-los para outras áreas carentes de investimento público, especialmente no campo social (MANCUSO, 2020).

Considerações finais

No decorrer do presente trabalho, viu-se que, com o passar dos anos, o Estado assumiu o encargo de promover a pacificação dos conflitos, individuais ou coletivos, oriundos das interações sociais, através do exercício da atividade jurisdicional.

Para mais, constatou-se a leitura ufanista e equivocada do princípio constitucional do acesso à Justiça, pela qual se entende que todo e qualquer direito ameaçado ou lesado pode ser levado à apreciação do Poder Judiciário, de forma incondicionada e irrestrita, no entanto, ocasionou a chamada crise numérica do sistema judiciário, cujo principal corolário é a oferta de uma justiça de massa, estereotipada e funcionarizada, voltada à obsessiva extinção rápida dos processos.

Para enfrentar tal crise, ressaltou-se a importância do uso dos métodos consensuais de solução de conflitos, em especial da conciliação e da mediação, com o objetivo de se oferecer um meio adequado para a resolução das

controvérsias e promover a efetiva e tempestiva tutela de direitos.

Por fim, destacou-se a necessidade de efetuar uma releitura do princípio constitucional do acesso à Justiça a fim de que o processo judicial deixe de ser visto como o único meio de resolução dos conflitos e passe a operar de modo residual, como uma cláusula de reserva, a ser buscado apenas e tão somente quando a tentativa de solução extrajudicial falhar, ou quando o acesso aos meios extrajudiciais for extremamente difícil.

Destarte, feitas as considerações necessárias, conclui-se que o tratamento adequado e o estímulo à tentativa prévia de solução extrajudicial dos conflitos certamente contribuirão para a racionalização da distribuição da Justiça pela via judicial e para que se alcance a tão almejada desjudicialização das controvérsias que podem – e devem – ser resolvidas por outros meios que não o processo judicial.

Referências

ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Seção III: do indeferimento da petição inicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; JR DIDIER, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Capítulo XIII: da sentença e da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; JR DIDIER, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 06 jun. 2021.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Movimento pela conciliação: um breve histórico. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio César (Coord.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Mediação e conciliação na res. 125 do CNJ e no projeto do Código de Processo Civil. In: **Processo em perspectiva**: jornadas brasileiras de direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabris, 1988.

CHIESI FILHO, Humberto. **Um novo paradigma de acesso à Justiça**: auto-composição como método de solução de controvérsias e caracterização do interesse processual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

CURY, César Felipe. **Mediação**. In: JR ZANETTI, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Curso de direito processual civil vol. 1: teoria geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça conciliativa**. *Revista de arbitragem e mediação*. ano 4. n. 14. jul-set 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: **O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação judiciais no projeto do novo código de processo civil. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio César (Coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LUCIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implementação concreta. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio César (Coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à Justiça. In: JR ZANETTI, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 5083453-94.2020.8.21.7000**. Relator: Des. Giovanni Conti. Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 31/03/2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 70063985626**. Relatora: Des. Iris Helena Medeiros Nogueira. Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 26/08/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC). **Relatório de Atividades 2019**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Relat%C3%B3rioDe%20atividades2019-final3.pdf?d=1623029563350>. Acesso em: 06 jun. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n.º 2224837-09.2020.8.26.0000**. Relator: Des. João Camillo de Almeida Prado Costa. Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 12/02/2021.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio César (Coord.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à Justiça. **Revista Novos Estudos Jurídicos** (eletrônica). vol. 17. n. 2. mai-ago 2012. p. 237-253. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>. Acesso em: 06 jun. 2021.

AS NOVAS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA MEDIÇÃO FAMILIAR

Daniela Cristina Caspani Garieri

Advogada; especialista em Direito das Famílias e das Sucessões pela Escola Paulista de Direito; coordenadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família-Núcleo de Ribeirão Preto/SP.

Edwirges Elaine Rodrigues

Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”; coordenadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família-Núcleo de Franca/SP; professora de Direito Civil.

Resumo:

O intuito desta pesquisa é analisar a utilização da mediação como forma de solução das novas formatações de conflitos familiares, dentro da perspectiva social e familiar contemporânea, caracterizada pelo alargamento do conceito de família em decorrência da valorização do afeto, utilizando-se, para tanto, o método indutivo de pesquisa. A partir desta perspectiva analisou-se a mediação como uma ferramenta para solucionar conflitos nas famílias multiparentais, marcadas pela existência de multiplicidade de vínculos de filiação. Outro contexto abordado de utilização da mediação é para auxílio da família afetada pela enfermidade de um dos seus membros, em que se depara com a necessidade de escolha de tratamentos e decisão de comunicar ou não o paciente de seu quadro real de saúde. Ao lado das situações de enfermidade, também se abordou a utilização da mediação como mecanismo de efetividade dos direitos da pessoa com deficiência.

Palavras-chave: Mediação; Novos conflitos familiares; Multiparentalidade; Enfermidade; Pessoa com deficiência.

1 Introdução

Os litígios familiares possuem dupla especificidade, pois, antes de serem confrontos ligados ao Direito, são, primeiramente, desordens afetivas, psicológicas, conflitos relacionais, acompanhados pelo sofrimento. Referem-se, de maneira geral, a relacionamentos desfeitos em que os envolvidos enfrentam

o estresse da transformação da família e não encontram o espaço adequado para trabalharem as questões afetivas, proporcionando, muitas vezes, decisões judiciais que não satisfazem qualquer das partes e que, conseqüentemente, retornam ao Judiciário para dirimir suas demandas.

Com o objetivo de abrandar as desavenças e possibilitar a comunicação, o instituto da mediação familiar interdisciplinar busca investigar os pontos de convergência entre os envolvidos no litígio familiar. Desse modo, instiga-se, por meio do diálogo, a recuperação dos objetivos comuns das partes que vivenciam a contenda, permitindo que elas decidam como o conflito será solucionado.

Assim, a mediação, por consistir em um processo não adversarial, possibilita um acordo amigável entre as partes e facilita a posterior adequação aos compromissos assumidos, se necessário, evitando-se, assim, novos confrontos e demandas judiciais.

Nesse contexto, onde houver relação humana, haverá campo propício para a mediação. Portanto, dentre outras possibilidades, a mediação familiar também é recomendada e poderá ser aplicada para a efetivação do exercício conjunto da multiparentalidade; nas situações de enfermidade de um membro da família e a necessidade da solidariedade familiar e; no tocante aos direitos da pessoa com deficiência.

Dessa feita, através do método dedutivo, realizou-se uma revisão da bibliografia referente ao Direito das Famílias e ao instituto da mediação familiar, presente tanto na Lei de Mediação, como também no Código de Processo Civil, buscando-se, assim, demonstrar a importância de tal instrumento para a dissolução dos conflitos familiares.

2 Conceito, características e princípios da mediação

O conflito é algo intrínseco à vida humana, haja vista que as pessoas são diferentes, as histórias de vida se distinguem, os valores, os interesses e os posicionamentos são díspares, ocasionando, assim, a tensão e a disputa entre as partes envolvidas em determinada relação.

Com o propósito de estabelecer políticas de tratamento adequado aos conflitos de interesses, foi instituída a Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), proporcionando, a todos os cidadãos, alternativas que atendam à natureza e às peculiaridades de cada litígio. Nesse sentido, a referida resolução indica a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, de modo a solucionar e prevenir litígios.

Além disso, todo esse impulsionamento dos métodos não adversariais acarretou a aprovação da Lei de Mediação de Conflitos, nº. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

No mais, a mediação também ganhou importante destaque no Novo Código de Processo Civil (Lei n.º. 13.105/2015), que traz previsões específicas para a aplicabilidade de tal instituto, inclusive, valorizando os meios consensuais para a gestão dos conflitos familiares (artigo 695 do Código de Processo Civil).

Vale destacar que, de modo geral, são duas as maneiras de praticar a mediação: judicialmente, em que o mediador atua no processo já impetrado; e extrajudicialmente, quando as ações judiciais ainda não foram instauradas e a atuação é preventiva.

No tocante ao conceito e às características da mediação, essa consiste em um processo não adversarial de transformação dos conflitos, privilegiando a negociação entre as partes envolvidas. Assim, o processo é conduzido por um intermediário, que não participa da decisão; por esse motivo, não se confunde com a conciliação e, muito menos, com a arbitragem (também consideradas técnicas alternativas de resolução de litígios), uma vez que, nesses dois últimos métodos, o intercessor, seja o conciliador ou o árbitro, influi diretamente na solução do conflito, podendo, inclusive, decidir, como ocorre na arbitragem.

Além disso, os procedimentos de mediação deverão ser norteados pelos princípios basilares do instituto, destacando-se, dentre eles: a) a liberdade das partes em todas as etapas do processo, assim, os mediandos são livres para dar ou não continuidade à mediação; b) a imparcialidade do mediador, o qual conduzirá a sessão, mas sem sugerir, opinar ou julgar, cabendo somente às partes serem protagonistas desse processo; c) a confidencialidade, de forma que todas as questões discutidas não poderão ser divulgadas sem o consentimento das partes; d) a informalidade, embora o mediador faça uso de técnicas que auxiliem a comunicação, não há um procedimento rígido a ser seguido, proporcionando maior tranquilidade e abertura para os mediandos¹.

Através da mediação, investigam-se os pontos de convergência entre os envolvidos no processo, a fim de abrandar as desavenças e possibilitar a comunicação. Dessa feita, a mediação instiga, por meio do diálogo, a recuperação dos objetivos comuns das partes que vivenciam a contenda, permitindo que elas decidam como o conflito será solucionado.

Além disso, é de extrema importância que o terceiro intermediário tenha capacidade e habilidade para garantir a qualidade e o êxito de seu trabalho. Especialmente no tocante ao conflito familiar, o mediador deve contar com preparo científico de natureza interdisciplinar, dado a complexidade das controvérsias².

No mais, o facilitador deve estar atento a todos os atos e decisões, que devem resultar em um acordo honesto, moral, justo e com equilíbrio entre as

1 BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 151.

2 TARTUCE, Fernanda. **Mediação e conflitos civis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 301.

partes, devendo intervir alertando os envolvidos sobre a invalidade da transação realizada fora desses moldes. De tal modo, mesmo diante da autonomia da vontade das partes, o Poder Judiciário poderá intervir quando, eventualmente, se identificar uma decisão totalmente imoral ou injusta e que cause prejuízos a um dos negociantes, ou até mesmo a ambos, provocando, assim, o reconhecimento de falhas no procedimento de mediação³.

3 Mediação no direito das famílias

Nesta última década, a mediação foi introduzida e reconhecida no ordenamento jurídico como um procedimento jurisdicional válido, com sua utilização permitida tanto no setor privado, como no âmbito da Administração Pública, como se infere da Lei n.º 13.140/15, configurando os instrumentos de transação referendados pelo mediador como títulos executivos extrajudiciais (artigo 784, inciso IV, do Código de Processo Civil).

Apesar de ser inegável a eleição da mediação como uma das formas de jurisdição de acesso à Justiça, com a promulgação da Lei de Mediação se iniciou uma grande discussão a respeito da amplitude de sua aplicação, principalmente quanto à possibilidade de se submeter, ao procedimento, os conflitos que versem sobre direitos indisponíveis, diante da redação trazida pelo artigo 3º da referida lei.

Citado dispositivo prevê que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (artigo 3º, *caput*, do Código Civil), instalando um debate sobre a qualificação do que seriam direitos indisponíveis transacionáveis, já que esse, por sua própria natureza e denominação, não o são, bem como sobre a reserva de jurisdição ao Estado para a apreciação dessas questões, por envolverem interesse social.

A compreensão e a definição de direitos indisponíveis transacionáveis se mostram imperiosas quando se está diante de conflitos que versem sobre Direito das Famílias, visto que, em sua imensa maioria, estão relacionados a questões de personalidade, de capacidade, de guarda, de alimentos, dentre outros, considerados, como tais, direitos indisponíveis, o que afastaria a utilização da mediação, justamente em uma área em que a técnica mais encontra resultados positivos e promissores.

A doutrina moderna procurou enfrentar o artigo 3º da Lei n.º 13.140/15 quanto à existência de direitos indisponíveis transacionáveis, sob a concepção de que o direito em si é indisponível, mas as condições para seu exercício (modalidade, forma e prazos) ou as vantagens econômicas que dele decorrem

3 RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A política pública de mediação como instrumento de busca do consenso parental e seus reflexos na efetivação da guarda compartilhada. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 532-553, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28787>. Acesso em: 10 ago. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369428787>. p. 537.

não o são e, portanto, podem ser transigidas.

Nesse sentido, por exemplo, não obstante a inquestionável indisponibilidade do direito de guarda, convivência dos pais com os filhos e alimentos, no sentido de serem irrenunciáveis, comportam transação a modalidade de guarda, a periodicidade da convivência e o valor da prestação alimentícia, tanto assim que tais condições sempre foram objeto de transação pelas partes no âmbito do Poder Judiciário.

Dessa forma, vale lembrar que, se a modalidade, a forma, os prazos ou as vantagens econômicas decorrentes dos direitos indisponíveis fossem igualmente classificados como indisponíveis, não haveria qualquer possibilidade de transação, seja no âmbito privado, seja na esfera do próprio Poder Judiciário.

Questão diversa, mas que guarda relação com os direitos indisponíveis, é a reserva de jurisdição ao Estado para a apreciação desses direitos, por envolver interesse social, o que restou preservada pela Lei de Mediação, em seu artigo 3º, §2º, ao estabelecer que “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

O espírito da lei foi garantir ao Estado a posição fiscalizadora quanto à preservação do direito indisponível em si, no momento da transação ocorrida no procedimento de mediação, demonstrando que o controle e a ingerência pelo Poder Público podem se dar com maior ou menor intensidade.

4 Vantagens da mediação no âmbito familiar

O conflito familiar é complexo, envolvendo questões que ultrapassam a órbita do Direito positivado para alcançar demandas de ordem cultural, psíquica, emocional e afetiva, em um momento em que a comunicação entre as pessoas resta prejudicada e comprometida por tais desarranjos.

Águida Arruda Barbosa pondera que os conflitos familiares, diversamente do que muitos pressupõem, não são marcados pela ausência de comunicação, mas, sim, por uma comunicação inadequada, que se inicia justamente pela dificuldade de identificação dos próprios sentimentos pelas partes, em virtude de não conseguirem identificar os papéis e as funções que cada um deve desempenhar no sistema familiar⁴.

Diante desse contexto, a mediação se apresenta como um instrumento eficaz para possibilitar e gerar momentos de comunicação entre as partes envolvidas no conflito, que possibilitem a resolução das questões emocionais e afetivas existentes nos bastidores dos litígios jurídicos de partilha de bens, de guarda, de regime de convivência, de alimentos, dentre outros.

A mediação, ao identificar e atuar nos aspectos emocionais da crise, reconhece que as emoções são tanto parte do problema quanto de sua solução e, uma vez endereçadas, clareadas e resolvidas, facilitam a negociação das

4 BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: uma cultura de paz. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, n. 10, ago/2015, p. 31.

opções mais adequadas para reorganizar as funções, papéis e obrigações da família⁵.

Dessa forma, ao tratar das confusões de papéis e de funções, a mediação traz clareza quanto à posição e aos interesses de cada um, não só na família, mas perante todo o grupo familiar, amigos e comunidade, o que acaba por resultar na pacificação.

Assim, a mediação ultrapassa os limites de um acordo, visa à abertura de um diálogo entre os envolvidos, por meio de um terceiro ou da equipe multidisciplinar, imparcial e independente, para estimulá-los a pensarem e melhorarem uma situação de conflito, colocando-os como protagonistas e responsáveis pela decisão tomada, para que possam lidar com as controvérsias de modo maduro.

Por sua vez, não se pode deixar de registrar que o Poder Judiciário, marcado pela lógica adversarial (autor *versus* réu), por procedimentos rígidos e solenes, em que não se privilegia a abertura de espaços de escuta qualificada dos envolvidos, não é capaz de pacificar os conflitos eficazmente.

Aliás, muito pelo contrário, o que se percebe é sua intensificação, justamente pela lógica do sistema, binária-adversarial, que cria espaços para a discussão da culpa e de culpados, o que somente alimenta sentimentos de mágoa e de ressentimento um para com o outro, além de esvaziar por completo a autorresponsabilização de cada um para a formação do conflito.

A família já é, e será no futuro cada vez mais, reinventada, e as formas de solucionar seus conflitos também, apresentando-se a mediação como um modo mais eficiente para abordá-los e conduzi-los para o caminho da pacificação, em comparação com a oferecida pelo Poder Judiciário.

Portanto, dentre outras possibilidades, a mediação familiar também é recomendada e poderá ser aplicada para a efetivação do exercício conjunto da multiparentalidade; nas situações de enfermidade de um membro da família e a necessidade da solidariedade familiar e; no tocante aos direitos da pessoa com deficiência.

5 A mediação na construção do plano de parentalidade na multiparentalidade

A família multiparental é um reflexo da democratização do conceito de família e, como o próprio nome sugere, é aquela em que há presença concomitante de vínculo parental socioafetivo e biológico. São as famílias marcadas pela presença de multiplicidade de vínculos de filiação, em que uma criança ou um adolescente tem dois pais e/ou duas mães.

É comum a identificação da multiparentalidade nas famílias mosaico ou recompostas, em que o casal advém já de relacionamentos anteriores dissolvi-

5 SCHABBEL, Corinna. Relações familiares na separação conjugal: contribuições da mediação. **Revista Psicologia: Teoria e Prática**, São Paulo: Revista de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie, v.7, n. 1, 2005, p. 17.

dos, trazendo consigo os filhos nascidos de suas primeiras uniões.

Evidentemente que, nesse contexto de múltiplos vínculos parentais, o exercício da autoridade parental (poder familiar) pode se apresentar extremamente problemático e conflituoso, marcado por disputas pelos exercícios dos papéis paternos e/ou maternos e de consequências potencialmente danosas para as crianças e os adolescentes perdidos e confusos em meio à disputa quanto aos seus cuidados por duas mães e/ou dois pais.

Nesse quadro complexo e delicado, a mediação se mostra como uma ferramenta eficaz para auxiliar os pais, biológicos e afetivos, não só a encontrarem seu lugar frente aos filhos, mas também no desempenho das funções maternas e paternas, como também organizar e instrumentalizar o exercício do poder familiar, do regime de convivência e de outros direitos/obrigações, como a administração e o usufruto por esses vários pais quanto aos bens dos filhos menores⁶, através da criação do plano de parentalidade.

Nesse sentido, Rolf Madaleno defende que, além dos compromissos assumidos com relação à guarda, tais como os cuidados com a educação, com a saúde, com a disciplina, com a religião e com o tratamento médico, o plano de parentalidade também deverá conter os seguintes compromissos: a) o lugar e o tempo em que o filho permanecerá com cada genitor; b) as responsabilidades que cada genitor assumirá; c) o regime de férias que será adotado; d) o regime de relacionamento e comunicação com o filho quando esse estiver na companhia do outro genitor⁷.

Ademais, de maneira diversa do processo judicial, quando os múltiplos pais, através do procedimento de mediação, conseguem criar um plano de parentalidade, essa decisão tende a ser mais duradoura e, inclusive, ser mais flexível com as necessárias adaptações que poderão ocorrer, pois são as pessoas mais habilitadas para alcançar uma solução que melhor atenda aos interesses da prole, visto que conhecem profundamente suas necessidades⁸.

Assim, nas situações de multiparentalidade, a mediação familiar interdisciplinar pode e deve ser utilizada, tanto no momento da construção do plano de parentalidade, como também ser prevista para resolver problemáticas que surgem de sua aplicação, ou mesmo pela necessidade de sua revisão e de sua modificação diante da alteração do contexto fático e do crescimento dos filhos⁹.

6 O artigo 1.689 do Código Civil dispõe que: “O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I – são usufrutuários dos bens dos filhos; II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

7 MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 264.

8 BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 155.

9 MADALENO, Rolf. MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 271/272.

6 Mediação hospitalar e as relações familiares: a preservação da dignidade do familiar acometido por doença

A mediação é uma preciosa ferramenta para colaborar com o sistema familiar fragilizado pela doença de um de seus membros, quando vem à tona a necessidade de escolha de tratamentos e, não raro, a decisão de comunicar, ou não, ao paciente, a verdade acerca de suas reais condições de saúde.

Nesse sentido, a mediação hospitalar tem por objetivo primordial permeiar o sofrimento da família ao se relacionar com o aparato de profissionais da saúde envolvidos na difícil tarefa de tomar decisões para a escolha de procedimentos que possam garantir a cura ou, tão somente, aliviar a dor do paciente, que vem a ser um integrante da família acometido de doença.

No mais, é importante lembrar que, quando chamados à prática da solidariedade familiar, nem sempre há unanimidade entre os membros da família, uma vez que a crise pode aflorar disfunções latentes do sistema familiar, até então contidas, eclodindo, assim, num momento de estresse¹⁰.

Nesse âmbito, por meio da mediação hospitalar que, nesse recorte, se insere nas relações familiares, principalmente diante das incertezas de uma morte iminente, o mediador deverá promover práticas que visem à celebração da mediação entre os diferentes sistemas envolvidos. Em primeiro lugar, devem ser aplicadas as técnicas que visem ao fortalecimento do sistema familiar, buscando coesão na repartição de responsabilidades, para que a solidariedade familiar possa suprir o desequilíbrio causado pela doença de um membro da família¹¹.

Fortalecido pela mediação, o sistema familiar poderá avaliar melhor se aquele paciente, em suas especiais características, será mais dignificado se for permitida a oportunidade de participar das decisões de escolhas de procedimentos. Afinal, o enfermo poderá ter a iniciativa de realizar um planejamento sucessório, de celebrar atos civis que gerem ou extinguem direitos e, até mesmo, elaborar as suas diretivas antecipadas de vontade, a exemplo do testamento vital e da procuração para cuidados de saúde¹².

De tal modo, caso o paciente esteja consciente e tenha plena capacidade civil, ele poderá, através de documento escrito, indicar quais os procedimentos médicos e tratamentos ele aceita ou recusa, caso se encontre em situação de terminalidade de vida e não possa responder por si, naquele momento.

Assim, o paciente deve detalhar, de forma minuciosa, quais são os valores e os desejos que deverão embasar as decisões médicas, evitando, com isso, as dificuldades enfrentadas pela equipe de saúde diante do conflito entre as vontades da família e do paciente.

10 BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.p. 120.

11 BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.p. 120.

12 BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.p. 120, 121.

Além disso, mesmo na ausência de declaração expressa de vontade por parte do paciente terminal, pode ser que a situação mais indicada seja a suspensão do suporte vital, em decorrência do estágio irreversível e incurável da doença, devendo ser assegurados a ele os cuidados paliativos para uma boa morte, com dignidade e sem sofrimento, ainda que seja paciente infantojuvenil¹³.

Contudo, a questão se torna mais complexa nas situações de discordância entre os familiares e os médicos responsáveis pelo tratamento. Nesse contexto, Maria de Fátima Freire de Sá e Lucas Costa de Oliveira entendem, como alternativa a esses conflitos, a necessidade da rápida implementação da mediação hospitalar, que deverá ser conduzida por uma equipe especializada. Evita-se, assim, o desgaste emocional vivenciado nos exaustivos processos judiciais, inúmeras vezes, ineficientes e alheios às instabilidades do caso¹⁴.

7 Mediação e direitos da pessoa com deficiência

A pessoa com deficiência, considerada, pelo artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146/15), como aquela que possui um impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, ganhou novo contorno e forma de proteção pela referida legislação, que passou a considerá-la plenamente capaz para a prática dos atos da vida civil, podendo, inclusive, casar-se e celebrar contratos.

Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão rompe com o paradigma anterior da incapacidade para assegurar à pessoa com deficiência o exercício de sua capacidade, em igualdade de condições com as demais pessoas, elegendendo, para tanto, ao lado da curatela, o instituto da tomada de decisão apoiada, como forma de assistência e apoio à pessoa com deficiência para sua expressão de vontade.

A nomeação de curador para a pessoa com deficiência, por meio do antigo procedimento de “interdição”, passa a ser destinada às situações em que a deficiência se mostra mais exacerbada e capaz de gerar obstrução acentuada de sua participação em sociedade.

Já o instituto da tomada de decisão apoiada é destinado àquela pessoa plenamente capaz, que possui uma limitação de menor grau e, para garantir uma segura e efetiva interação social, necessita do auxílio de outras pessoas para compreender e tomar decisões.

Por meio do referido instituto, disciplinado no artigo 1.783-A e seguintes do Código Civil, a pessoa com deficiência elege duas pessoas idôneas e de

13 MARCHI, Lillian Ponchio e Silvia; RODRIGUES, Edwirges Elaine. **Câncer e terminabilidade da vida:** melhor interesse da criança e do adolescente *versus* autoridade parental. Lemark: São Paulo, 2020. (No prelo).

14 SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. A morte como o melhor interesse da criança: uma proposta a partir dos casos Charlie Gard e Alfie Evans. **Revista de Bioética y Derecho**. 48. 2020. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n48/1886-5887-bioetica-48-0177.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 186.

sua confiança para lhe prestarem informações e apoio na tomada de decisões, estabelecendo, em um termo de acordo, os limites do apoio, os direitos do apoiado, os compromissos dos apoiadores e o prazo de vigência, determinado ou indeterminado.

A reflexão que aqui se pretende efetuar é quanto à possibilidade desse ajuste de vontades entre a pessoa com deficiência e seus apoiadores, que resulta na lavratura do termo, possa ser conduzido através da mediação e as vantagens por essa opção.

Como discorrido no item nº. 3 desse artigo, muito se discute sobre a possibilidade jurídica de se utilizar dos mecanismos autocompositivos de solução de conflitos relacionados a direitos indisponíveis, dentre eles, os tocantes ao estado das pessoas e à capacidade, que são irrenunciáveis.

Entretanto, como já abordado, não se trata aqui de compor sobre o regime da (in)capacidade, disciplinando se a pessoa é ou não capaz, o que configura direito indisponível, mas, sim, transacionar sobre a forma como a capacidade será exercida.

Aliás, o próprio artigo 1.783-A do Código Civil possibilita a transação da extensão e dos limites desse auxílio entre os próprios interessados, desde que referida transação seja objeto de homologação judicial do pedido, após manifestação do Ministério Público, sendo igual exigência imposta pela Lei de Mediação, em seu artigo 3º, §2º, quanto aos direitos indisponíveis transacionáveis.

Constata-se, assim, que não há qualquer obstáculo normativo para a utilização da mediação como forma de composição dos limites desse apoio, dos deveres dos apoiadores e do prazo de vigência na tomada de decisão apoiada.

Por fim, a elaboração desse termo de ajuste de direitos e deveres entre a pessoa com deficiência e os apoiadores, por intermédio da mediação, tem como vantagem a prevenção de conflitos familiares, pois, na maioria dos casos, os apoiadores são familiares da pessoa a ser apoiada, com quem essa mantém fortes laços afetivos, não raras vezes pais e/ou irmãos.

Nessas situações, conflitos podem surgir entre os familiares e a pessoa com deficiência no tocante aos limites desse apoio e aos tipos de negócios jurídicos que dependerão da intervenção dos apoiadores. Igualizar proteção com liberdade de exercício de direitos à pessoa com deficiência pode se mostrar tarefa difícil para muitas famílias e buscar pacificar tais conflitos se mostra necessário e imperioso para a própria tutela das vulnerabilidades da pessoa com deficiência.

A escolha dos apoiadores e o próprio exercício desse encargo podem ser comprometidos em situações de ausência de solidariedade entre os membros da família, ou mesmo desconfiança entre os futuros herdeiros do apoiado, gerando fiscalização, questionamentos e discussões improdutivas e desagregadoras.

Esses conflitos, inevitavelmente, expõem a pessoa com deficiência a uma vulnerabilidade ainda maior ao deixá-la exposta socialmente, sem uma

natural rede familiar de apoio. A mediação para casos como esses representa não somente a pacificação do conflito, mas garante efetivamente a proteção da pessoa com deficiência em família e em sociedade, garantindo-se a tão desejada inclusão social.

8 Conclusão

A mediação familiar interdisciplinar, considerada um procedimento não adversarial de transformação do litígio, busca, na raiz do conflito, solução para resgatar um ambiente harmônico, onde a família possa desfrutar de paz e de maturidade suficientes para resolverem seus assuntos rotineiros através do diálogo.

Dessa forma, as partes, que enfrentam momentos de dor e de angústia, poderão identificar e separar as questões materiais dos envolvimento emocionais, situação que não ocorre no Poder Judiciário, que, por sua vez, possui características formais, dificultando o atendimento individual e particularizado.

De tal modo, a mediação lastreada pela informalidade e pela simplicidade dos procedimentos, na qual a solução não é imposta, mas negociada entre as partes envolvidas, por autocomposição, suprime, em grande parte, os traumas causados por decisões judiciais.

Nesse sentido, a mediação familiar poderá ser aplicada em diversos confrontos relacionados ao Direito das Famílias, tais como conflitos decorrentes do exercício da parentalidade; relacionados à enfermidade de um dos familiares; e, até mesmo, referentes à efetividade dos direitos da pessoa com deficiência.

Referências

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: uma cultura de paz. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, n. 10, p. 23-34, 14 ago. 2015.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARCHI, Lillian Ponchio e Silvia; RODRIGUES, Edwirges Elaine. **Câncer e terminalidade da vida: melhor interesse da criança e do adolescente versus autoridade parental**. Lemar: São Paulo, 2020. (No prelo).

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A política pública de mediação como instrumento de busca do consenso parental e seus reflexos na efetivação da guarda compartilhada. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 532-

553, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28787>. Acesso em: 10 ago. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369428787>.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. A morte como o melhor interesse da criança: uma proposta a partir dos casos Charlie Gard e Alfie Evans. **Revista de Bioética y Derecho**. 48. 2020. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n48/1886-5887-bioetica-48-0177.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SCHABBEL, Corinna. Relações Familiares na separação conjugal: contribuições da mediação. **Revista Psicologia: Teoria e Prática**: São Paulo: Revista de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie, v.7, n. 1, p. 13-25, 2005.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação e conflitos civis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS AMBIENTAIS POR EMPRESAS

Thais Brito Cirne

Doutoranda em Direito pela Nova School of Law, Universidade Nova de Lisboa, e bolsista da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT). Pós-graduada em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC).

Resumo:

É possível verificar que a justiça tradicional nem sempre consegue promover uma tutela adequada aos indivíduos ou comunidades vítimas de violações de direitos humanos ambientais, falhando, muitas vezes, em solucionar efetivamente este tipo de litígios. Portanto, é necessário pensar em formas que possam garantir uma melhor e mais completa tutela em casos de violações de direitos humanos por empresas, para além da justiça tradicional, e, nesse âmbito, visualiza-se a mediação. Destarte, o objetivo desse estudo é concluir se a mediação é adequada para prestar uma tutela jurisdicional efetiva às violações de direitos humanos ambientais cometidas por empresas através de uma análise dos desafios e contribuições que esse mecanismo pode apresentar nesse tipo de litígios. Os estudos indicaram que o uso da mediação para tutelar as violações aqui tratadas, não obstante os desafios existentes, pode ser benéfico e contribuir para o alcance de uma melhor e mais eficaz solução do caso concreto.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional efetiva; Direitos Humanos Ambientais; Empresas; Resolução alternativa de litígios; Mediação

Introdução

Nos últimos anos, o acesso à justiça teve a sua compreensão alargada, passando a ser entendido para além de um mero acesso aos tribunais, isto é, estendendo-se à ideia de uma solução efetiva para o conflito. Nesse contexto, os meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação, surgem como uma via para a efetiva solução de litígios e, portanto, para o alcance de uma tutela jurisdicional efetiva.

Em seu relatório de 2008 ao Conselho de Direitos Humanos das Na-

ções Unidas, o Professor John Ruggie, Representante Especial do Secretário Geral das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos, estabeleceu uma estrutura dividida em três pilares para promover um entendimento das complexas interações entre empresas e direitos humanos. Os três pilares que compõe a referida estrutura, posteriormente endossada pelo Conselho de Direitos Humanos, são: o dever do Estado de proteger os direitos humanos contra abusos de terceiros, incluindo negócios; a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos; e a necessidade de um acesso mais eficaz a uma tutela jurisdicional efetiva. Nesse sentido, Ruggie postula que mecanismos não judiciais têm um papel importante a desempenhar ao lado dos processos judiciais para fornecer soluções a violações de direitos humanos por parte das empresas, destaca-se para este trabalho os direitos humanos ambientais.

No âmbito das violações de direitos humanos por empresas, em especial no tocante a direitos ambientais, identifica-se um grande problema de acesso à justiça: a dificuldade de prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. Assim, a mediação surge no contexto de garantir uma melhor e mais completa tutela em casos de violações de direitos humanos por empresas, para além da justiça tradicional que, muitas vezes, não é capaz de fornecer a mais adequada solução ao caso concreto.

Capítulo I – Direitos Humanos ambientais e mediação

I.1. - Violações de direitos humanos ambientais por empresas

Durante muito tempo, os Estados foram vistos como os únicos responsáveis por proteger, respeitar e implementar os direitos humanos. No entanto, nos dias de hoje, entende-se que essa responsabilidade não pertence apenas e tão somente aos Estados. Em uma dimensão – ou eficácia – horizontal dos direitos humanos, entidades privadas, nomeadamente empresas, também podem – e devem – ocupar essa posição¹. Assim, compreende-se que os direitos humanos deverão ser aplicados nas relações entre particulares, e nesse âmbito enquadram-se, essencialmente, as violações de direitos humanos cometidas por empresas².

Em termos históricos, esse assunto foi recentemente autonomizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), que reconheceu a necessidade de promover medidas específicas voltadas para essa área, como consequência das lacunas de governança criadas pela globalização³. Sendo assim, em 2011,

1 “(...) os direitos humanos também têm uma “dimensão horizontal”, que está a ganhar importância na era da globalização, ao suscitar a questão da responsabilidade social das empresas transnacionais.”, MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino (versão portuguesa). *Compreender... cit.*, p. 59.

2 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

3 RUGGIE, John. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, (Geneva: United Nations, 7 April 2008), A/HRC/8/5, 20 Sept 2009, p. 3. Disponível em:

a ONU elaborou os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos⁴ e, desde então, vem procurando criar mecanismos para proteger e fazer respeitar os direitos humanos, bem como para promover o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva nos casos de violações por empresas.

As questões de direitos humanos no âmbito comercial abrangem uma ampla gama de impactos que uma empresa, seus contratados, seus fornecedores ou parceiros de negócios podem ter sobre as pessoas. São, portanto, muitos os direitos humanos que podem ser – e são – violados por empresas. No entanto, este trabalho faz a opção de analisar um grupo que entende haver grande incidência dessas violações, qual seja: os direitos ambientais. Eles incluem, por exemplo, danos à saúde das pessoas devido à poluição, acidentes ambientais e falhas de saúde e segurança; depleção ou contaminação de fontes de água das quais as comunidades locais dependem⁵. Os impactos que uma empresa pode causar ao ambiente são variados e de grande potencial destrutivo.

Os direitos ambientais são reconhecidos enquanto direitos humanos na medida em que a qualidade ambiental impacta, das mais variadas formas, na vida humana e, conseqüentemente, em diversos direitos intrínsecos ao ser humano, como o direito à vida e o direito à saúde. Nesse sentido, trata-se de um direito que deve ser garantido às gerações futuras nos mesmos moldes em que existe atualmente; é o conceito de sustentabilidade intergeracional⁶.

Destarte, as empresas deverão respeitar as medidas de proteção ambiental como condição para o exercício da sua atividade, alinhando-se aos objetivos de desenvolvimento sustentável. No entanto, como já exemplificado, muitas são as situações de inobservância de princípios ambientais por parte de empresas e que culminam, portanto, em desrespeito de direitos humanos essenciais. Nesse sentido, importa destacar um importante instrumento acerca da promoção do acesso à justiça em matéria de ambiente, nomeadamente a Convenção de Aarhus⁷, que visa garantir o desenvolvimento sustentável

<<http://www.businesshumanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2008>>. Acesso em: 22 de março de 2020.

- 4 Esses Princípios Orientadores “are grounded in recognition of: (a) States’ existing obligations to respect, protect and fulfil human rights and fundamental freedoms; (b) The role of business enterprises as specialized organs of society performing specialized functions, required to comply with all applicable laws and to respect human rights; (c) The need for rights and obligations to be matched to appropriate and effective remedies when breached.”. “*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations’ Protect, Respect and Remedy’ Framework*”, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, New York and Genebra, 2011, p. 1. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles>>. Acesso em: 23 de março de 2020.
- 5 BRIGITTA, John. “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration”. Disponível em: <<https://globalarbitrationnews.com/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.
- 6 ARAGÃO, Alexandra. “Anotação ao Artigo 37da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada (coord. SILVEIRA, Alessandra. CANOTILHO, Mariana.)*, Almedina, 2013.
- 7 Adotada em 25 de junho de 1998, na cidade dinamarquesa de Aarhus, durante a 4ª Con-

baseando-se em princípios de transparência, responsabilização e credibilidade que se aplicam a indivíduos e instituições.

I.2 – O problema da prestação de uma tutela jurisdicional efetiva

No que diz respeito à violação dos direitos humanos por empresas, um grande e significativo problema persiste: o alcance de uma tutela jurisdicional efetiva⁸. Nota-se que a justiça tradicional nem sempre está apta a fornecer a solução mais adequada ao caso concreto, seja por questões de morosidade, seja por limitações existentes em função da natureza do processo, como as medidas de reparação do dano, por exemplo. Isto é, o poder judiciário não tem possibilitado a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva ao caso concreto a essas vítimas (indivíduos ou comunidades) em várias situações, como é o caso de deslocamentos de comunidades e acidentes ambientais. Esta dificuldade é reconhecida pela ONU, que vem tentando encontrar soluções para este problema⁹. Assim, reconhecido o dever que as empresas possuem de assegurar o cumprimento dos direitos humanos, surge, então, a necessidade de garantir que, havendo alguma violação perpetrada direta ou indiretamente por empresas, seja assegurado às vítimas uma resposta adequada¹⁰.

Nesse sentido, compreender a questão do acesso à justiça passa por entender as possíveis formas pelas quais o conflito poderá ser adequadamente resolvido. O acesso à justiça é, em um Estado Democrático de Direito, um direito fundamental¹¹. Para além de determinar e dispor sobre os direitos fundamentais, um dos maiores desafios da sociedade contemporânea é efetivar e garantir que esses direitos sejam cumpridos. Nesse sentido, o acesso à justiça

ferência Ministerial “Ambiente para a Europa”.

8 RUGGIE, John. *Protect...* cit., p. 9, afirma que “Even where institutions operate optimally, disputes over the human rights impact of companies are likely to occur. Currently, access to formal judicial systems is often most difficult where the need is greatest. And non-judicial mechanisms are seriously underdeveloped - from the company level up through national and international levels.”

9 Em 2014, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos lançou uma iniciativa para alcançar uma maior efetividade na implementação do pilar de “Acesso ao Remédio” dos Princípios Orientadores. Essa primeira iniciativa, denominada “Accountability and Remedy Project” (“ARP I”), estava focada em mecanismos judiciais. Após, em 2017, foi lançado o “ARP II”, focado em mecanismos não judiciais baseados no Estado. E em junho de 2020, foi lançado o terceiro e último “Accountability and Remedy Project” (“ARP III”), desta vez voltado para os mecanismos não judiciais não baseados no Estado. “OHCHR Accountability and Remedy Project”. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/ohchr-accountability-and-remedy-project>>. Acesso em 02 de abril de 2020.

10 RUGGIE, John. *Protect...* cit., p. 27: “(...) considerable numbers of individuals whose human rights are impacted by corporations, lack access to any functioning mechanism that could provide remedy.”

11 Ressalte-se que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.

se coloca como um pressuposto para que esse objetivo seja alcançado¹².

Ainda, importa mencionar que sendo o direito de acesso à justiça¹³ compreendido de maneira ampla, ele é composto por vários aspectos, dentre eles o direito de acesso aos tribunais – direito à via judicial. No entanto, a via judicial não é o único caminho de acesso à justiça, existindo uma via extra-judicial, marcada pelo uso dos meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, que será analisada a seguir. Assim, é preciso compreender as especificidades da mediação e como ela poder ser utilizada de acordo com a natureza do conflito, neste caso, relativamente às disputas no âmbito comercial que envolvam direitos humanos ambientais, para que, então, seja possível compreender se este mecanismo está apto a fornecer a referida tutela jurisdicional adequada a esses casos.

I.3 – A mediação ambiental

I.3.1 – A mediação como meio adequado de resolução de litígios

A mediação é definida, pela Lei da Mediação Portuguesa – Lei 29/2013, de 19 de abril, como “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

Em que pese a flexibilidade inerente, a mediação é um processo estruturado, que deve obedecer a certas regras. Para a compreensão da mediação é preciso entender que o seu ponto fulcral é o total domínio do processo pelas partes (*empowerment*), sendo este o seu fundamento. Desse modo, “a mediação assenta na ideia de que é nas partes que reside a solução do problema, que é através delas – as donas do litígio – que se encontra a solução adequada e justa”¹⁴. As partes devem estar no centro da discussão e da iniciativa.

12 CABRAL, Marcelo Malizia. *Concretização do Direito Humano de Acesso à Justiça: Imperativo Ético do Estado Democrático de Direito*, in Estado do Rio Grande, Coleção Administração Judiciária - Coletânea de Trabalhos de Conclusão de Curso Apresentados ao Programa de Capacitação em Poder Judiciário Estado do Rio Grande do Sul, 1ª edição, Porto Alegre, 2009, p. 63-64.

13 A Constituição da República Portuguesa, em seu art. 20º, garante o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, tratando-se, assim, de um direito fundamental que torna possível a garantia dos demais direitos fundamentais. Dessa forma, é dever do Estado disponibilizar meios para que os cidadãos possam fazer valer os seus direitos em face das autoridades competentes, meios estes que podem ser jurisdicionais ou não-jurisdicionais. GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 408. O direito de acesso à justiça é também assegurado em diversos instrumentos internacionais, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – PIDCP, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – CD-FUE, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

14 GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª ed., Editora Almedina, Lisboa, 2018, p. 48.

Nessa esteira, alerta-se para a confidencialidade do processo de mediação. Desse modo, o mediador não pode relatar os acontecimentos deste processo, não podendo, por conseguinte, ser chamado como testemunha em processo judicial posterior¹⁵. A confidencialidade permite, ainda, que as partes estejam à vontade no curso da mediação.

O fim da mediação é a pacificação social, ou seja, solucionar o conflito e reestabelecer a paz social entre as partes. Isto sobrepõe-se às questões do direito. Assim, a mediação está assente nos interesses e não nos direitos.

No âmbito das violações de direitos humanos por empresas, o uso da mediação é objeto de um Projeto da CEDR¹⁶ sobre a eficácia e utilização da mediação nestas disputas, bem como da recém-lançada parte III das recomendações sobre prestação de contas e remédio do OHCHR¹⁷. Não há, no entanto, documento com regras específicas, como é o caso da arbitragem, onde tem-se as Regras de Haia sobre Arbitragem Comercial e Direitos Humanos.

I.3.2 – Características dos conflitos ambientais que relevam para o uso da mediação

Os conflitos que envolvem direitos ambientais possuem algumas características particulares que influenciam na análise acerca uso da mediação. Em primeiro lugar, tratam-se de conflitos multilaterais, isto é, fazem parte deles múltiplas partes, com interesses variados, cuja representação e defesa são, geralmente, difíceis. Ainda, são conflitos onde está em jogo interesses públicos ao lado de interesses privados¹⁸. Assim, é preciso que durante o processo de resolução de conflitos esses interesses sejam ponderados e respeitados.

Além disso, releva para a análise que será feita nos próximos capítulos o caráter transnacional e global de grande parte dos conflitos envolvendo direitos humanos ambientais, especialmente aqueles que envolvem empresas. Assim, os efeitos do processo de mediação serão sentidos internacionalmente, para além de haver necessidade de harmonizar elementos, perspectivas e regras internacionalmente conflitantes.

Ainda, existe a possibilidade de haver interesses atuais e futuros no âmbito de um mesmo conflito, que estão ligados à ideia de sustentabilidade in-

15 Nesse sentido, trata-se de um verdadeiro sigilo profissional.

16 Centre for Effective Dispute Resolution.

17 Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/ohchr-accountability-and-remedy-project/accountability-and-remedy-Project-iii-enhancing-effectiveness-of-non-state-based-grievance-mechanisms-in-cases-of-business-related-human-rights-abuse>>. Acesso em 10 de junho de 2020.

18 “(...) os conflitos ambientais podem envolver numa só situação conflitual vários sujeitos, com objetivos e posições diversas, sendo comum confrontarem-se interesses públicos e interesses privados”. CASER, Ursula; CEBOLA, Cátia Marques; VASCONCELOS, Lia. “A confidencialidade em mediação ambiental. A sua aplicação ao Projeto MARGov em Portugal”, in *La Trama – Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, Junho, 2014, p. 7.

tergeracional supramencionada, para além de especificidades técnicas e científicas complexas¹⁹, que não poderão ser deixadas de lado durante o processo de mediação.

Capítulo II – Desafios do uso da mediação no âmbito das violações de Direitos Humanos ambientais por empresas

II.1 - Desequilíbrio de Poderes

Um grande desafio que poderá surgir com o uso da mediação em disputas que envolvam direitos humanos ambientais e empresas é o desequilíbrio de poderes²⁰. Isso porque, especialmente no âmbito das relações entre direitos humanos e empresas, as posições são, em princípio, pautadas pelo poder, onde uma das partes – o indivíduo ou comunidade – é vulnerável face as variadas formas de poder exercidas pela outra parte – económico²¹, político, de conhecimento, etc²². Nesse sentido, é preciso analisar como essa desigualdade deverá ser balanceada durante o processo de resolução de conflitos e, portanto, descobrir se a mediação permite encontrar formas de equilíbrio dessa desigualdade ou irá acentuá-la ainda mais.

Owen Fiss²³, ao dissertar acerca da sua objeção à resolução alternativa de litígios, não obstante reconhecer que o desequilíbrio de poderes também poderá distorcer as decisões judiciais, entende que o juiz está em melhores condições para diminuir os impactos que essa desigualdade poderá causar. No entanto, muitos autores contestaram essa posição de Fiss no tocante à distinção de capacidade de lidar com o desequilíbrio de poderes entre o poder judiciário e a resolução alternativa de litígios²⁴. Isso porque, em muitos casos, em especial quando se trata de disputas comerciais que envolvam direitos humanos, não necessariamente o judiciário estará em melhores condições para promover este equilíbrio²⁵.

Ora, trazer o equilíbrio depende, é claro, da qualidade do mediador. No entanto, a mesma condição se aplica aos juízes nas muitas jurisdições em que

19 Idem, p. 8.

20 DOUSSA, John Von. “ADR: An Essential Tool for Human Rights | Australian Human Rights Commission,” Disponível em: <<https://www.humanrights.gov.au/about/news/speeches/adr-essential-tool-human-rights>>. Acesso em 22 de março de 2020.

21 OWEN, Fiss. “Against Settlement” ... cit., p. 1077.

22 REES, Caroline. “Mediation in Business-Related Human Rights Disputes: Objections, Opportunities and Challenges”, Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 56. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2010, p. 14.

23 OWEN, Fiss. “Against Settlement”, in *Yale Law Journal*, vol. 93, número 6, maio de 1984, p. 1077.

24 Nesse sentido, PARKER, Tara. “Human Rights Dispute Resolution: Protecting the Public Interest”. Disponível em: <https://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/17464-rights_dr.pdf>. Acesso em 20 de Maio de 2020. CLARKE, Gay R.; DAVIES, Iyla T. “Mediation - When is it not an Appropriate Dispute Resolution Process?”, in *Australian Dispute Resolution Journal*, 1992.

25 REES, Caroline. “Mediation in...”, cit., p. 15.

disputas entre empresas e indivíduos ou comunidades acontecem.

Nesse sentido, é possível que, na via judicial, as empresas apresentem objeções processuais por anos, tornando o processo muito caro e demorado para os reclamantes conseguirem uma solução que seja significativa para as suas vidas. Além disso, há que se mencionar a capacidade das grandes empresas de contratar grandes advogados, enquanto os reclamantes, em regra, terão menos recursos para investir na sua representação legal; essa situação restringe consideravelmente o escopo de um juiz equilibrar as desigualdades, mesmo assumindo o desejo de fazê-lo²⁶.

No âmbito da mediação, algumas medidas podem ser adotadas pelo mediador com o intuito de buscar o equilíbrio entre as partes, dentre elas limitar consultores de ambos os lados a números iguais, transmitir informações igualmente para ambos, o estabelecimento de regras básicas de igualdade, como o tempo de fala de cada uma das partes. Além disso, a mediação envolve as partes diretamente, e não apenas através de advogados, e essa voz ativa da vítima no procedimento pode ser um importante instrumento de redução de desigualdades, bem como a confidencialidade do processo, que proporciona um refúgio mais seguro para expressar pontos de vista e abordar as questões subjacentes à disputa²⁷.

Ainda, merece destaque, enquanto circunstância que poderá mitigar a desigualdade entre as partes na mediação, a possibilidade de representação ou acompanhamento por associações representativas dos lesados, ONGs e instituições. Isso parece ser oportuno em questões ambientais, na medida em que é possível ter a participação de associações representativas de determinadas comunidades, por exemplo²⁸.

Assim, parece que a possibilidade de haver desequilíbrios de poderes não é, por si só, razão para excluir a atuação mediação no âmbito dos direitos humanos ambientais, mesmo porque, como visto, esse desequilíbrio também poderá ocorrer em processos judiciais. A chave da questão parece estar na capacitação dos mediadores para lidar com essas situações e saber geri-las e equilibrá-las da melhor maneira. Trata-se, portanto, não de afirmar que a mediação é melhor para equilibrar as situações de desigualdade que os processos judiciais, mas tão somente de reconhecê-la como uma alternativa, uma possibilidade que, de acordo com a situação em concreto, poderá se revelar proveitosa. São alternativas legítimas e potencialmente valiosas.

26 CLARKE, Gay R.; DAVIES, Iyla T. “Mediation...”, cit., p. 72; RUGGIE, John. *Protect...* cit., p. 22 e 23.

27 CLARKE, Gay R.; DAVIES, Iyla T. “Mediation...”, cit., p. 74.

28 ZERK, Jennifer. “Corporate liability for gross human rights abuses. Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies”, A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights. Disponível em: < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2020.

II.2- Prestação de transparência

Um grande problema levantado quanto à utilização da mediação em disputas onde haja violação de direitos humanos por empresas é a prestação de transparência. Isso porque, conforme já dito, é um procedimento privado, particular. Nesse sentido, em princípio, não seria possível haver a transparência necessária que litígios acerca de direitos humanos ambientais exigem.

A confidencialidade é uma marca primordial do processo de mediação. Ela permite que as partes se sintam à vontade para negociar e falar abertamente sobre suas questões, assegurando uma abordagem mais ampla de interesses e preocupações subjacentes à causa principal. Por outro lado, também pode se revelar importante, na medida em que protege a vítima da exposição a certos abusos ou efeitos adversos, servindo para salvaguardar direitos.

Se por um lado a confidencialidade é um meio para atingir determinado fim, a transparência deve ser vista da mesma forma. Assim, a transparência, no contexto de resolução de conflitos, poderá servir a dois fins, quais sejam: a) permitir a confiança do público que os resultados de tais processos respeitem os padrões de direitos humanos e que os reclamantes não são pressionados a admitir esses direitos; b) permitir que outras pessoas na sociedade se beneficiem de um corpo crescente de conhecimentos sobre como disputas de direitos humanos estão sendo resolvidas, com o objetivo de disseminar, aprender e apoiar a prevenção de disputas futuras²⁹.

Quanto ao primeiro aspecto, de acordo com Caroline Rees, há indícios de que quanto mais confiança pública uma instituição possui, menos é provável que exista transparência para provar que os resultados não estão prejudicando padrões³⁰. Nesse sentido, as instituições podem fornecer algum nível de transparência sobre o resultado dos processos mediados, de forma a conseguir conciliar a confidencialidade necessária e intrínseca a esses processos, e a necessidade de transparência, construindo legitimidade e uma reputação positiva.

No que diz respeito à segunda finalidade da transparência, nomeadamente o benefício da sociedade a partir da resolução de disputas, essa se aproxima da ideia de mudança sistêmica³¹. Dessa forma, a transparência é um fator determinante para que as disputas de direitos humanos, em especial no âmbito ambiental, possam promover mudanças sistêmicas mais amplas e, conseqüentemente, maior interesse público acerca dos direitos humanos.

Vale ressaltar que, para esses fins, a transparência não implica na divulgação completa de resultados. É preciso, contudo, encontrar formas de equili-

29 REES, Caroline. "Mediation in...", cit., p. 19.

30 Idem.

31 Promover mudanças sistêmicas prende-se com a ideia de extravasar o âmbito privado e alterar situações de forma mais ampla e indistinta. Nesse sentido, a título exemplificativo, sobre o caso das operações da Chevron no Delta do Níger, onde foi utilizada a mediação: KOVICK, David; PLUMB, David. "Engaging Stakeholders in the Niger Delta – May 2009 Update", Disponível em: <<http://cbuilding.org/publication/article/2009/engaging-stakeholders-niger-delta-may-2009-update>>. Acesso em: 20 de Maio de 2021.

brar as necessidades de confidencialidade e transparência, como, por exemplo, agregar dados sem revelar a identidade dos indivíduos³². Esse equilíbrio entre enfatizar políticas públicas e garantir as preocupações individuais de confidencialidade pode ser feito através de pesquisa, investigações sistêmicas, publicação de relatórios públicos, reclamações representativas e educação³³, ou, ainda, de audiências públicas no curso do processo de mediação.

Destarte, é possível pensar, acerca desta temática, que a presunção de confidencialidade de resultados possa passar a ser relativa, favorecendo algum nível de transparência, caso isso, por si só, não interfira nos direitos humanos³⁴. Assim, os principais elementos dos resultados poderiam ser publicados, ainda que anonimamente, bem como relatórios e estudos de caso, por exemplo. No entanto, é de se ressaltar que uma irrestrita transparência de resultados não deverá ser o padrão, só devendo ser fornecida mediante justificativas específicas. Essa mudança de perspectiva tornaria possível uma maior publicidade acerca da resolução e da tutela das violações de direitos humanos ambientais por empresas.

Capítulo III - Contribuições do uso da mediação no âmbito das violações de Direitos Humanos ambientais por empresas

III.1 - Maior integração de questões e maior margem para interpretação na prática

A primeira grande contribuição do uso da mediação na prestação de tutela jurisdicional às violações de direitos humanos ambientais por empresas é a capacidade que possui para desenvolver soluções holísticas, isto é, resolver questões de modo integrado. De outro modo, permite uma ampliação da compreensão de direitos envolvidos, na medida em que permite uma melhor ponderação entre direitos violados por empresas relativamente a uma comunidade ou indivíduo³⁵.

As disputas entre empresas e indivíduos ou comunidades, em regra, representam uma tensão entre direitos e interesses distintos. A empresa não tem legitimidade para decidir, sozinha, como estes direitos e interesses devem ser tratados. Contudo, não é possível concluir que o processo judicial é a única via apta a solucionar esses conflitos ou a prestar a tutela mais adequada.

No âmbito da violação de direitos humanos ambientais, não são raras

32 STRUM, Susan; GADLIN, Howard. "Conflict Resolution...", cit., p. 3, afirmam que "There are ways [of] presenting information that draw on the lessons of the confidential cases without breaching confidentiality."

33 PARKER, Tara. "*Human Rights Dispute Resolution: Protecting the Public Interest*". Disponível em: <https://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/17464-rights_dr.pdf>. Acesso em 20 de Maio de 2020.

34 BRAITHWAITE, John. "Building Legitimacy Through Restorative Justice," in T. Tyler (ed), *Legitimacy and Criminal Justice: International Perspective*, New York: Russell Sage, 2007, p. 146-162.

35 REES, Caroline. "Mediation in..." cit., p. 9.

situações que evidenciam a necessidade de soluções criativas, que integrem todas as questões que o abuso principal revela. Para solucionar essas questões de modo integrado é preciso a ação de organizações governamentais e não-governamentais, representantes das vítimas e outros agentes que possam contribuir para a negociação.

Nesse sentido, nota-se que a mediação permite que haja uma margem para interpretação na prática, já que, em função da informalidade que lhe caracteriza, existe uma maior elasticidade na compreensão das situações e, conseqüentemente, na atribuição de uma tutela. Dessa forma, é possível visualizar “espaços abertos”³⁶ que podem ser amplos, desde que respeitados os limites de padrões mínimos de direitos humanos.

Veja, por exemplo, a situação de realocação de uma comunidade em função de um projeto de construção ou mineração. Os padrões de direitos humanos proibem a realocação forçada sem a devida compensação. É possível que a lei estabeleça níveis de compensação para construções e terras agrícolas e que a comunidade aceite esses valores.

Contudo, em muitas situações, observa-se que, mesmo com o pagamento da compensação legalmente estabelecida, ainda é possível constatar abusos. Isso porque, a compensação pode ter sido distribuída de modo equivocado – desprivilegiando mulheres, por exemplo – ou os níveis de compensação apenas refletem o custo básico de uma casa ou a perda de um ano de lavouras em terras cultivadas. Nesse sentido, a compensação legalmente prevista pode ignorar o deslocamento de comunidades que os acompanha, a perda de acesso a locais religiosos ou culturais, o valor das terras não cultivadas, os ganhos futuros e a sustentabilidade dos meios de subsistência.

Destarte, muitas vezes as formas de reparação disponíveis em tribunais são restritas e objetivas, não valorando tão bem situações práticas do caso concreto. Na hipótese de ganho de causa pelos reclamantes, a tutela judicial será, tipicamente, uma compensação monetária, não obstante liminares para interromper atividades e algumas outras medidas sejam possíveis. No entanto, é geralmente apenas através da mediação que existem reais chances de explorar formas mais criativas de solução, incluindo opções como treinamento para empregos alternativos, acordando formas seguras de acessar áreas culturalmente significativas ou descobrir como garantir que as mulheres não sejam prejudicadas³⁷.

Esse processo pode, ainda, capacitar as pessoas impactadas e incluir esses grupos que podem correr risco de marginalização. Com uma voz ativa, eles podem articular seus interesses sobre como eles entendem seus direitos na prática e a empresa, por sua vez, estará mais apta a entender os impactos

36 “Such ‘open spaces’ within the recognized bounds of human rights standards are quite typical, particularly when it comes to many economic and social rights.” REES, Caroline. “Mediation in...” cit., p. 9.

37 PHILLIPS, F. Peter. “ADR and Human Rights: A Match?”. Disponível em: <<https://www.businessconflictmanagement.com/blog/2009/05/adr-and-human-rights-a-match/>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

da sua atividade e o leque de alternativas para alcançar uma abordagem acordada. Esses “espaços abertos”, dentro dos limites reconhecidos dos padrões de direitos humanos, são bastante comuns, especialmente quando se trata de direitos ambientais³⁸.

III.2 - Diferentes percepções de tutela jurisdicional efetiva

Arelado às ideias trazidas acima, o uso da mediação para solucionar conflitos que envolvam direitos humanos ambientais e empresas permite que haja diferentes percepções de tutela. Assim, é possível atribuir soluções mais adequadas à situação concreta, permitindo que os indivíduos tenham voz e opinem sobre o que consideram como tutela para as suas próprias reivindicações³⁹.

Como já analisado, a tutela jurisdicional efetiva é um conceito amplo, podendo ser prestada tanto através de processos judiciais, quanto através da resolução alternativa de conflitos, nomeadamente da mediação. Garantir uma tutela jurisdicional efetiva vai além de assegurar um acesso aos tribunais e um processo equitativo, por exemplo; implica assegurar uma solução efetiva ao caso concreto que poderá passar pela retificação, combate, reparo e restauração da situação. Assim, no âmbito dos direitos humanos, em especial dos ambientais, é preciso compreender que a tutela jurisdicional efetiva poderá assumir variadas formas, para além de uma indenização reparatória do dano decorrente do abuso.

Nesse sentido, as tutelas do caso concreto deverão variar de acordo com as necessidades próprias de cada indivíduo ou comunidade e a sua respectiva situação. Dessa forma, as percepções das vítimas sobre o que será uma solução para as suas reivindicações poderão diferir. Conforme mencionado anteriormente, os recursos disponíveis nos tribunais judiciais normalmente refletem algumas possibilidades, abrangendo uma liminar, uma ordem de restituição em espécie, uma indenização ou similar.

No entanto, além de grande parte das vítimas não acederem a um tribunal, elas podem ter ideias mais amplas sobre o que constitui uma resposta adequada ao seu caso, como garantias de que um incidente ou dano ambiental não voltará a acontecer, reconhecimento e um pedido de desculpas, ou meios alternativos para restaurar seu sustento ou bem-estar; respostas que vão além da reparação financeira⁴⁰. Portanto, é possível perceber que a mediação tem uma capacidade singular de fornecer resultados múltiplos e variados que se adequem melhor às violações de direitos humanos ambientais cometidas por

38 REES, Caroline. “Mediation in...” cit., p. 10.

39 Idem.

40 Importa aqui mencionar o trabalho da Corte Interamericana de Direitos Humanos que tem vindo a proporcionar diferentes respostas às situações de violações de direitos humanos, sendo pioneira em oferecer uma tutela mais adequada aos casos. No entanto, essa atitude por parte de tribunais judiciais é, ainda, uma exceção. Nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. “Força Integradora...”.

empresas em relação a indivíduos ou comunidades, na medida em que há um maior espaço para criatividade e inovação, uma vez que pautada no diálogo e em novas ideias oriundas de diferentes perspectivas.

Importa mencionar, ainda, que é possível identificar outras contribuições do uso da mediação nos conflitos aqui discutidos, nomeadamente: ampliação do acesso à justiça, maior eficiência e flexibilidade, redução de custos, participação ativa das vítimas, maior velocidade de resposta e possível intervenção antecipada, ampliação do acesso a informações técnicas e de perícia científica.

Interesses e direitos interagem de maneiras complexas na vida dos indivíduos⁴¹. A concepção de justiça varia de indivíduo para indivíduo e, especialmente no âmbito das violações de direitos humanos, é preciso buscar perceber e tutelar o que irá realizar a justiça naquela situação em concreto. Nesse sentido, a mediação parece ser um bom caminho a ser seguido.

Considerações finais

A mediação tem um papel legítimo e necessário a desempenhar, ao lado dos processos judiciais, como forma de abordar disputas relacionadas a direitos humanos ambientais entre empresas e indivíduos ou comunidades. Não obstante a ideia tradicional de incompatibilidade entre resolução alternativa de litígios e direitos humanos, percebeu-se que a interação de direitos e interesses na resolução de disputas não é incompatível. Ambos podem apoiar-se mutuamente, com interesses informando de perto a experiência dos direitos humanos na prática e sugerindo a melhor maneira de encontrar o equilíbrio entre os vários direitos em jogo.

Embora o processo de mediação deva ser cauteloso para não produzir resultados contrários aos direitos humanos, eles oferecem maneiras construtivas de navegar pelos espaços abertos que existem dentro dos parâmetros dos padrões básicos de direitos humanos. A capacidade desses mecanismos para apoiar a inclusão, participação, empoderamento e atenção a indivíduos e grupos vulneráveis representa uma contribuição adicional para o avanço dos direitos humanos.

Portanto, o uso da mediação traz contribuições significativas aos litígios de direitos humanos ambientais entre empresas e indivíduos, desde que minimize os desafios. Inovações em relação a esses desafios vem sendo desenvolvidas e avaliadas, por exemplo, no âmbito do Projeto do CEDR. É necessário, portanto, maiores investigações acerca destes problemas para que seja possível conjugar, de forma cada vez mais eficiente, a prestação de tutela jurisdicional efetiva individualizada com o interesse público mais amplo. Nesse sentido, seria interessante a criação de uma norma específica acerca do uso

41 Mike Perry afirma que “As people who feel harassed are very different from one another, their notions of justice vary. A realization of justice, therefore, must incorporate an individual’s rights with his or her interests (...)”. PERRY, Mike. “A comment on ADR and Human-Rights Adjudication”, in *Dispute Resolution Journal*, Vol. 53, Issue 2: 53, 1998.

da mediação no contexto de direitos humanos e empresas, com uma secção voltada para as questões ambientais, como as Regras de Haia funcionam para a arbitragem comercial que envolvem direitos humanos.

Referências

ARAGÃO, Alexandra. **“Anotação ao Artigo 37da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”**, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (coord. SILVEIRA, Alessandra. CANOTILHO, Mariana.), Almedina, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 26ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAITHWAITE, John. **“Building Legitimacy Through Restorative Justice,”** in T. Tyler (ed), *Legitimacy and Criminal Justice: International Perspective*, New York: Russell Sage, 2007, p. 146-162.

BRIGITTA, John. **“The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration”**. Disponível em: < <https://globalarbitrationnews.com/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Concretização do Direito Humano de Acesso à Justiça: Imperativo Ético do Estado Democrático de Direito**, in Estado do Rio Grande, Coleção Administração Judiciária - Coletânea de Trabalhos de Conclusão de Curso Apresentados ao Programa de Capacitação em Poder Judiciário Estado do Rio Grande do Sul, 1ª edição, Porto Alegre, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASER, Ursula; CEBOLA, Cátia Marques; VASCONCELOS, Lia. **“A confidencialidade em mediação ambiental. A sua aplicação ao Projeto MARGov em Portugal”**, in *La Trama – Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, junho, 2014.

CLARKE, Gay R.; DAVIES, Iyla T. **“Mediation - When is it not an Appropriate Dispute Resolution Process?”**, in *Australian Dispute Resolution Journal*, 1992.

DOUSSA, John Von. . **“ADR: An Essential Tool for Human Rights | Australian Human Rights Commission”**, Disponível em: <<https://www.humanrights.gov.au/about/news/speeches/adr-essential-tool-human-rights>>. Acesso em 22 de março de 2020.

GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**, 3ª ed., Editora Almedina, Lisboa, 2018.

“Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, New York and Geneva, 2011. Disponível em: < <https://www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles>>. Acesso em: 23 de março de 2020.

KOVICK, David; PLUMB, David. **“Engaging Stakeholders in the Niger Delta – May 2009 Update”**, Disponível em: <<http://cbuilding.org/publication/article/2009/engaging-stakeholders-niger-delta-may-2009-update>>. Acesso em: 20 de Maio de 2021.

McGREGOR, Lorna. **“Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR”**, in *The European Journal of International Law*, Vol. 26 no. 3, Oxford University Press, 2015.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino (versão portuguesa). **Comprender os Direitos Humanos - Manual de Educação para os Direitos Humanos**, 1ª edição, Coimbra, Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos, 2014.

OWEN, Fiss. **“Against Settlement”**, in *Yale Law Journal*, vol. 93, número 6, maio de 1984.

PARKER, Tara. **“Human Rights Dispute Resolution: Protecting the ‘Public Interest’”**. Disponível em: <https://fcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted-17464-rights_dr.pdf>. Acesso em 20 de Maio de 2020.

PERRY, Mike. **“A comment on ADR and Human-Rights Adjudication”**, in *Dispute Resolution Journal*, Vol. 53, Issue 2: 53, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Força Integradora e Catalisadora do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional**, in: SOUSA, Marcelo Rebelo de et al. [Coord.]. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 101-116.

PHILLIPS, F. Peter. **“ADR and Human Rights: A Match?”**. Disponível em: <<https://www.businessconflictmanagement.com/blog/2009/05/adr-and-human-rights-a-match/>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

REES, Caroline. **“Mediation in Business-Related Human Rights Disputes: Objections, Opportunities and Challenges”**, Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 56. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2010.

_____. **“Relax the Grip - A Role for Mediation in Business and Human Rights Disputes”**. Disponível em: <<https://www.ihrb.org/other/remedy/commentary-mediation-business-human-rights-disputes>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2020.

RUGGIE, John. **Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights**, (Geneva: United Nations, 7 April 2008), A/HRC/8/5, 20 Sept 2009. Disponível em: <<http://www.businesshumanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2008>>. Acesso em: 22/03/2020.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRUM, Susan; GADLIN, Howard. **“Conflict Resolution and Systemic Change”**, in *Journal of Dispute Resolution* 1, 2007.

ZERK, Jennifer. **“Corporate liability for gross human rights abuses. Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies”**, A report pre-

pared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights. Disponível em: < <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2020.

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NOS CONFLITOS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Bruna Affonso Ortiz

Advogada. Capacitada em Métodos Adequados de resolução de conflitos pela Escola Superior de Advocacia de São Paulo. Pós-graduanda em Direito Público pela Escola Brasileira de Estudos Jurídicos. Graduada pela Faculdade de Direito de Franca

Danila Flávia Fagundes Francisco

Graduada em Direito pela Universidade Paulista. Capacitada em Métodos Adequados de resolução de conflitos pela Escola Superior de Advocacia de São Paulo. Pós-graduanda em Mediação, Gestão e Resolução de Conflitos pela Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais

Resumo:

O estudo analisa o uso da mediação e conciliação envolvendo a Fazenda Pública superando as questões relativas ao princípio da supremacia e da indisponibilidade interesse público ser um impedimento para realização de acordos. Houve uma evolução do consensualismo no direito administrativo reconhecendo a existência do interesse público primário e o interesse público secundário, evidenciando que a transação é admitida quanto aos interesses secundários, de ordem patrimonial e à gestão estatal e aspectos transigíveis envolvendo interesses públicos primários. A atuação da fazenda pública é ainda hoje prejudicada em razão da adoção de pensamentos consolidados em um estado burocrático. Portanto, o paradigma precisa ser superado, pois os resultados obtidos mostram que tais mecanismos trazem maior eficiência da atuação administrativa, assim como a otimização no desempenho da prestação jurisdicional e na efetivação dos direitos da pessoa humana.

Palavras-chave: Mediação e conciliação; Fazenda pública; Princípio da indisponibilidade do interesse público; Princípio da efetividade da tutela jurisdicional; Direito da pessoa humana.

Introdução

O presente artigo versa sobre o uso da mediação e conciliação de conflitos e suas abordagens na Administração Pública, superando questionamentos relativos ao seu impedimento, diante das características específicas da Administração e seu regime jurídico, analisando as possibilidades e evolução do entendimento dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público.

Inicialmente, verifica-se que existe uma certa celeuma quanto aos princípios em questão serem um impedimento para o uso da mediação e conciliação no âmbito da administração pública. Contudo, o que se observa é o grave problema estrutural na tradicional fórmula de resolução de litígios, visto que se encontra em séria crise de efetividade, devido a longa duração dos processos associada ao ínfimo índice de credibilidade e satisfação.

O Poder Público concentra a maior parte das demandas em curso no país, o grande desafio é a alteração da postura contenciosa de um dos maiores litigantes de massa, a Fazenda Pública, utilizando na prática os meios legais que já estão à disposição, contudo não são frequentemente usados.

Verifica-se uma necessidade de harmonização dos princípios basilares da Administração para que ocorra uma mudança de paradigma referente a cultura de litigiosidade para uma cultura de consenso e colaboração, que auxilia na redução dos números de carga processual além de gerar economia aos cofres públicos e de atingir o verdadeiro interesse público.

Dessa forma, o presente estudo analisa a figura da Administração Pública e a evolução do direito administrativo para aplicação dos métodos consensuais. Para isso, primeiramente, discorre sobre o momento atual da Administração Pública em juízo a evolução do consensualismo e a releitura dos princípios administrativos para superação das escusas comumente utilizadas pela doutrina para não ou pouca utilização dos métodos adequados com a administração pública.

Em um segundo momento, analisa-se as possibilidades de utilização da mediação e conciliação em conflitos envolvendo a Administração Pública.

Por fim, conclui-se como a superação do paradigma da cultura do litígio para a do consenso, utilizando os métodos adequados de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, mostra-se vantajosa, tanto para a Administração, quanto para os Administrados.

O tema se faz relevante devido a importância do aperfeiçoamento da aplicação dos métodos consensuais de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública, para um melhor desempenho da sua função social e jurisdicional.

O objetivo, portanto, é demonstrar os benefícios dos métodos consensuais na relação com a Administração para contribuir e garantir que o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e o acesso a ordem jurídica justa sejam cumpridos.

Em questão de metodologia, o presente trabalho utilizar-se-á de pesquisas realizadas em doutrinas, dispositivos legais, resoluções, instruções normativas e artigos científicos. Os métodos de pesquisa utilizado foi o dedutivo, que parte de teorias e leis para prever a ocorrência de fenômenos particulares em conexão descendente (vai do geral para o particular) e o método analítico-sintético (que pormenoriza as partes de um texto global e em seguida sintetiza o conhecimento do todo).

Momento atual da Fazenda Pública em juízo no Brasil

A Administração Pública integra grande parte de todos os processos que tramitam no Poder Judiciário brasileiro. Essa enorme quantidade de demandas que envolvem a Fazenda Pública em juízo tem correlação direta com a baixa eficácia da tutela jurisdicional.

Conforme os dados do relatório da justiça em números do Conselho Nacional de Justiça, cujo ano base foi de 2020¹, apontam que a maior taxa de congestionamento do Poder Judiciário, os chamados gargalos da execução, se refere às execuções fiscais.

Temos que de 75 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2020, mais da metade se refere à processos em fase de execução (52,3%) e desses, a maior parte é composta pelas execuções fiscais, que representam 68% do estoque em execução.

Dessa forma, esses processos envolvendo a Administração Pública são os principais responsáveis pela maior morosidade do judiciário, representando aproximadamente 36% do total de casos pendentes e um engarrafamento de 87% em 2020.

Portanto, diante deste cenário se faz necessário analisar outras possibilidades para resolução dos conflitos envolvendo a Fazenda, por meio de métodos mais adequados de solução e tratamento dos conflitos.

Destaca-se, que o maior desafio do processualismo contemporâneo é identificar os conflitos que envolvem a administração que podem ser resolvidos por meios de resolução diversa da justiça estatal.

Não há dúvidas que a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos, é um caminho importante em direção à prestação da tutela jurisdicional mais célere, efetiva e integral.

A evolução do consensualismo no Direito Administrativo

O direito administrativo pátrio, teve forte influência do surgido no século XIX, na França pós revolucionária, herdando ainda algumas características do caráter autoritário do antigo regime absolutista.

Tanto é assim, que surge a clássica noção do ato administrativo como

¹ Dados retirados do relatório justiça em números do CNJ. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf> Acesso em: 02 jul. 2021.

manifestação unilateral e impositiva da vontade do Estado, deixando o legado da ótica das normas administrativas como pertencentes a um ramo jurídico especial, possuindo regras e princípios que lhe são próprios.

Contudo, no país, com o advento da Proclamação da República, e da promulgação da constituição de 1897 o Brasil se aproximou do direito norte-americano, (sistema anglo-saxão) adotando a jurisdição una, diferentemente da dualidade existente na francesa com o Conselho de Estado que detém a competência para exercer a justiça administrativa.

Criando assim, um sistema jurídico-administrativo no Brasil que é polivalente, misto, fundado em tradições ambivalentes.

Isso explica a existência de princípios específicos voltados para a Administração Pública, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, e de ideias do sistema anglo-saxônico, como a unidade de jurisdição. Gerando um certo desajuste sistêmico, uma vez que um Poder Judiciário único passa a julgar matérias especiais.

Ocorre que diante a premente necessidade de dinamismo a ser compreendido pela administração pública da pós-modernidade, nos anos 70 e 80 e principalmente após a constituição de 1988 no Brasil, as inovações do Direito Administrativo começaram a surgir e serem implementadas, com a adoção dos princípios do estado Democrático de direito e de uma Administração pública com nova modelagem, denominada gerencial, em que tem como preocupação central a eficiência e controle dos resultados.

A Administração Pública burocrática, com seu formalismo exacerbado acaba não conseguindo prestar com eficiência os serviços que lhe competem e atender os verdadeiros interesses públicos essenciais de uma sociedade cada vez mais dinâmica e complexa.

Dessa forma, a consensualidade surge como uma forma de reestruturar o regime jurídico administrativo para garantir mais eficiência, seja na elaboração, seja na execução e, com muito mais razão, na composição de controvérsias que envolvam políticas públicas.

Para além da causa em que leva a ampla litigiosidade no âmbito administrativo, estuda-se a existência de outras possibilidades de meios de resolução de conflitos que são adequadas e adaptáveis ao sistema jurídico-administrativo brasileiro.

Contudo, em um pensamento mais tradicional, é comum mencionar desafios à utilização dos métodos autocompositivos com o fundamento de que o direito administrativo não comportaria tais métodos.

Passa-se então a analisar alguns desses argumentos e as razões para sua superação.

A Administração Pública e o interesse público primário e secundário

A administração Pública não é a titular dos interesses públicos, e sim

gestora deles, sendo que são indisponíveis, vez que pertencem a coletividade, sendo vedado ao administrador quaisquer atos que concretizem em renúncia a direitos do Poder Público.

No entanto, a doutrina administrativa moderna faz uma releitura da concepção tradicional dos princípios e separa o interesse público em primário e secundário, dando características distintas aos dois.

O principal questionamento que se deve fazer é a identificação dos objetivos e motivos que circundam a ação do Estado ao desempenhar suas funções política e legislativa, visto que, ao se deparar à satisfação de um interesse comum pertencente a uma grande parcela da população, pode-se afirmar que é um interesse público originário ou primário.

Já os interesses secundários, são identificados pela doutrina, em regra, como os interesses patrimoniais do Estado, na qualidade de pessoa jurídica, que busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos.

Pois, nesse caso, a administração pública estaria desempenhando sua função administrativa, em que operacionaliza e dá as diretrizes dos órgãos de governo.

Os interesses públicos primários, seriam aqueles que se referem às necessidades básicas e primordiais da sociedade, e os secundários seriam, os interesses públicos de caráter instrumental das atividades finalísticas do Estado, ou seja, atos como, contratação de pessoal, serviços e outros casos similares.

Dessa forma, fica claro como o Estado tutela interesses relevantes para a sociedade, mas isto não leva a conclusão, por si só, que não é possível uma relativização sobre a indisponibilidade, principalmente aquelas atinentes a um juízo de conveniência e de oportunidade.

A doutrina e a jurisprudência consagram a distinção entre o interesse público primário e secundário, como sendo aquele, absolutamente indisponível, e este, como sendo de caráter patrimonial e disponível².

Contudo, é importante tornar claro que a indisponibilidade não guarda relação direta com negociabilidade, uma vez que, um bem ou direito mesmo que indisponível por natureza, pode comportar uma negociação ao abordar um aspecto periférico disponível, como é o exemplo de repercussões patrimoniais e obrigações de fazer ou não fazer em questões envolvendo direito ambiental.

De fato, a proteção do direito do meio ambiente é indisponível, contudo, a conduta da parte lesiva pode ser ajustada em acordo de modo a evitar a propagação do dano ambiental, como exemplo.

Assim, mesmo existindo certa indisponibilidade pela natureza do direito

2 Neste sentido, veja-se: RE 303.806 – RO – Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22.03.2005; RESP 490.726 – SC – I Turma, Ministro Relator Teori Albino Zavascki, julgado em 21.03.2005; RESP 28110 – MS – I TURMA, Relator Garcia Vieira, votação unânime; RESP 327.285 – DF, Ministro Relator Ruy Rodado de Aguiar, julgamento unânime em 18.03.2002; RESP 197.586-SP – I TURMA, Min. Relator Garcia Vieira, julgamento unânime em 05.04.1999 e, por fim, MS – 11308 – DF – Relator Min. Luis Fux – 2005/0212763-0

envolvido no conflito, interesses nele contidos podem sim vir a ser objeto de transação, como comumente ocorre em negociações nos termos de ajustamento de conduta com o Ministério Público, que possui a legitimidade constitucional de proteger os direitos sociais ou individuais indisponíveis.

O parágrafo 2º do artigo 3º da Lei de mediação 13.140 de 2015, já esclarece que indisponibilidade não se confunde com intransigibilidade, ao dispor expressamente que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Dessa forma, resta claro que em momento algum o ordenamento brasileiro tornou absolutamente inegociável um interesse público, pois se assim o fosse, configuraria um verdadeiro obstáculo à realização do bem comum, de forma célere e eficiente.

Portanto, os mecanismos de negociabilidade de solução de conflitos, surgem como forma de atingir o interesse público e demonstram ser plenamente aptos a concretizar na prática os princípios da Administração Pública, interpretando-os de uma maneira mais coerente, conforme será ilustrado a seguir.

A releitura dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público, basilar do regime jurídico administrativo, é interpretado como uma forma de solução de conflito na atuação administrativa, pois ao analisar um conflito de interesses em uma situação concreta, deve prevalecer a solução que atinja melhor o bem de toda coletividade.

Tal princípio, pela doutrina tradicional, justifica os atos imperativos do Estado e suas prerrogativas diante aos particulares.

Já Odete Medauar (2015, p. 162) nega a existência do princípio pelo fato de ir contra o interesse da coletividade e do interesse público, diante à constituição brasileira de 1988 e a doutrina contemporânea, argumentando que deve ser sempre ponderado no caso concreto a solução em que os interesses envolvidos sofram o mínimo sacrifício possível.

Destaca que o objetivo desta função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses com a necessária minimização dos sacrifícios, salientando que até os autores que são adeptos à utilização do princípio como basilar a administração, reconhecem a necessidade de sua reconstrução e adaptação visando à harmonização dos interesses.

Sérgio Guerra (2019, p. 136-137) afirma ainda que a supremacia do interesse público e, indiretamente, da Administração Pública, deve deixar de ser um atributo considerado permanente e se converter em um privilégio que apenas deve ser concedido caso a caso pela lei, substituindo a ideia de supremacia e unilateralidade por consenso e bilateralidade.

De outro lado, o princípio mencionado, tem sua validade enquanto “pensamento diretor” de todo ordenamento jurídico, com a premente necessidade de dissociar a finalidade do Estado dos interesses dos próprios governantes e de outros entes privados.

Dessa forma, a noção clássica do interesse público vem sofrendo evoluções com o tempo, principalmente à luz dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 88, na medida em que não é possível mais considerar uma interpretação única sobre o tema.

Conforme bem ensina, Gustavo Binenbojm (2014, p. 31) é impossível estabelecer, *a priori*, uma regra que determine uma supremacia absoluta dos interesses públicos sobre os privados. Confira-se:

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta dos interesses públicos sobre os interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

O autor destaca ainda que a proteção de um interesse privado em conformidade com os ditames constitucionais, mesmo que de forma parcial, representa de forma equânime um interesse público.

Uma vez que, não existe supremacia de interesses titularizados pelo Estado sobre direitos titularizados por particulares quando ambos desfrutam de proteção constitucional, havendo nesse caso a necessidade de harmonização entre eles, em um consenso que busque a melhor forma de protegê-los.

Existe ainda o entendimento quanto ao princípio da autonomia da vontade, basilar da mediação, seria contrário ao princípio da indisponibilidade, uma vez que poderia impedir que os advogados públicos deliberassem autonomamente.

Contudo, o que a melhor doutrina entende e a lei já garante ao agente público é que não estaria dispondo do interesse público como bem entender, mas sim orientado pela juridicidade e sua independência técnica no exercício da profissão.

Compreende-se ainda, que quando o particular possui determinado direito contra a Administração, de acordo com as premissas legais, ao reconhecer tal direito, o advogado público não estaria dispondo do interesse da coletividade.

Pelo contrário, conforme Diogo de Figueira Moreira Neto³ esclarece:

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Novas tendências da democracia: consenso e direito

Em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”. Acrescentando que “coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo.

Portanto, não merece acolhimento a alegação que a Administração Pública estaria, ao utilizar os métodos adequados de conflito, dispondo do interesse público, e sim, verifica-se que ao se valer de tais formas o Estado age de maneira que melhor garante o cumprimento do interesse com maior eficiência.

Ou seja, a consensualidade administrativa não descumpre o princípio constitucional implícito referente à indisponibilidade e supremacia do interesse público. Pelo contrário, busca implementá-lo com maior eficácia.

Mediação e conciliação na administração pública

A Mediação e Conciliação como modelo de resolução de conflitos vem sendo estimulado desde a edição da Resolução n.125/2010⁴, pelo Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, constatando-se assim uma busca crescente pelo consenso como forma de efetivação da paz social.

Com o código de processo civil de 2015, esse procedimento obteve maior ênfase ganhando espaço dentro do judiciário, prevendo ainda a possibilidade de a Administração Pública se utilizar de métodos adequados de resolução de conflitos.

Nos termos do art. 174 do Código de Processo Civil, a União, Estados e Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação de conflitos, no âmbito administrativo, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (art. 174, I) e promover, quando couber, o termo de ajustamento de conduta (art. 174, II).

Mauricio Tonin (2019, p. 172), atenta que é uma grande oportunidade para os entes públicos, acentuando que

Quando se analisa o tema da Mediação e a Administração Pública, é possível vislumbrar duas abordagens de interesse. Isso porque a Administração não apenas figura como parte em conflitos submetidos à autocomposição, mas também como a promotora da tentativa de

público na virada do século - o caso brasileiro”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acessado em jul 2021.

4 Resolução 125 de 29 de novembro de 2010 do conselho nacional de justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf> Acesso em 30 de abril de 2021.

composição entre partes em conflito.

Luciane Moessa (2014, p. 27), salienta que a mediação se revela como método ideal para lidar com conflitos complexos e multifacetados, devido ao seu potencial de lidar com profundidade nas raízes do conflito e de trabalhar com múltiplos interesses e necessidades, harmonizando-os e buscando compensações e soluções criativas que maximizem a proteção do conjunto.

Nesse sentido, existem exemplos de mediação, mesmo em casos em que há conflito sobre direitos fundamentais, como é o caso do direito à moradia em terrenos ou prédios públicos, uma vez que já há previsão expressa no artigo 565 do Código de processo civil, sobre a exigência de mediação prévia nos conflitos coletivos sobre posse de imóvel, sendo aplicável à Fazenda Pública⁵.

Quanto à conciliação, a experiência dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, foi aplicada na esfera federal para os conflitos que envolvem a União e suas autarquias, com a instituição dos Juizados Especiais Federais (Lei nº10.259/2001) e, posteriormente, para os conflitos que envolvem os estados, municípios e suas respectivas autarquias (Lei nº 12.153/2009).

Com relação à sua aplicação na Administração Pública, é oportuno trazer as palavras de André Bergamaschi (2015, p. 118-119), que ressaltam os benefícios da conciliação nesse sentido:

A princípio, demandas que envolvam relações pontuais e questões patrimoniais exigem intervenções mais focadas nos próprios resultados práticos do método, na construção da relação entre as partes e resolução das questões subjacentes ao conflito. Muitas vezes é o caso da Administração Pública, em que a necessidade de garantir a isonomia impõe o limite à consideração de elementos subjetivos que não sejam os mesmos estabelecidos para os demais indivíduos.

Advocacia Geral da União, possui iniciativa pioneira sendo que instituiu em setembro de 2007, pelo ato regimental nº5, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Geral – CCAF, com o objetivo de prevenir e reduzir o número de processos judiciais que envolvem a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais e entre estas e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Também merece destaque a Prefeitura de São Paulo, que já em 2015 fez um convênio com o Tribunal de Justiça, dispondo um espaço físico para que

⁵ Redação do Artigo: Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

mediadores de conflitos atuassem em casos encaminhados pela Defensoria Pública ou daqueles que procuram diretamente o centro.

São planejadas pautas de casos por interesse da própria Administração Municipal, como é o caso dos mutirões quinzenais da Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB, que convida os mutuários inadimplentes a celebrarem acordos e evitem ações de reintegração de posse.

Dessa forma, a prefeitura do Município de São Paulo se tornou referência e exemplo claro da adoção de uma política pública com esta perspectiva, sendo que recentemente em 2020 conseguiu aprovar na Câmara de Vereadores um projeto de lei de política de desjudicialização, coordenada pela Procuradoria Geral, abrangendo a Administração direta e indireta de toda cidade de São Paulo⁶.

Tais iniciativas representam grande evolução em prol do atendimento às determinações sociais da Constituição Federal, promovendo maior eficiência do serviço prestado pela Administração, não somente como usuária do método, mas também como estimuladora e promotora institucional dos métodos consensuais, sendo um grande exemplo a ser seguido por toda a Administração.

Conclusão

Conforme visto, a noção de supremacia absoluta do interesse público tem sido constantemente refeita, uma vez que sua concepção tradicional não condiz com a evolução da humanidade.

O conceito e entendimento do que realmente seria o interesse público também foi revisto para se adequar ao novo perfil da Administração Pública e aos anseios da sociedade, já que o papel atual do Estado Democrático de Direito, deve se pautar pela busca da pacificação e resolução consensual dos conflitos, com a participação efetiva do cidadão para garantir a legitimidade democrática da atuação estatal.

O acesso à justiça precisa ser compreendido, não apenas como o ingresso no Poder Judiciário, mas também como o acesso a uma ordem jurídica justa, em que os métodos adequados se apresentam como instrumentos eficazes para uma melhor resolução dos conflitos pela via da consensualidade.

Uma vez que, a prevalência da justiça Estatal, por meio da adjudicação em massa é apontada, já algum tempo desde a década de 1970, com os estudos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, como um dos principais óbices ao acesso à justiça⁷.

Dessa forma, o sistema multiportas de resolução de conflitos tem, pelo

6 A lei nº17.324 de 19 de janeiro de 2020, elegeu a Mediação e a Arbitragem como instrumentos de resolução de conflitos e dispõe uma série de medidas a serem adotadas pelo município de São Paulo - SP

7 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999

menos, duas importantes dimensões⁸. Primeiramente, quanto ao amplo e irrestrito acesso à justiça, pois permite que a variedade dos conflitos inerentes às sociedades desiguais, como Brasil, tenha tratamento adequado e solução integral, ratificando a garantia constitucional do amplo acesso à justiça, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Já a segunda dimensão se relaciona com a democratização da prestação jurisdicional. Realizando uma análise prévia das controvérsias por outros órgãos, que sendo capacitados e idôneos possuem condições de resolvê-las de forma consistente, justa e competente, num ambiente diverso da jurisdição tradicional.

Nota-se, que a boa gestão dos bens e interesses públicos impõe a Administração Pública uma grande abertura para as soluções consensuais dos conflitos, não só por ser uma decorrência do dever de eficiência e moralidade, como também por estar em sintonia com a releitura dos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Portanto, verifica-se que a busca da consensualidade contribui para o melhor acesso à justiça, auxiliando no descongestionamento do Poder Judiciário e implicando em resultados e soluções mais adequadas e eficazes, e na otimização do desempenho da prestação jurisdicional na efetivação dos direitos da pessoa humana, mas para que isso ocorra, deve haver antes de tudo, uma mudança de cultura e paradigma, dos operadores do direito e da sociedade.

Referências

BERGAMASCHI, André Luís. **A Resolução dos Conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais**. Tese de Mestrado. Disponível em www.tesesusp.br Acesso em 30 de julho de 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRAGA NETO, Adolfo. **A Mediação e a Administração Pública**. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2021.

BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. **A consensualidade e a administração pública em juízo**. Dissertação apresentada no Mestrado Profissional em Poder Judiciário da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2009. Disponível no site: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2766/DMPPJ%202009%20-%20Marcella%20Araujo%20da%20Nova%20Brand%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 mai. 2021

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie

8 CATHARINA, Alexandre de Castro. HELBOURN, Viviane. **Sistema multiportas e sua aplicação nos conflitos que envolvem a Fazenda Pública: Limites e Possibilidades**. Coletânea Estudos sobre mediação no Brasil e no Exterior. 1ª Ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p. 2.

Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999

CATHARINA, Alexandre de Castro. HELBOURN, Viviane. **Sistema multipor-
tas e sua aplicação nos conflitos que envolvem a Fazenda Pública: Limites e
Possibilidades.** Coletânea Estudos sobre mediação no Brasil e no Exterior. 1ª Ed.
Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. relatório justiça em números do. Dis-
ponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-
-em-numeros2021-081021.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf) Acesso em: 02 jul. 2021

CURADO, Carlos Eduardo Dutra. “**Consensualidade administrativa: análise
das transformações do direito administrativo que atingiram o direito proces-
sual público para permitir a implementação da mediação na administração
pública**”. Coletânea Estudos sobre mediação no Brasil e no Exterior. 1ª Ed. Santa
Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

ELIAS, Tânia de Souza. “**Os métodos adequados de resolução de conflitos e a
Administração Pública: Do litígio ao consenso**” Coletânea Estudos sobre me-
dição no Brasil e no Exterior. 4ª Ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexibilidade** – Uma
Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. **Da Superação da indisponibilidade do objeto
litigioso e importância sobre a análise com base em critérios de economicidade
e eficiência para a escolha do adequado meio de resolução de conflitos
pela Administração Pública.** Artigo publicado na Revista eletrônica de direi-
to Processual – REDP da UERJ. Disponível no site: < [https://www.e-publicacoes.
uerj.br/index.php/redp/article/view/56279](https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56279)>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. “O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública”. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos.** 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 19º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE).** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em jul 2021.

PIERONI, Fabrizio de Lima. **A consensualidade e a Administração Pública: a autocomposição como método adequado para a solução de conflitos concernentes aos entes públicos.** Dissertação de mestrado. Disponível em: www.tede2.pucsp.br Acesso em 20 de set. 2021.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. GISMONDI, Rodrigo. **Métodos de solução consensual de conflitos e a Fazenda Pública.** (in) Mediação e arbitragem na administração pública: vol 2. (Coord) PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro - Santa Cruz do Sul: Essere nel

Mondo, 2020.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas** / (in) Tratamento adequado dos conflitos: vol 2 (coord) BARBOSA, Amanda, BERTIPAGLIA, Guilherme – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

TONIN, Maurício Morais. **Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019.

SOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E DIREITOS DA CRIANÇA

Maria Clara Campos de Camargo Tavares

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

O presente estudo busca, a partir do método dedutivo de conteúdo exploratório, demonstrar a importância da mediação na resolução de conflitos e sua eficácia no tratamento de demandas familiares. Assim, ressaltando as benesses da mediação, intenta-se em possibilitar maior visibilidade ao instituto da mediação como um todo, em específico, a mediação familiar, com a justificativa de que a mediação oferece demasiados instrumentos para soluções satisfatórias e ainda, promove o desafogamento do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direito de família; Mediação; Acordo extrajudicial; Resolução de conflitos consensual;

1. Noções introdutórias

A família, do termo latino *família*, é um instituto juridicamente protegido por Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como pela Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/92), Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto nº 591/92), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/92), dentre outros, como também por Ordenamentos Jurídicos Pátrios, tais como pela Constituição do Peru de 1993, Constituição da Venezuela de 1999, Constituição da República Dominicana de 2010 e pelo Brasil, pela Constituição de 1988.

No entanto, nota-se que o desmembramento de famílias é crescente e não se desencadeia por uma única problemática, haja vista que há o divórcio, separação, morte de um familiar, traição, expectativas e planos de vida incompatíveis, dentre outras possibilidades oportunizadas pela convivência em família. Contudo, o psicólogo organizacional John Nstrom (2008) se posiciona com afincamento no sentido de que muitas das dificuldades das relações humanas começam com a falta de comunicação:

“comunicação é a transferência de informação e compreensão de uma pessoa para outra. Ela é uma forma de alcançar os outros por meio da transmissão de ideias, fatos, pensamentos, sentimentos e valores. (...) Quando uma comunicação é eficaz, proporciona uma ponte de entendimento entre duas pessoas, de maneira que elas possam compartilhar o que sentem e sabem”.

Nesse sentido, de acordo com entrevistas realizadas pela gerontóloga da Universidade Estadual de Iowa, Megan Gilligan, que buscavam compreender a razão da perda de relacionamentos familiares, foi constatado por ela que, a maior parte das pessoas que entrevistou diziam não saber como isso aconteceu, ao invés de apontar um motivo específico.

Ainda, pesquisas nacionais (Mosmann & Falcke, 2011) indicam que a maior parte das brigas entre casais versam sobre temas relacionados aos filhos, ao relacionamento conjugal, divisão de tarefas domésticas e questões financeiras. (Goulart e Wagner, 2013)

Fato é que, consoante à cisão de famílias, também são geradas – e por vezes mantidas pela vida toda – sequelas aos indivíduos menores de idade, que, desprovidos de entendimento judicial, sofrem com os efeitos da sentença diante de seu(s) familiar(es), que por sua vez, buscam o judiciário para a efetiva resolução dos dissabores oriundos da convivência familiar.

Todavia, com a tardança na resolução dos conflitos de direito familiar, os indivíduos que possuem problemáticas intrínsecas à família padecem da instabilidade no quanto ao tempo de espera pela resolução de seus conflitos, situação em que, como se não bastasse, acarreta distanciamentos funcionais entre os familiares, já que desde então, há previamente a ruptura do instituto família – sem que haja a necessidade das medidas sentenciadas.

Desta feita, em consonância com Neström, no que tange a falta de conversas e o afastamento entre entes familiares, e Gilligan, que levanta a situação gradual do desmantelamento da família, espacha-se o campo da mediação, técnica milenar de resolução de conflitos que vem ganhando cada vez mais espaço no Brasil em virtude de seus benefícios, tais como o fomento ao diálogo, frente a efetividade com que decide e a prerrogativa em face do judiciário moroso.

Neste sentido, a presente pesquisa busca demonstrar a efetividade da mediação na resolução de conflitos familiares que incluem menores de idade no Brasil, a partir do método dedutivo de conteúdo exploratório, dois quais se utilizará do levantamento normativo, de dados estatísticos e caso específico.

2. A mediação e a solução de conflitos no Brasil

Muito se sabe que o poder judiciário no Brasil está sobrecarregado diante da grande demanda processual no país, o que torna o sistema judicial cada vez mais moroso. De acordo com o relatório “Justiça em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referente ao ano de 2021, es-

tima-se que a duração da fase de execução na Justiça Federal dispense 8 anos e 7 meses, enquanto na Justiça Estadual, 6 anos e 11 meses. Ainda no mesmo relatório, marca-se que o ano de 2020 foi finalizado com 75,4 milhões de processos em tramitação, sendo que 52,3% destes processos se referiam à fase de execução.

Contudo, devemos reconhecer a importância do Poder Judiciário e de sua alta produtividade, que, como afirmou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli no ano de 2020, no momento em que comparou dados relativos à produtividade dos magistrados publicados pela Comissão Europeia de Eficiência da Justiça: “os juizes brasileiros estão entre os mais produtivos do mundo”. Todavia, apesar disso, ainda sim a prestação jurisdicional no Brasil permanece sobrecarregada.

Anualmente, de acordo com o CNJ, cerca de 18% da população brasileira recorre a justiça comum para a resolução de seus conflitos, situação a qual acarreta, sem muito esforço, a alta concentração de processos no judiciário, que se desdobra por costume e por cultura brasileira, nascidos da crença comum de que o Estado deverá resolver os conflitos, e que somente a relação magistrado-sentença possui força jurídica ou até mesmo, efetividade.

No entanto, este pensamento limitante não somente ocasiona o sobrecarregamento do Poder Judiciário, o qual não tem braços para lidar com tanta demanda, mas também o postergamento da resolução dos conflitos das partes litigantes que, se tivessem adotado outras medidas, comprariam seu sossego por menos tempo e menor custo, é nesta perspectiva que a mediação surge.

O termo mediação deriva do latim “mediare”, que significa “intervir”, assim como trata Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 365), o verbo latino mediare significa colocar-se no meio, de forma pacífica e não adversarial. É nesta perspectiva que a mediação se fundou entre os povos antigos, como trata Gustavo Andrade (ANDRADE, 2009):

“A mediação ingressou no território norte-americano com a chegada dos primeiros imigrantes (judeus, na costa leste; e chineses, na costa oeste). Percebe-se, assim, que a mediação é tão antiga quanto a própria existência dos grupos sociais.”

Contudo, a mediação ressurgiu no final do século XX através dos Estados Unidos e do Reino Unido, na situação em que, na década de 70, os Estados Unidos buscavam alternativa ao aperfeiçoamento da justiça em virtude da grande demanda em relações de consumo e locatícias, e o Reino Unido, no que lhe concerne, no ano de 1978 na região de Bristol inaugurou o primeiro serviço de mediação, motivado a reconhecer a competência dos mediadores para questões de guarda e visitas de crianças. Havidos bons resultados no trato dos conflitos humanos, se estabelece, a contar destes dois momentos, a mediação como instituto jurídico funcional.

Todavia, somente a partir dos anos 90 o instituto da mediação passou

a ter visibilidade no Brasil, feito que ganhou forma após o Projeto de Lei nº 4.827/98 criado pela Deputada Federal Zulaiê Cobra, mas somente após o ano de 2015, através da lei 13.140/2015 a mediação passou a ser regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro e ganhou lei própria.

Desde então, a mediação no país se modula e vem conquistando cada vez mais espaço como um efetivo método de resolução de conflitos, que inclusive, é reconhecido pelo CNJ no “Movimento pela Conciliação” como uma técnica que tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, quantidade de recursos e de execução de sentenças.

Adentrando em conceitos, conforme Petrônio Calmon, a mediação “é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutualmente aceitável”.

Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

“A mediação é um trabalho artesanal pois cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam?”.

Assim, entende-se que a mediação é uma técnica jurídica que preleciona a resolução do conflito pelas próprias partes conflitantes, isto é, as partes que compõem o conflito também comporão sua solução, ou ao menos buscarão por assim fazer. Ainda, na sessão/audiência de mediação, haverá a presença de uma terceira pessoa qualificada e imparcial, sem poder decisório, para que proteja a urbanidade da audiência e a conduza (art. 1º, Lei 13.140/2015).

Neste sentido, devido a mediação ser uma técnica jurídica, que inclusive, poderá ocorrer tanto judicialmente quanto extrajudicialmente, devera-se preencher os requisitos de existência do negócio jurídico, os quais, a livre manifestação de vontade, objeto lícito, forma prevista ou não defesa em lei e capacidade dos agentes (art. 104, Código Civil).

Em menção aos requisitos, há de se evidenciar o duplo grau do instituto da manifestação de vontade na mediação, que dependerá da vontade das partes para que uma audiência/sessão ocorra (art. 334, §4º, I, Código de Processo Civil), como também para que as partes estejam a disposição e busquem, dentro da sessão, a resolução do conflito. Nesta perspectiva, caso haja desinteresse das partes, nasce a impossibilidade da realização da audiência de mediação, impossibilidade que também surge na situação em que a demanda não oportunizar a autocomposição (art. 334, §4º, II, Código de Processo Civil).

Destarte, não há de se falar em mediação sem se ter em mente a celeridade processual, autorregulamentação e baixo custo (MASCIONI, Fernanda, 2016), que por princípio, regem tanto a mediação quanto a conciliação.

A celeridade processual torna-se de extrema importância quando se ana-

lisa os dados mencionados no início desta pesquisa. Processos que são abertos na compulsão de serem tão logo resolvidos, poderão levar mais de 6 anos em apenas uma das fases processuais, o que, por sua vez, não se prolonga na mediação, já que, segundo o relatório Justiça em Números de 2019, costuma possuir duração média de até quatro meses e meio no âmbito privado, celeridade derivada da resolução do litígio através da autorregulamentação, em que, em suma, as partes determinarão o tempo do processo.

Além disso, a autorregulamentação estimula a autonomia da vontade das partes envolvidas, possibilitando uma nova cultura para o tratamento do conflito que será através de uma construção dialógica elaborada pelos próprios interessados, logo, com maior possibilidade de êxito, sem a necessidade da imposição de uma decisão proferida ao caso por terceiro.

Para a psicóloga Fernanda Muller (2005): “a mediação é uma forma de autocompor as diferenças e restabelecer o tecido social, já que os conflitantes são auxiliados, por meio da reabertura do diálogo, a encontrar soluções criativas que os satisfaçam”. Deste modo, o acesso à Justiça deverá ser alcançado através do estímulo a continuidade dos vínculos do indivíduo, sejam eles pessoais, familiares ou negociais, o que possibilita que eventual acordo contenha maior probabilidade de ser cumprido espontaneamente.

Ainda, e não menos interligada as outras duas, a onerosidade também não se compõe em ônus, feito que o processo de mediação é mais célere em comparação ao processo na justiça comum e por esta razão, há diminuição dos valores incorridos pelas partes, considerando a perspectiva de um processo na justiça comum durar-se anos e seus gastos prolongarem-se com o tempo, tais como os deslocamentos aos fóruns, emissão de documentos e honorários sucumbenciais, que por exemplo, não são cobrados na mediação.

Todavia, embora constitua um tema antigo, é importante reconhecer o estímulo do judiciário a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos nas últimas décadas. Por intermédio da Resolução CNJ nº 125/2010, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), que se revelam em unidades judiciárias (Resolução CNJ nº 219/2016 e art. 165 a 175 do Código de Processo Civil) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), unidades destinadas ao atendimento de casos através da mediação e conciliação.

O legislador também dispendeu atenção a mediação, atenção esta que foi para além da lei 13.140/2015, na situação em que, nos termos do art. 3º, § 2º do Código de Processo Civil determina-se que: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Desta feita, vide o discorrido, a mediação, por ser uma técnica em ascensão devido a celeridade, baixo custo e incentivo dialógico promovido, possibilita a manutenção das relações familiares e move-se em sentido de superação na resolução de conflitos frente aos ônus proporcionados pelo judiciário. Além disso, cumpre pontuar que a mediação também detém a função de auxi-

liadora do Poder Judiciário na proporção em que também decide efetivamente e alivia a demanda judicial como um todo.

Assim, de modo geral, torna-se de grande importância o estudo da técnica da mediação na resolução de conflitos pelas qualidades que apresenta, tendo em vista que não é um instituto novo, mas que vem ganhando cada vez mais força e apoio.

3. As relações familiares e os direitos da criança

No Brasil, considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos e o adolescente, a pessoa entre os doze e dezoito anos de idade (art. 2º da lei 8.069 - Estatuto da Criança e do Adolescente).

A atual Constituição Federal Brasileira preconiza em seu art. 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, principal instrumento normativo no Brasil sobre direitos das crianças e dos adolescentes, que possui status de norma infraconstitucional, também age na indicação dos direitos fundamentais aos menores, que são os mesmos inerentes a qualquer pessoa humana, estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal, e ainda, segue as obrigações contidas no art. 227 do mesmo diploma: direito à vida, à saúde (art. 7º ao 14, ECA), à liberdade, respeito e a dignidade (Art. 15 ao 18-B, ECA), convivência familiar e comunitária (art. 19 a 24, ECA), à profissionalização, à proteção no trabalho, educação, cultura, esporte, lazer e ainda, a proteção em casos de violência de qualquer natureza.

Logo no início do artigo 227 da Constituição Federal, observa-se a indicação de que a família também é incumbida inconstitucionalmente de assegurar às crianças, aos adolescentes e aos jovens o rol de direitos fundamentais. Nesse sentido, cabe dizer que o instituto da família, previsto pelo *caput* do art. 226 da Constituição Federal como base da sociedade e possuidora de especial proteção do Estado, vem se ampliando cada vez mais com as modulações ofertadas pelo século XXI, haja vista os mais de 17 tipos de família que comportam, nos dias de hoje, o reconhecimento das famílias constituídas entre um pai e um filho, avós e netos, mãe no segundo casamento com dois filhos de diferentes pais, duas pessoas do mesmo sexo, como também com pessoas com quem se possui afinidade, tal como amigos; situações que, vale a memória, não eram abrangidas no passado, quando então, só havia reconhecimento do modelo matrimonial.

Atualmente a Constituição Federal faz reconhecimento e proteção a família sem estabelecer modelos específicos de convivência, mesmo que citan-

do por definição a família matrimonial, a oriunda de união estável e a monoparental (art. 226, § 1º, 2º, 3º e 4º, CF). Por esta forma, os demais tipos de família sobrevivem pela noção de Del Vecchio (1972, p. 66), que em síntese, discorre sobre o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) que, não havendo proibição, há licitude, e por esta razão não deve haver punição. Assim, se a família homoafetiva, por exemplo, não está legalmente prevista, também não há proibição que justifique o seu desconhecimento. (2008, p. 2, Menezes)

Desta feita, a amplitude oportunizada resguarda a possibilidade de que sejam protegidos os direitos dos menores em face de qualquer mudança estrutural familiar, seja ela o divórcio, a separação, um novo casamento dos pais, a morte de um responsável, dentre outras profundas possibilidades no direito de família, já que, parte-se da noção de que família não se encerra, mas transforma-se estruturalmente.

4. A mediação como forma de resolução de conflitos nas ações de família

Conforme Tânia da Silva Pereira, “a família é o primeiro agente socializador do ser humano”. (PEREIRA, 2003, p. 151), portanto, a família deverá se responsabilizar pelo bom ambiente em que se desenvolve o ser humano que ocupa a posição de criança. Nesse sentido, estudos indicam que o conflito conjugal pode comprometer tanto o desenvolvimento psicológico dos filhos (Davies & Cummings, 1994) quanto o social (Grych & Fincham, 1990)

Por esta razão, torna-se, antes de tudo, imprescindível o estudo das categorizações do conflito. De acordo com o estudo “Os conflitos conjugais na perspectiva dos filhos” realizado por Viviane Ribeiro Goulart e Adriana Wagner, o impacto dos conflitos conjugais na vida dos filhos tem sido orientado por dois modelos teóricos, os quais, cognitivo-contextual (Grych & Fincham, 1990) e segurança emocional (Davies & Cummings, 1994).

De acordo com a pesquisa, enquanto o primeiro modelo possui os três fatores que se interrelacionam: cognitivo, de desenvolvimento e contextual, o segundo modelo se diferencia do primeiro por valorizar a emoção como a causadora dos efeitos dos conflitos para os filhos. (Goulart & Wagner, 2013)

Não obstante, a partir destes dois modelos que analisam os conflitos conjugais, foi-se reconhecido que a compreensão do conflito e seus efeitos pressupõem a análise de quatro dimensões que o compõem inteira análise: frequência, intensidade, conteúdo e resolução. (Goulart & Wagner, 2013)

A frequência dos conflitos varia desde constantes até raros, sendo a primeira é a mais reclamada. Ainda, destaca-se a não importância de conteúdo específico para que seja configurado o conflito que, na visão dos filhos, podem versar sobre qualquer tema. Não obstante, os conflitos que versam sobre a própria criança ou adolescente são particularmente mais estressantes aos filhos (Grych & Fincham, 1993)

No que toca a intensidade, os conflitos podem variar desde uma discus-

são calma até a agressão verbal e física (Fincham, 2009; Grynch & Fincham, 1990), sendo que as discussões mais agressivas oferecem mais riscos ao desenvolvimento dos filhos. (Davies & Cummings, 1994; Cummings, Kouros, & Papp, 2007)

A dimensão refere-se a forma como os pais ajustam-se diante de seus desentendimentos, que podem variar deste a integral resolução do conflito quanto o absoluto desentendimento (Goetze-Morey, Cummings, & Papp, 2007), o que indicam Davies & Cummings que, os conflitos pobres em resolução são mais prejudiciais aos filhos. (Davies & Cummings, 1994)

Ato contínuo, os conflitos de ordem constante, mais agressivos, que versam sobre a própria criança e sem manutenção ao desentendimento criado despertam maior nível de estresse nas crianças, o que não exclui o dado geral de que os conflitos familiares despertam sentimentos negativos nos menores.

Para tanto, conclui-se que tratando-se de direito familiar e a existência de menores, os pais deverão ter responsabilidade emocional para que, por sua vez, se responsabilizem por seus conflitos e não gerem sequelas irreversíveis na fase da infância de seus filhos, onde aprende-se sobre o mundo e, portanto, constrói ele.

Para assim, percebido o incômodo do conflito de cônjuges, torna-se necessária a não estagnação deste e a morosidade na resolução, mas sim, necessita-se da sensibilidade e da compreensão de que o conflito não somente envolve as partes conflitantes entre si, mas também os menores, partes dependentes de seus responsáveis e do ambiente – que deve ser harmônico – onde convivem. Por esta razão, cônjuges que não possuem a oportunidade ou a capacidade de resolverem seus conflitos, poderão, através da mediação, solucioná-los de forma célere, o que acarreta a minimização dos desgastes emocionais e com grande enfoque, possuirão a possibilidade da manutenção dos vínculos, ainda que o conflito não seja de todo resolvido.

Neste sentido, a pesquisa “Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente: Jurimetria para Proposição de Ações Eficientes” realizada junto ao CNJ aponta que os conciliadores são unânimes em afirmar que os casos de direito de família são os que apresentam melhores resultados nas sessões de mediação/conciliação, como também confirmam a hipótese de que assuntos que versam sobre direito de família também estão entre as principais matérias cujos processos são resolvidos consensualmente.

Inclusive, a importância e a eficácia da mediação são tamanhas que a sua menção está inserida na recomendação do Conselho Europeu aos Estados-Membros a respeito da mediação familiar (n. R [98.1] adotado pelo Comitê dos Ministros em 21 de janeiro de 1998)

5. Análise de resultados: a eficácia da mediação na resolução de conflitos de direito de família

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's)

foram criados através da Resolução 125/2010 do CNJ com o objetivo de que houvesse ao jurisdicionado a celeridade de seu acesso e concretização a justiça, não excluindo também o objetivo de que fossem diminuídos os processos em andamento no Poder Judiciário.

No estudo de campo realizado no Cejusc, destaca-se, com muita lembrança, o caso de quem chamaremos de Igor. Igor aos dias da audiência de conciliação havia recentemente completado sua maioridade e por isto não precisou de representação. Ele estava com ação de alimentos tramitando contra seu pai no Poder Judiciário, a qual fruía em caráter liminar e, no Cejusc, demandava o pagamento de um mês de pensão atrasada.

Fato é que, logo após o início da audiência de mediação, que inclusive, se realizou remotamente em consonância as deliberações constantes na Resolução 2.557/2020 relativas à pandemia do COVID-19 e a possibilidade da continuidade da atividade jurisdicional através dos meios eletrônicos ou virtuais, Igor e seu pai ficaram mudos por um grande período, isto porque ambos possuíam boa convivência antes do ajuizamento da ação de alimentos, mas, era a primeira vez que se encontravam frente a frente diante de um conflito.

Portanto, a audiência manteve-se de mesma forma para Igor, que sequer proferiu frase mais longa do que um “sim” ou um “não” e que, por esta razão, sua advogada solicitava um momento de ausência na audiência com seu cliente, e ambos retornavam, sem muito resultado.

O pai de Igor, por sua vez, estava desesperado porque não tinha como lidar com a onerosidade que lhe era exigida, visto que estava desempregado em função da pandemia da COVID-19, o que, no entanto, não o impediu de propor o pagamento do mês faltante da pensão em várias parcelas.

A audiência durou cerca de duas horas e ao final, Igor chegou a negociar a redução do montante faltante em mais de 50%, e ainda, esboçou o desejo de que os valores decididos na pensão de alimentos fossem reduzidos, claramente para não prejudicar seu pai, que estava disposto a fazer o que fosse dentro de suas possibilidades, e ainda, para se reconectar com o vínculo anterior. Contudo, como a matéria da ação que tramitava no Cejusc era tão somente o atraso da pensão, não foi possível negociar os valores havidos a título de pensão.

Assim, a primeira coisa que se pode pensar é na acessibilidade da conversa, que, muito embora Igor não tenha dito muito ao seu pai, este possuiu a oportunidade de ouvi-lo numa perspectiva não possibilitada antes no Judiciário, o que fez com que ele cedesse parte de seus interesses a necessidade de seu pai e ambos entrassem em acordo.

Ainda, verifica-se que o tempo dispendido para a resolução do conflito foi muito menor do que o tempo que se estima para o trâmite no poder judiciário, já que, o caso em cena demandou duas horas para resolução, enquanto, como anteriormente indicado, cerca de 8 anos e 7 meses na Justiça Federal e 6 anos e 11 meses na Justiça Estadual são dispendidos somente na fase executó-

ria, conforme levantamento pelo CNJ.

Além disso, a oportunidade para a manutenção do relacionamento pai-filho também se fez presente e inclusive foi mencionada pelo pai de Igor, no sentido em que levantou a familiaridade dele para com seu filho e a desnecessidade de processo a uma situação que anteriormente poderia ser negociada.

Nesse sentido, eis que surge o fenômeno da autorregulamentação e da não imprevisibilidade do desfecho do processo, visto que não houve a necessidade de que um terceiro, que não componente da relação de parentesco ali apresentada, decidisse sobre uma questão que abarcava muito além do atraso do pagamento da pensão alimentícia. Neste sentido, “[...] O acordo decorrente de uma mediação, satisfaz, em melhores condições, as necessidades e os desejos das partes, já que estas podem reclamar o que verdadeiramente precisavam, e não o que a lei lhes reconhecera” (WARAT, 2001, p. 199)

Também é interessante dizer que, não houve, assim como em regra não há na mediação, o pilar hierárquico que por vezes pode ser criado através da relação autor-réu, requerente-requerida, dentre outros pares; na verdade, ali estavam um pai e um filho que buscavam a resolução do conflito e em consequência disso, o restabelecimento do vínculo caro a ambos, mas conflituoso com a situação em cena.

Desta feita, o caso relatado de Igor e seu pai se mostra exemplificativo para o que se determinou a discorrer neste estudo, vez que retratou muitas das características marcantes da técnica da mediação, como a autorregulamentação, restabelecimento de vínculos, celeridade e acessibilidade dialógica.

6. Considerações finais

Diante do todo apresentado, evidencia-se que a mediação, como um todo, não somente é um método de resolução de conflitos eficaz, em ascensão no Brasil, como também é compensatório frente a morosidade, desgastes emocionais e custos oportunizados pelo judiciário. Contudo, vislumbra-se também a situação em que o mecanismo da mediação pode ser considerado como um auxiliar Poder Judiciário na situação em que minimiza a demanda processual do Poder Judiciário como também decide efetivamente, garantindo o acesso à justiça.

Assim, em tema de direito de família, vislumbra que a mediação é um meio de resolução de conflito que minimiza os distanciamentos funcionais entre os familiares que padecem do litígio e das complicações oriundas deste, como, a afetação as crianças que, não necessariamente fazem parte do litígio, possibilidade que só haveria sob representação, mas que, pela postura adotada por seu/seus responsável/responsáveis, sofrem de injusta sanção promovida por seus familiares.

Verifica-se também que o conflito de responsáveis, exemplificado pela pesquisa levantada que analisa os efeitos dos conflitos de pais a seus filhos, abala emocionalmente as crianças, principalmente na perspectiva em que

ocorrem com agressividade, com frequência, na matéria em que o assunto são seus filhos e não há perspectiva de retratação.

No mais, na perspectiva do caso analisado, verifica-se que a mediação oportunizou eventual firmamento de acordo que, somente foi possível diante da autocomposição e sua característica de autorregulamentação, como também pelo diálogo espaçado às partes, que, se não possibilitou totalmente o resgate da proximidade das partes, possibilitou então a minimização da distância que os perseguia.

Referências

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **Sobre a mediação familiar**. Brasil: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2009. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/515/Sobre+a+media%C3%A7%C3%A3o+familiar>>

BARBOSA, Águida Arruda. **A política pública da mediação e a experiência brasileira**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Cidadania – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto** nº 591/92. **Pacto** Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, DF, 1992.

BRASIL. **Decreto** nº 592/92. **Pacto** Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF, 1992.

BRASIL. **Decreto** nº 678/92. **Pacto** de São José da Costa Rica, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasília, DF, 1992.

BRASIL. **Lei** nº 8.069/90. **Estatuto** da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

Relatório Justiça em Números 2021. Brasil: CNJ, 2021. Ed. nº. 17, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

Estímulo à autocomposição na resolução de conflitos de interesse de acordo com o novo Código de Processo Civil: conciliação e mediação. Brasil: Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/estimulo-a-autocomposicao-na-resolucao-de-conflitos-de-interesse-de-acordo-com-o-novo-codigo-de-processo-civil-conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 2 nov. 2021.

FELIX, André Salgado. **O impacto da cultura do litígio na sociedade brasileira**. Brasil: Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-27/andre-felix-cultura-litigio-sociedade-brasileira>. Acesso em: 1 nov. 2021.

FERREIRA, Victor Barros Leal de Carvalho. **Mediação de conflitos**. Brasil: Ed.

Justiça & Cidadania, 2013. Disponível em: <https://editorajc.com.br/mediacao-de-conflitos/>. Acesso em: 1 out. 2021.

GOULART, Viviane Ribeiro; WAGNER, Adriana. **Os conflitos conjugais na perspectiva dos filhos**. POPSIC Periódicos Eletrônicos em Psicologia. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672013000300006. Acesso em: 15 set. 2021.

KOERNER, Andrei. **Justiça consensual e conflitos de família: algumas reflexões**. In: AGOSTINHO, Marcelo Labaki; SANCHEZ, Tatiana Maria (Orgs.). *Família: conflitos, reflexões e intervenções*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

Mediação é forma de solucionar conflitos com celeridade e sem levar caso à Justiça. Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará, Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/mediacao-e-forma-de-solucionar-conflitos-com-celeridade-e-sem-levar-caso-a-justica/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

MELO, Luciano. **A importância do diálogo para a convivência familiar**. Argos Psicologia Clínica. Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.argospsi.com.br/post/terapiaemletras11>. Acesso em: 15 set. 2021.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A família na Constituição Federal de 1988: Uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade**. Brasil: novos estudos jurídicos, 2008. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2722.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

Movimento pela conciliação. Brasil: **CNJ**, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em: 19 out. 2021.

MULLER, Fernanda. Insuficiência da Justiça Estatal. O trabalho do psicólogo no campo jurídico. CRUZ, Roberto Morais. MACIEL, Saily Karolin. RAMIREZ, Dario Cunha (Orgs.). São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Processo Civil: breves considerações acerca do artigo 1º a 11 da PLS 166/10**. Brasil: Vol.VI., Revista Eletrônica de Direito Processual, 2010.

Quanto custa um processo judicial? E uma mediação ou negociação?, Brasil: Olivetti & Regina Sociedade de Advogados, 2021. Disponível em: <https://www.olivettiregina.com.br/quanto-custa-um-processo-judicial-e-uma-mediacao-ou-negociacao/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

RO, Christiane. Por que tantas pessoas se distanciam de suas famílias? Brasil, BBC Future, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-48157656>. Acesso em: 20 set. 2021.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: Um guia prático para mediadores**. Fortaleza: Procuradoria de Justiça do Estado do Ceará, 2004.

SALES, Lillian Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHNITMAN, Dora e LITTLEJOHN, Stephen. **Novos Paradigmas em Mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação e novas técnicas de dirimir conflitos**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 3555-394

SUARES, Marínés. **Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Argentina: Ed. Paidós, 2012.

Toffoli se despede do CNJ: “No Brasil se pratica Justiça diuturnamente”. Brasil: Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-09/toffoli-despede-cnj-pais-pratica-justica-diuturnamente>. Acesso em: 31 out. 2021.

VIANNA, Lúcia Leão Pereira; MAYRINK, Viviane Tompe Souza. **Mediação de Conflitos: instrumento de emancipação dos sujeitos**. Publica Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=60243f9b1ac2dba1>. Acesso em: 15 set. 2021.

AMADURECIMENTO DA MEDIAÇÃO NA ERA DIGITAL FRENTE AO COVID-19

Leticia Amorim Marques Pereira

Advogada e Mediadora; Graduada em Direito pelo Centro Universitário Uniseb- Estácio-Ribeirão Preto; Pós-Graduada em Direitos Humanos pelo *Instituto Ius Gentium Conimbrigae* (IGC/CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra- Portugal

Tauana Pereira de Matos

Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto; Pós-Graduada em Prática de Direito Público Avançada na Faculdade Damásio Educacional de São Paulo

Resumo:

A mediação surgiu como um meio alternativo de resolução de conflitos e é um método eficaz e inovador ao Judiciário, tendo conquistado seu próprio espaço e demonstrado a sua eficácia ao longo dos anos. Diante da pandemia provocada pela disseminação do coronavírus, com a contenção e medidas preventivas da poluição viral, o isolamento social tem sido considerado a escolha mais eficaz, levando à rápida migração da sociedade para o mundo virtual, sendo o meio mais viável de se adaptar à situação atual. O direito teve de se adaptar à nova realidade digital diante das mudanças sociais e tecnológicas, a sociedade precisa de resultados para além do sistema judiciário, principalmente no atual cenário pandêmico. Com a ajuda da inovação digital, a mediação é uma alternativa à jurisdição estatal e pode reduzir a carga sobre o judiciário, tendo assim, o seu amadurecimento na era digital frente ao COVID-19.

Palavras-chave: Era digital; Mediação; Pandemia; Tecnologia

Introdução

A pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, obrigou a população, empresas e demais ramos a se reinventarem para atravessar a crise originada. Em um mundo tomado pela tecnologia e movido pelas conexões interpessoais, com a chegada pandemia, a migração para o ambiente digital cresceu de forma mais acelerada. Um momento repleto de desafios e adequações, abriu espaço para mudanças aceleradas como a migração para o mundo virtual.

A tecnologia acabou se tornando forte aliada de combate ao novo coronavírus, tanto na prevenção do seu avanço, quanto como meio de distração e recurso social, além de se tornar importante ferramenta de trabalho ante a paralisação social. É notório que o avanço tecnológico e as constantes inovações digitais vêm se tornando cada vez mais parte do cotidiano do ser humano e que a pandemia possibilitou a aceleração desse processo em razão da necessidade de adaptação à nova realidade.

No âmbito público, a mudança para o digital abriu portas para a inovação, se tornando uma alternativa promissora para poder judiciário na garantia da continuidade de suas funções diante da paralisação das suas atividades essenciais por conta do isolamento social. Não diferente, na Justiça Brasileira, todo setor teve que se adaptar às ferramentas e tecnologias atuais, possibilitando a continuidade das atividades.

Em um momento em que a insegurança causada pela pandemia somada à insegurança de um país com conflitos econômicos, sociais e políticos, o Poder Judiciário em seu atual cenário de morosidade, excesso de demandas e insatisfações, teve que mergulhar nesse novo mundo tecnológico, iniciando um novo ciclo de renovações de ideias, ações e pensamentos, buscando a tecnologia como aliada.

Nesse contexto, pode-se dizer que o Judiciário se encontra em um novo estágio inovador, com as audiências virtuais e o aprimoramento do uso de ferramentas relacionadas à inteligência artificial, além de garantir que os dispositivos jurisdicionais introduzidos pela Constituição Federal em 1988 também melhoraram a produtividade de vários tribunais distritais do país.

Portanto, podemos constatar que as restrições e mudanças no cotidiano trazidas pela pandemia Covid-19 não paralisaram o judiciário, pelo contrário, aceleraram o processo de mudanças já em curso, promovendo assim agilidade na regulamentação judicial.

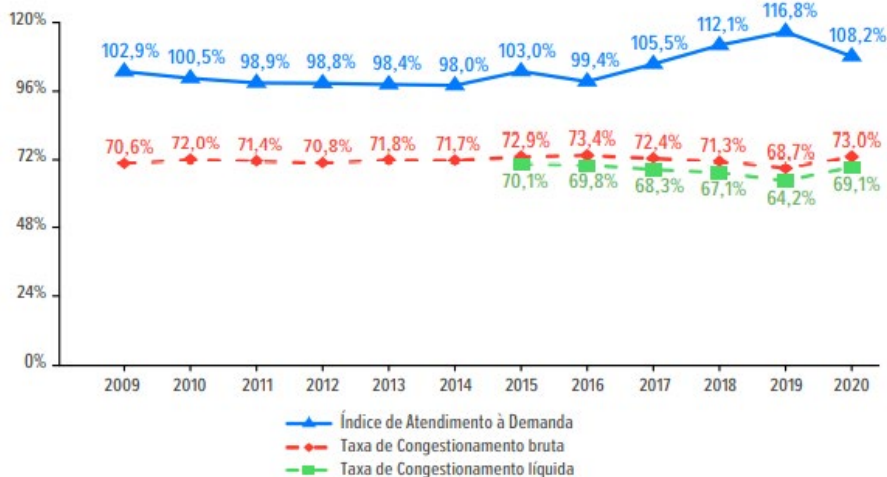
1. Sistema Judiciário defasado

O Poder Judiciário é a instituição que soluciona os litígios da sociedade, o Brasil já tem um histórico repleto de conflitos. Observamos com o tempo, que sua estrutura tradicional está cada vez mais afastada dos interesses da sociedade, e se encontra exaurida devido ao excesso de demandas, falta de juízes e funcionários, principalmente nas primeiras instâncias, falta da informatização, fatores que levam à morosidade, desgaste emocional e elevado custo financeiro, deixando o Judiciário de solucionar os conflitos de forma célere e eficaz, ocasionando a insatisfação dos envolvidos.

Ao se verificar a taxa de congestionamento calculada dos processos nos últimos anos, excluindo-se os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, varia bastante entre os tribunais (Figura 79). Na Justiça Estadual, com taxa de congestionamento média de 75%, os índices vão de 57,5% (TJAC) a 81,6% (TJSP). Na Justiça do Trabalho, com taxa de conges-

tionamento geral de 59,5%, os índices partem de 42,9% (TRT22) e chegam a 68,9% (TRT19), e, na Justiça Federal, com 73,1% de congestionamento geral do segmento, a menor taxa está no TRF5 (61,9%) e a maior, no TRF3 (79,4%). Todos os segmentos da Justiça Estadual, Federal, Eleitoral e do Trabalho tiveram aumento em suas taxas de congestionamento, segundo resultados de análises disponibilizadas pelo Relatório Justiça em Números 2021 do CNJ.

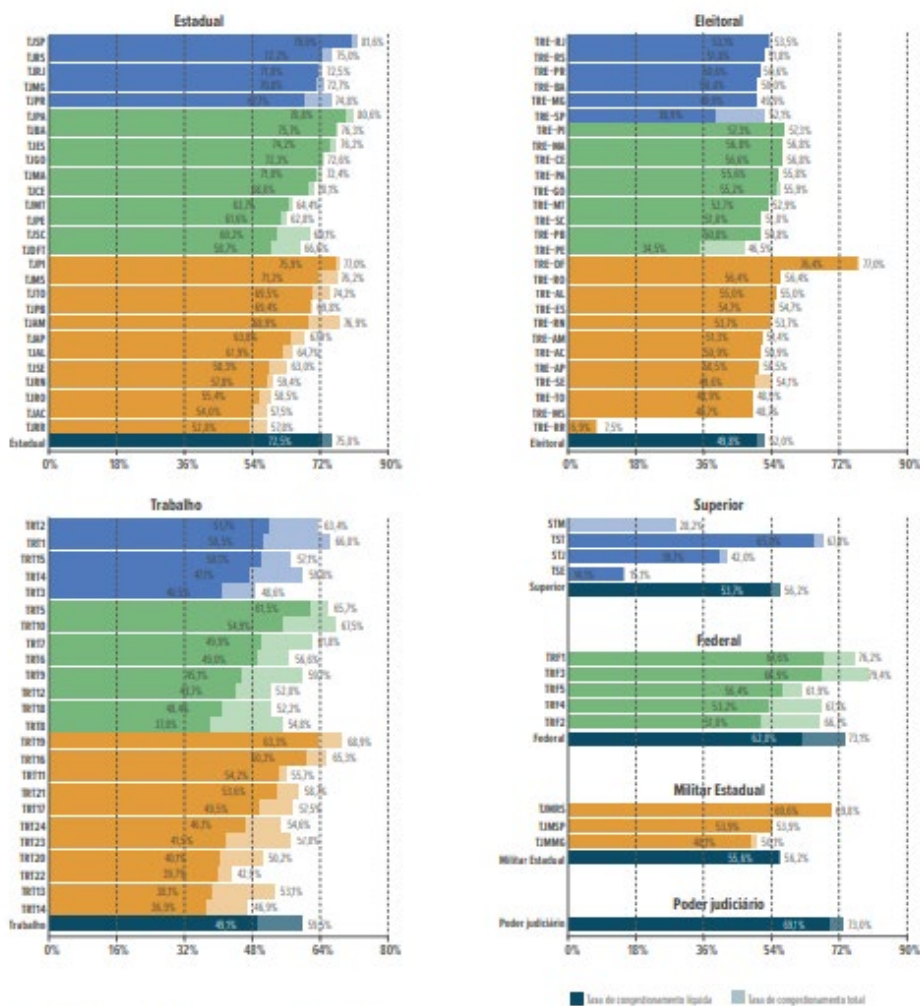
Figura 75 - Série histórica da taxa de congestionamento e do índice de atendimento à demanda



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

A taxa de congestionamento varia bastante entre os tribunais também:

Figura 79 - Taxa de congestionamento total e líquida, por tribunal



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

De fato, ao se analisar o Relatório “Justiça em Números” produzido anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo o ano base 2020, a Justiça brasileira recebe milhões de novos processos, acumulando um estoque pendente triplicado de número de processos.

Diante desta situação descompassada do Poder Judiciário e a constante transformação da sociedade, a cada dia surgem novos direitos e conflitos, em paralelo, novos meios alternativos de solução de litígios são apresentados, como é o caso da mediação.

A fim de reduzir o ônus da justiça e resolver conflitos com a possibilidade de autocomposição, por meio da mediação e conciliação, o estímulo pela

busca por soluções extrajudiciais para resolver conflitos foi marcado pela Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o seu objetivo principal, segundo o próprio texto, é assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. A mediação amplia o acesso à justiça e a pacificação dos conflitos através dos métodos consensuais, sendo medidas efetivas na solução e prevenção de litígios.

Com a pandemia iniciada em 2020, a sociedade e o poder judiciário tiveram que se adaptar ao novo cenário, pontua-se: a mediação, como forma eficaz e adequada de resolução de conflitos, teve um papel importante nesta fase de pandemia e aceleração tecnológica, diante da defasagem jurisdicional já evidente do poder judiciário brasileiro?

2. Mediação

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 125/2010 produziu regulamentação sobre questões de conciliação e mediação judicial e formulou o Núcleo Permanente de Consenso para Resolução de Conflitos (NUPEMEC) e o Centro de Resolução Judicial de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

O ordenamento jurídico brasileiro introduziu o método autocompositivo em sua história, ao promulgar a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) e Lei nº 13.105/2015 (CPC). Com a possibilidade de autocomposição, é possível almejar um novo futuro para o tratamento de conflitos, com os métodos específicos, buscando então maior agilidade ao judiciário.

A diferença entre conciliação e mediação está na atuação dos profissionais. Enquanto mediador apoia as partes, sem suggestionar, para que delas mesmas surja a solução do problema, mantendo-as como autoras de suas próprias soluções. Nesse processo, existe a preocupação de (re)criar vínculos entre as pessoas, estabelecendo pontes de comunicação; O conciliador atua analisando a controvérsia em conjunto com as partes, sugerindo soluções, incentivando o acordo, intervindo nos conflitos com suas opiniões. Há um objetivo claro e pré-estabelecido: chegar a um acordo, por meio da autocomposição, ambas são formas de solução de conflitos eficazes e alternativas à jurisdição estatal, sendo diferenciadas entre si somente nas matérias e técnicas aplicadas.

Uma nova forma de resolução de conflitos foi aberta, a mediação é determinada pela personalidade, boa-fé, autonomia das partes, imparcialidade e confidencialidade. A condenação é aplicada, mas tem uma atuação de terceiro neutro como uma parte conflitante e imparcialidade.

O mediador se empenha na técnica de reestabelecer a relação pessoal entre as partes quando se depara com situações em que há relacionamento interpessoal, de modo que através de procedimentos e regras determinadas, possibilita uma análise mais ampla da situação apresentada, dos indivíduos e fatos relacionados a eles.

O processo de autocomposição se dá na medida em que com o auxílio

do mediador(a), as partes tentam chegar a um acordo pela conversa consensual, por meio da observação interna e recombinação de componentes que podem ser emocionais, jurídicos, entre outros.

O método de mediação é um processo muito dinâmico e requer seus procedimentos adequados, sua preparação deve estar voltada para atender às expectativas dos usuários, pois espera-se que o mediador retorne com satisfação e escolha a opção mais adequada para ajudar a solucionar os conflitos.

O tipo de negociação da mediação é a negociação cooperativa, sendo modelo paradigma de uma negociação justa e eficaz, na qual os interesses de ambos envolvidos são buscados através do diálogo, de forma que a solução seja favorável a eles. O conhecimento das técnicas utilizados na conciliação e mediação são de extrema necessidade para que se consiga atingir o consenso comum, portanto, como técnica primordial na vida em sociedade, a todo momento o mediador deve afastar os valores negativos e ressaltar aos envolvidos que o conflito é pertinente ao ser humano em qualquer tipo de relação social e tem solução.

A relação baseada no princípio da confiança que deve ser estabelecida na mediação, é alcançada através de uma cerimônia de competências e princípios que procuram estrategicamente introduzir novidades que ambas as partes não viram.

De acordo com o Relatório de Justiça em Números de 2021- ano base 2020-, disponibilizado pelo CNJ, na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 15,8%, sendo de 17,7% na Justiça Estadual e de 11,6% na Justiça Federal. Nos juizados especiais a conciliação é um pouco maior que na justiça comum, que alcança 12,5% na Justiça Estadual e 2,2% na Justiça Federal.

A conciliação e mediação tornaram-se obrigatórias na audiência prévia em 2016, marco legal destacado no novo Código de Processo Civil, fator que demonstrou a sua importância e necessidade ao longo dos anos, e gradativamente vem se mostrando forte aliado à jurisdição estatal. No entanto, a sua eficácia foi reduzida no ano de 2020, ano da pandemia, houve significativa queda no número de acordos consensuais, este cenário será apresentado ao longo do artigo.

Pandemia

Em meados de março de 2020, surgiu uma nova doença na China, que se disseminou de forma acelerada pelo mundo, atingindo quase todos os países e orquestrando uma pandemia mundial (classificação usada para descrever o crescimento inesperado de uma doença em âmbito global).

Este novo tipo de vírus ficou conhecido como COVID-19, segundo matéria disponibilizada no site do Ministério da Saúde do Brasil, é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. A transmis-

são do vírus é rápida e instantânea, bastando que haja o contato da pessoa com objetos ou indivíduos já contaminados com o vírus, através de simples toque de mão, pelo espirro, gotículas de saliva, tosse dentre outras formas de contaminação.

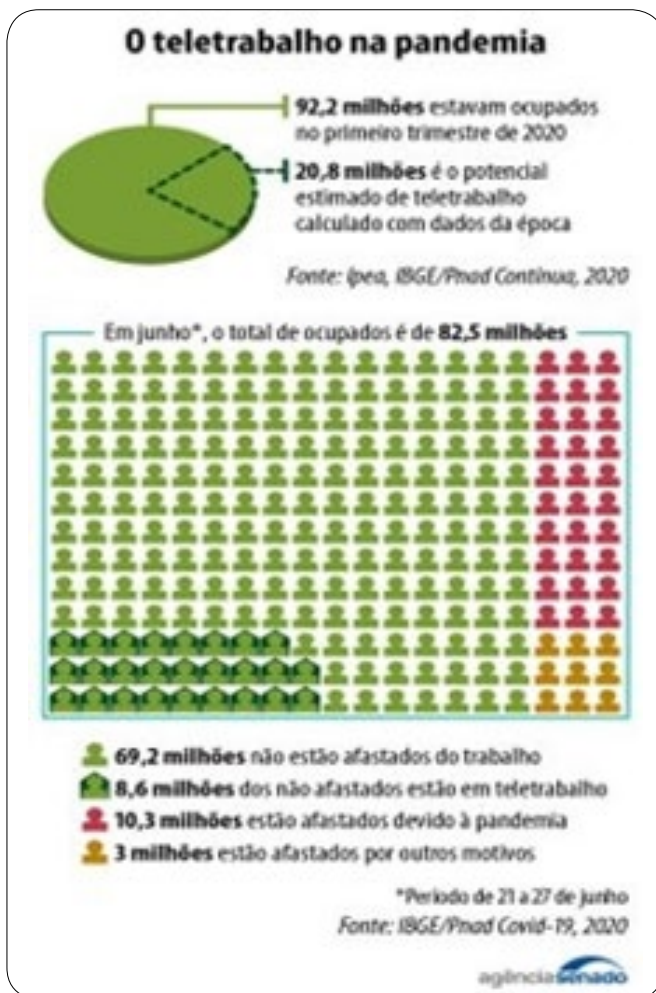
A pandemia fez o mundo paralisar e ter que encontrar meios de sobrevivência, todos os setores foram afetados, desde a economia até o social, trazendo uma nova realidade à sociedade de todos os países, inclusive à brasileira.

Pandemia como forma de acelerar a migração à tecnologia

A pandemia mundial do Covid-19, originou a instauração de uma situação emergencial e a sociedade brasileira deixou de ter acesso a recursos com os quais já estavam acostumados, como o ambiente de trabalho, salas de aulas, trabalhos, reuniões, social em grupo etc. Um momento repleto de desafios e readequação, e que também abriu espaço para mudanças aceleradas de comportamentos, como a migração para o mundo virtual.

Ao mesmo tempo que o isolamento foi decisório para evitar a disseminação do vírus, a aceleração e migração para o mundo digital foi uma medida de mitigar os efeitos da pandemia. Em uma pesquisa realizada através dos dados de busca do Google, notou-se que em semanas, vivenciamos acontecimentos que levariam décadas para ser incorporados em nossas rotinas, principalmente nas relações comerciais.

A sociedade buscou se readaptar às novas rotinas e meios de convivência, encontrando no mundo virtual uma forma de se sentirem conectados com as pessoas, de forma prática e rápida. Como alguns exemplos dessa rápida migração ao mundo digital, citam-se: educação online, telemedicina, trabalho remoto (teletrabalho), lives, encontros virtuais, terapia online, missas e cultos pela internet, exercício e atividade física, vendas online, transações bancárias digitais, jogos online etc.



O uso da tecnologia foi importante ferramenta no âmbito prático-jurídico. Diante da adaptação ante ao isolamento social e paralisação dos trabalhos presenciais. A facilidade de comunicação e conexão pessoal entre as pessoas via online, possibilitou a migração das audiências demais atos processuais ao mundo tecnológico e conectado.

Nova era digital

Na nova era digital, era das informações ou também chamada de era tecnológica, observamos nos avanços tecnológicos um novo ciclo de renovações de ideias, ações e pensamentos à sociedade. O mundo virtual permite uma era de interação entre as pessoas e as informações, por isso, além de meras receptoras de dados e informações, passam também a contribuir e produzir novas ideias e ações.

A internet e novas tecnologias mudaram o mundo, as pessoas entraram de vez na era da informação, mergulhando em um mundo totalmente digital e conectado. As interações através de uma rede de conexão permitem uma imersão no mundo virtual no qual qualquer pessoa com acesso à internet, possui contato com dados e informações a nível internacional, de forma rápida e facilitada. Através dela, possibilita-se o uso de tecnologias como inteligência artificial, metaverso, internet das coisas e computação em nuvem, que refletem na forma de pensar, comunicar e até de trabalhar.

Atualmente, a humanidade enfrenta grande desafio coletivo de adaptação e busca de novas soluções em meio à pandemia e revolução tecnológica. Na busca de manter a sociedade em sua normalidade, graças às novas soluções digitais, foi possível reorganizar e dar sequência às atividades operacionais por meio do trabalho remoto. As interações sociais passaram a ser virtuais e o novo mundo digital passou a ser mais explorado.

Em um estudo realizado pela “Forbes” “Ainda olhando para o horizonte de 2022, 60% da população mundial será usuária da rede mundial de computadores. O volume disso será gigantesco: mais de 28 bilhões de dispositivos e conexões estarão online. No Brasil, haverá 191 milhões de usuários de internet, o que representará 88% da população brasileira.”

De fato, essa nova era digital transformará a forma como a sociedade vive, trabalha e se relaciona, podendo facilitar cada vez mais a interconectividade. Diante dessa nova realidade digital, a aplicação do método de mediação teve que se adequar à nova realidade também, porém, a sua eficácia continua sendo positiva diante dos impedimentos ocasionados pela pandemia?

Mediação aplicada nos meios digitais

Dois marcos importantes foram incentivadores na aplicação da mediação de forma virtual: o avanço tecnológico e a pandemia Covid-19. Restou comprovado que ao longo dos anos, houve grande aceleração tecnológica, ocasionando o aumento do uso da internet e a rápida migração e adaptação da sociedade ao novo mundo digital.

O maior motivo que possibilitou essa aceleração, foi a pandemia mundial iniciada em 2020, que forçou que a sociedade se adaptasse à nova realidade de isolamento social, demonstrando o poder da internet e da tecnologia, que permitiu que a conexão interpessoal se fizesse presente de alguma forma nos ambientes virtuais.

Considerando o momento pandêmico, e não diferente de qualquer outro setor de atuação profissional, a Justiça Brasileira encontrou como forma alternativa a evitar a paralisação total das suas atividades, a migração para o mundo virtual, possibilitando que os atos processuais, audiências e demais necessidades ao bom funcionamento de suas atividades, fossem praticadas utilizando a tecnologia como ferramenta de trabalho, e a internet como meio de conexão, desta forma, a tecnologia acabou se tornando forte aliado ao poder

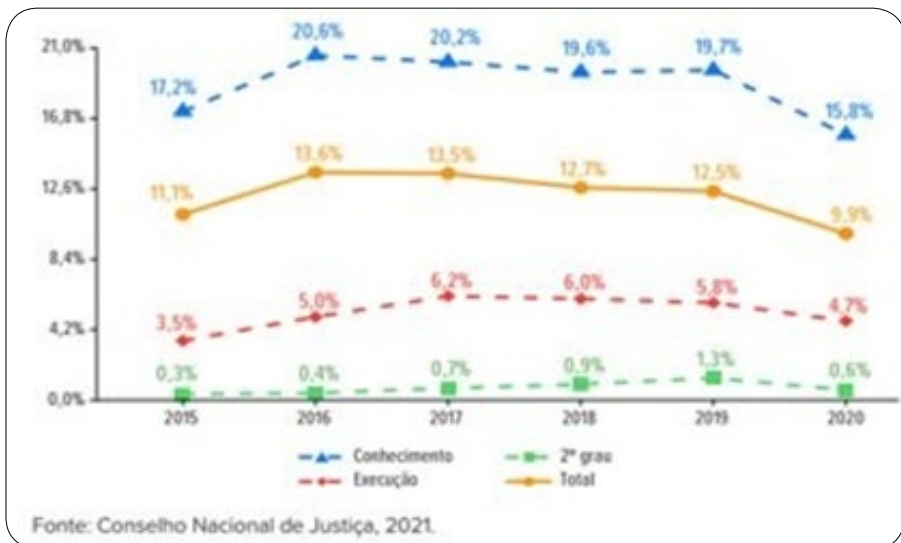
público no combate ao novo coronavírus.

Diante dessa nova realidade, as sessões de mediação passaram a ser exercidas por videoconferência, nova forma de realizar a conversa amigável, sem a presença de fato das partes. O papel desempenhado pela tecnologia no âmbito prático-jurídico foi um marco necessário na pandemia, mas fica o questionamento, até que ponto este novo método digital afeta os resultados, que com os anos, se mostraram tão positivos na resolução dos conflitos?

Apesar da loucura vivenciada na adaptação aos novos meios tecnológicos, foi constatado que, apesar das dificuldades com a pandemia da Covid-19, mais de 2,42 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça brasileira em 2020.

Esse montante representa 9,9% do total de sentenças. Apesar do bom índice, o resultado foi 37,1% menor do que o registrado em 2019, segundo análise final dos dados apontada no Relatório anual de Justiça em Números 2021 (ano-base 2020), divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

De acordo com o Relatório de Números de 2021 disponibilizado pelo CNJ, no âmbito judicial, foi comparado o percentual de sentenças homologatórias de acordo, ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas, em relação ao ano anterior, houve diminuição de 1.431.065 sentenças homologatórias de acordo (-37,1%). O relatório expõe a possibilidade do número ter abaixado em decorrência da pandemia da covid-19, que pode ter dificultado a realização de procedimento de conciliação e mediação presenciais ou das técnicas usuais de construção de confiança e espírito de cooperação entre as partes processuais empregadas em audiências presenciais.



Visando na contribuição prática ao decorrer da elaboração deste artigo, foram realizadas duas pesquisas de campo com profissionais mediadores

atuantes e advogados.

O questionário realizado aos advogados atuantes, abordou as seguintes questões: 1.) Na sua opinião, você observa a mediação como um meio alternativo de resolução de conflitos eficaz? 2.) Você já participou de uma mediação online? Como foi sua experiência?

Dentre as respostas obtidas, as mais destacadas foram: a inclusão e auto-composição, personalidade, método célere, eficaz e pacífico, facilidade de acesso por meio da internet, por qualquer equipamento com internet, facilidade de acesso por não ter que se locomover, acesso de fato à garantia à justiça, satisfação das partes, reestabelecimento de conexões, economia de tempo e financeira.

De maneira geral, ao longo de sua jornada, é comprovada a eficácia da mediação, estudos realizados anualmente e disponibilizados nos Relatórios de Justiça em Números, do CNJ, comprovam ser um meio método e adequado e eficaz à jurisdição estatal, possibilitando, dentre variados motivos, o desafogamento do Poder Judiciário.

O questionário aplicado aos mediadores, aborda as seguintes questões: 1.) Como você enxerga a mediação na nova era digital, diante do rápido avanço tecnológico? 2.) Na sua visão, quais as vantagens e desvantagens da mediação online? 3.) Você acredita que a mediação online é um meio alternativo de resolução eficaz? 4.) Na sua opinião, a mediação é realmente um meio para se resolver os problemas, de forma eficaz e em menos tempo?

Os resultados obtidos foram categorizados em pontos positivos e negativos da aplicação da mediação de forma virtual, de forma positiva, todos concordaram na sua eficácia e resultados positivos em sua maior parte, sendo a favor deste tipo de resolução alternativa e adequada dos conflitos. Dentre as respostas dos profissionais sobre as dificuldades da aplicação da mediação no ambiente virtual, destacam-se: a falta de personalidade, do “olho a olho”, dificuldade de acesso à internet, assim como a sua inconsistência e instabilidade, falta de instrumentos e ferramentas que permitem o acesso à internet, como computadores, tablets etc., desconhecimento das pessoas de como utilizar as plataformas de comunicação, como: zoom, google meet, falta de técnica dos profissionais mediadores no ambiente virtual e na condução da sessão online etc.

Embora a tecnologia da videoconferência tenha se tornado mais presente nos dias atuais e se tornado importante ferramenta utilizada para dar continuidade aos trabalhos, no meio da mediação, ainda há limitações na sua aplicabilidade, os meios eletrônicos garantem a eficiência dentro dos limites exigidos, em especial, quando a distância não é medida, a aproximação das partes pode agilizar as medidas legais, desafogando assim, as instituições judiciais superlotadas. Com o cenário atual, em meio a pandemia e a necessidade abrupta de todo processo de virtualização no meio jurídico à possibilidade imediata da interação de todas as plataformas relacionadas ao poder judiciário, contrapondo à acessibilidade por todos os usuários do poder Judiciário.

As dificuldades e limitações encontradas na mediação virtual, partem principalmente da falta de estratégia e preparação na condução de trabalho, visto que uma das principais características da mediação, que é a pessoalidade, se perde na interação pela tela do dispositivo, distanciando os envolvidos. Portanto, a diminuição no número de acordos constatada no ano de 2020, pode ter sido ocasionada pela realidade que a justiça enfrenta atualmente, aprendendo a se adaptar aos novos meios de soluções digitais, porém, demonstra que mesmo diante dos desafios, tem seu lugar garantido na aplicação.

A realização de estratégias do profissional mediador deve ser tratada de maneira a permitir a condução da conversa incentivando a confiança, empatia e a comunicação entre os envolvidos. Em um ambiente físico formado estrategicamente, com técnicas e metodologias aplicadas ao longo dos anos, inclusive o cuidado com o ambiente físico e disposição das cadeiras das partes, devem ser aprimorados e analisados no mundo digital, de forma a alcançar os mesmos resultados satisfatórios. Já é possível imaginar uma audiência realizada através de soluções virtuais, que levará a parte ao ambiente perfeito em outra dimensão, utilizando apenas uma ferramenta digital, como um óculos de realidade virtual. O fator mais importante de se ter em mente, é que o mundo digital é uma nova realidade, novas tecnologias, ferramentas e dimensões surgirão e a sociedade começa, desde já, a aprender a se adaptar a ela.

Conclusão

A mediação tem sua eficácia comprovada na resolução de conflitos, seja ao melhorar os relacionamentos interpessoais ou pelo menos evitar a sua deterioração, na medida em que promove um ambiente de colaboração na abordagem do problema, essas são apenas algumas das características marcantes do seu sucesso.

A acelerada migração para o ambiente digital devido à obrigatoriedade do isolamento social ocasionado pela pandemia mundial do coronavírus, foi fator determinante para continuidade da resolução consensual. Na medida em que tudo e todos tiveram de se adaptar à nova realidade, sendo assim, não foi diferente na aplicabilidade do método autocompositivo.

Através da realidade vivenciada por profissionais atuantes da área da mediação e advogados que diariamente participam de audiências judiciais e extrajudiciais de mediação, foram observados fatores que influenciam diretamente no resultado positivo que a mediação vem demonstrando ao longo dos anos, dentre eles, foi observado que a pessoalidade se perde no mundo digital, parte da comunicação e valorização da estratégia da mediação precisam ser adaptadas, assim como as técnicas utilizadas no mundo virtual, para que se pareça o máximo com a conexão pessoal, cuja otimização se daria pela presença física de todos.

O futuro tecnológico, representará a convergência definitiva dos mundos real e virtual. Semelhante ao que aconteceu com a internet em seu início,

a criação de novos meios de tecnologia. A adaptação ao novo mundo não se encaixa somente na mediação e sim se torna uma nova realidade em que tudo e todos terão de se conectar e renovar.

Algumas novas tecnologias que surgem nesse novo mundo virtual, como exemplo e futura solução aplicável no âmbito jurídico, citamos o metaverso, que replica a realidade através de dispositivos digitais, são fortes aliados nessa adequação da conectividade entre as partes, podendo se tornar em um futuro próximo, ferramenta e técnica apta a melhorar a relação das partes quando se perde a pessoalidade pela distância.

A nova era digital chegou acelerada, desacompanhando os passos da mediação que ainda vem conquistando seu lugar, porém, a possibilidade de atualização do seu método junto as ferramentas existentes e que estão sendo criadas, possibilitarão uma conexão maior que a atual e permitirá uma conexão mais dinâmica e facilitadora entre os envolvidos no litígio.

Para que a sociedade tenha mais acesso à justiça, é preciso de agilidade, eficiência e adaptação, pois quando se alcança os objetivos traçados pelas partes, contribui-se para melhor harmonia social. Portanto, além da reparação pessoal, o fato de a internet ter suas próprias burocracias, como o acesso e as técnicas de sua utilização, pode dificultar o acesso aos métodos autocompositivos, mas, positivamente, abre portas a um novo mundo repleto de novos ideais e soluções aguardando uma adaptação para alcançar resultados inimagináveis. A pandemia não paralisou o judiciário, pelo contrário, acelerou o processo de mudanças já em curso, promovendo assim agilidade no processo judicial.

No atual cenário em que se busca adotar medidas no combate aos efeitos da pandemia do Covid-19, talvez a maior potencialização da mediação seja a sua flexibilidade e adequação na resolução dos conflitos, superando as dificuldades e impasses enfrentados.

Torna-se evidente a necessidade de adaptação do direito à nova realidade digital, que, diante das constantes transformações sociais e tecnológicas, fazem com que a sociedade necessite de resultados além do proporcionado pelo Sistema Judiciário. Em se tratando de resolução de conflitos, os profissionais e instituições públicas devem buscar alternativas e adequações para viabilizar a mediação. Com a ajuda das inovações digitais e o amadurecimento da mediação frente à nova era tecnológica, o método autocompositivo se tornará um aliado mais forte à jurisdição estatal, de forma a possibilitar o desafogamento do Judiciário, e garantir o efetivo acesso à justiça.

Referências

ALVES, R. F. Era da Informação. **Era digital ou Era da Informação. 2013. Mundo Educação.** Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/era-informacao.htm>. Acessado em: 25 Out. 2021.

ARTHUR, G.; MORI, K. **Décadas em semanas: a migração do consumo bra-**

sileiro para o digital. Think with Google. Disponível em: <https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/estrategias-de-marketing/search/decadas-em-semanas-a-migracao-do-consumo-brasileiro-para-o-digital/>. Acessado em: 25 Out. 2021.

BRANDVOICE CISCO. **Revolução tecnológica deve transformar a vida no mundo.** 12 Aug. 2019. Forbes Brasil. Disponível em: <https://forbes.com.br/brand-voice/2019/08/revolucao-tecnologica-deve-transformar-a-vida-no-mundo/>. Acessado em: 25 Out. 2021.

CRISTIANE BONFANTI. **Mundo pós-pandemia vai ser mais digital e, ao mesmo tempo, mais humano.** 9 Jun. 2020. JOTA Info. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/mundo-pos-pandemia-vai-ser-mais-digital-e-ao-mesmo-tempo-mais-humano-09062020>. Acessado em: 10 Nov. 2021.

Era Digital: Entenda O Que É E Quais Seus Impactos Na Sociedade. 18 Jun. 2019. Neil Patel. Disponível em: <https://neilpatel.com/br/blog/era-digital/>. Acessado em: 01 Nov. 2021.

GABRIELA DEL CARMEN. **Metaverso: tudo que você precisa saber sobre a tecnologia que integra os mundos real e virtual.** Forbes Brasil. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/05/metaverso-tudo-que-voce-precisa-saber-sobre-a-tecnologia-que-integra-os-mundos-real-e-virtual/>. Acessado em: 01 Nov. 2021.

Internet Das Coisas: Entenda O Conceito E O Que Muda Com A Tecnologia. TechTudo. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2014/08/internet-das-coisas-entenda-o-conceito-e-o-que-muda-com-tecnologia.ghtml>. Acessado em: 10 Nov. 2021.

Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acessado em: 29 Out. 2021.

Justiça em Números 2021: quando o mundo parou, a Justiça inovou na pandemia. AMB. Disponível em: <https://www.amb.com.br/justica-em-numeros-2021-quando-o-mundo-parou-justica-inovou-na-pandemia/>. Acessado em: 10 Nov. 2021.

O Poder Judiciário Em Tempos De Pandemia De Covid-19. 2021. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2021/o-poder-judiciario-em-tempos-de-pandemia-de-covid-19-1>. Acessado em: 01 Nov. 2021.

Publicações Técnicas. 2021. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas>. Acessado em: 29 Out. 2021.

Teletrabalho Ganha Impulso Na Pandemia, Mas Regulação É Objeto De Controvérsia. Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia>. Acessado em: 29 Out. 2021.

ATUAÇÃO DO ÁRBITRO EM MATÉRIA PROCESSUAL E ANULAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS

Raul Longo Zocal

Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Associado ao Instituto de Direito Privado (IDiP), ao Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) e ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Advogado em São Paulo

Resumo:

O artigo investiga qual seria o limite para a reanálise dos tribunais estatais sobre as sentenças arbitrais, no âmbito das demandas anulatórias, especificamente quanto à matéria de provas. Para tanto, o artigo analisa dois julgados provenientes de cortes brasileiras para identificar, a partir deles, pontos em que os tribunais estatais tenham, ao decidir sobre a violação ao contraditório por negativa de produção de prova pericial, adentrado o mérito da disputa e o convencimento dos árbitros. A partir dessa análise, o artigo propõe que o convencimento dos árbitros seja a medida de limitação à ingerência dos tribunais estatais sobre as decisões atinentes à pertinência de provas no processo arbitral, com o intuito de evitar o reexame de mérito das sentenças arbitrais a pretexto da avaliação de *errores in procedendo*.

Palavras-chave: Arbitragem; Anulação; Provas; Jurisdição; Convencimento.

Bom dia a todos. Meus cumprimentos aos participantes deste VI Congresso Internacional de Direitos Humanos, com nossos colegas de Coimbra, e em particular aos Coordenadores deste Simpósio, o Professor Paulo Henrique dos Santos Lucon, meu saudoso professor já há muitos anos na Universidade de São Paulo e meu orientador de mestrado, e o Professor Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, que tive a felicidade de conhecer mais recentemente e a oportunidade de conversar com muita franqueza e interesse sobre diversos aspectos da arbitragem no Brasil.

Este Congresso adota uma concepção mais ampla da proteção dos direitos humanos, abrangendo o acesso à justiça como direito fundamental e, dentro dele, o acesso à justiça pelo mecanismo da arbitragem.

Minha proposta é uma reflexão sobre o direito à prova e a permissão de que o Poder Judiciário reexamine aspectos do contraditório no âmbito da

ação anulatória da sentença arbitral. Neste ponto, direito brasileiro e direito português são similares. No Brasil, o artigo 32, inciso VIII da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem Brasileira) permite que a sentença arbitral seja invalidada se o procedimento arbitral não observa os princípios indicados pelo artigo 21, §2º da mesma lei, dentre os quais se inclui o contraditório. Em Portugal, a Lei nº 63/2011 (Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa) traz, em seu artigo 46º, nº 3, alínea “a”, item “ii”, a possibilidade de anulação da sentença arbitral em caso de violação a qualquer dos princípios indicado no artigo 30º, nº 1 – dentre os quais se inclui o contraditório (item “c”) – com influência decisiva na resolução do litígio.

Duas considerações iniciais sobre as disposições nas leis brasileira e portuguesa.

Em primeiro lugar, embora as disposições não façam referência expressa a provas, é de se notar que o princípio contraditório funciona como um princípio que sintetiza a atuação da parte em reação à contraparte – com os instrumentos processuais facultados à atuação, como a produção da prova a integrar a ação ou reação, a depender da posição da parte no processo. Ainda que parte da doutrina reconheça a ampla defesa como um aspecto mais conectado ao mérito da causa (seja a pretensão deduzida pelo autor, seja a matéria de defesa), a ampla defesa relaciona-se com os instrumentos processuais – como a prova – e, para a doutrina majoritária, a ampla defesa está contida no contraditório.¹

Em segundo lugar, a lei portuguesa indica que, para a anulação da sentença arbitral por violação ao contraditório, é necessário que a violação tenha “influência decisiva na resolução do litígio”. Essa regra, embora não anunciada na lei brasileira, é considerada pela doutrina no Brasil no âmbito da necessidade de que a violação cause prejuízo à parte,² em particular em matéria de produção de provas.³

1 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206-207; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 79. Ver, ainda, a posição de José Afonso da Silva, segundo o exercício do contraditório pressupõe a garantia da ampla defesa (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 157).

2 FONSECA, Rodrigo Garcia da. Impugnação da sentença arbitral. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Antônio Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 658; CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 393.

3 “Se as partes conferiram poder (jurisdição) para que os árbitros julguem definitivamente o conflito, nessa outorga de poderes inclui-se, mais especificamente, o poder de decidir sobre a pertinência das provas requeridas pelas partes. Daí não se pode concluir que eventual indeferimento de provas pelos árbitros poderia chegar ao ponto de praticamente inviabilizar a defesa de uma das partes, o que ocorreria se, por exemplo, essa parte não tivesse a oportunidade de provar suas alegações por outras formas. Aí, sim, seria possível falar em verdadeiro cerceamento de defesa que conduziria à nulidade da sentença. O metro a ser utilizado será sempre o prejuízo, já que não há nulidade sem

Colocados esses pontos, gostaria de avançar no tema da relação entre produção de provas na arbitragem e invalidação da sentença arbitral a partir de uma ótica prática. Para orientar minha exposição, proponho abordar dois casos recentes que tiveram lugar nas cortes brasileiras, tendo o primeiro sido decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em 2019 e o segundo decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 2021. Apesar de brasileiros, esses precedentes poderiam muito bem ser oriundos dos tribunais portugueses, pois se baseiam em previsões legais similares às da Justiça portuguesa.

Tratemos, portanto, da primeira decisão, originária do Superior Tribunal de Justiça e proferida em março de 2019 nos autos do Recurso Especial nº 1.660.963-SP.⁴

prejuízo (*pas de nullité sans grief*)” (ALVES, Rafael Francisco. Note: Racional Engenharia Ltda. v. Rio do Brasil Projetos Ltda. e Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá/Câmara Comercial Brasil Canadá, Court of Justice of the State of São Paulo, Processo nº 583.00.2007.116858-6, Processo nº 2007.116858-6, 9 March 2007. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 139-144, abr. 2007, p. 143).

- 4 O acórdão foi assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. CONFLITO DE INTERESSES DIRIMIDO PELO TRIBUNAL ARBITRAL, SURGIDO NO BOJO DE CONTRATO DE CESSÃO DE QUOTAS SOCIAIS. 1. HIPÓTESES DE CABIMENTO. TAXATIVIDADE. 2. ALEGACÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL. NÃO OCORRÊNCIA. 3. LIVRE CONVICTÃO MOTIVADA DO JULGADOR. FUNDAMENTAÇÃO COESA E COERENTE A EVIDENCIAR A DESNECESSIDADE, E MESMO IDONEIDADE, DA PROVA REQUERIDA. RECONHECIMENTO. 4. ALEGACÃO DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA (BOA-FÉ OBJETIVA). PRETENSÃO DE REVISAR A JUSTIÇA DA DECISÃO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O excepcional controle judicial promovido por meio de ação anulatória, prevista no art. 33 da Lei n. 9.307/1996, não pode ser utilizado como subterfúgio para se engendrar o natural inconformismo da parte sucumbente com o desfecho conferido à causa pelo Juízo arbitral, como se de recurso tratasse, com o simples propósito de revisar o mérito arbitral. 1.1 A ação anulatória de sentença arbitral há de estar fundada, necessariamente, em uma das específicas hipóteses contidas no art. 32 da Lei 9.307/1996, ainda que a elas seja possível conferir uma interpretação razoavelmente aberta, com o propósito de preservar, em todos os casos, a ordem pública e o devido processo legal e substancial, inafastáveis do controle judicial. 2. O exame quanto à suficiência das provas ou à necessidade de realização de determinada prova é providência que compete exclusivamente ao juiz da causa, no caso, o Tribunal arbitral, afigurando-se corolário do princípio do livre convencimento motivado. O indeferimento de determinada prova, desde que idoneamente fundamentado pelo juízo arbitral, não importa em ofensa ao contraditório. 3. Da fundamentação expendida pelo Tribunal arbitral, constata-se que a fixação do preço das quotas sociais pressupôs não apenas o conhecimento, mas, principalmente, o assentimento das partes contratantes acerca da situação contábil da sociedade por ocasião da realização do negócio jurídico. Logo, qualquer débito ali constante não poderia ser compreendido como ‘oculto’, conclusão, é certo, que dispensou a realização de perícia contábil. De seus termos, é possível inferir, claramente, que a realização de prova pericial, a recair justamente sobre a contabilidade da sociedade empresarial – a conhecida e utilizada pelas partes para o estabelecimento do preço do negócio jurídico na sequência perfectibilizado – seria de todo inútil à identificação de algum débito oculto, sem que houvesse a individualização mínima deste pela parte interessada, providência absolutamente factível, já que perpetrou, *sponte propria*, a retenção do valor do pagamento com base, natural-

A disputa envolvia a cessão onerosa de quotas societárias e discutia a responsabilidade do cedente por dívidas contraídas antes da data de corte da operação. A parte cessionária alegava que a sociedade *target* da operação – cujas cotas foram negociadas – deteria “passivos ocultos” de responsabilidade do cedente e, diante disso, a cessionária decidiu reter parte do preço contratual da cessão. A questão foi levada a arbitragem e o tribunal arbitral não identificou os alegados “passivos ocultos”, de modo que a sentença arbitral determinou que a parte cessionária pagasse à cedente a parte do preço que havia decidido reter.

Pois bem. No curso da arbitragem, uma das discussões que se instaurou foi a necessidade de realização de prova acerca dos débitos da sociedade *target* que justificariam – ao sentir da cessionária – a realização de perícia contábil para avaliar quais débitos seriam anteriores à data de corte da operação societária. O tribunal arbitral negou a prova pericial, afirmando que haveria a necessidade de uma individualização mínima dos débitos, sem a qual a perícia não seria cabível.

Diante disso, a parte cessionária submeteu ao Poder Judiciário a pretensão de anulação da sentença arbitral, alegando violação ao contraditório e à ampla defesa. Discutia-se ainda, no caso, suposta violação à ordem pública na aplicação do princípio da boa-fé, como se nota na ementa acima referida, mas que não importa para o argumento que ora desenvolvo.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou o pedido de anulação com base em dois argumentos.

O primeiro argumento, que reputo inteiramente adequado, foi o de que árbitros analisaram e decidiram fundamentadamente o pedido de perícia. Assim, o Poder Judiciário não poderia intervir no convencimento dos árbitros. Conforme restou disposto no acórdão,

mente, em débitos específicos. 3.1 Diante da coesa e substancial fundamentação adotada pelo Tribunal arbitral, a não realização da prova pericial contábil requerida, considerada desnecessária ao deslinde da controvérsia pelo Tribunal arbitral, não encerrou vilipêndio aos princípios do contraditório e da ampla defesa, apto a ensejar a anulação da sentença arbitral, mas, sim, consectário do livre convencimento motivado do Juízo arbitral. 4. Em que pese o alto grau de indeterminação do conceito de ‘ordem pública’ – variável dado o momento histórico –, este deve compreender toda a gama de princípios e valores incorporados na ordem jurídica interna, com alto grau de normatividade, portanto, que se revelem fundamentais ao Estado, razão pela qual são de observância obrigatória pelo direito estrangeiro (como condição de eficácia) e, por interpretação ampliativa, pelo Juízo arbitral. 4.1 A compreensão adotada pelo Tribunal arbitral de que o comportamento contratual da recorrente ensejou o desequilíbrio contratual ajustado pelas partes e enriquecimento indevido, não importa em ofensa à ordem pública, mostrando-se absolutamente possível, segundo o direito brasileiro, eleito pelas partes para dirimir o mérito do conflito de interesses – não se tecendo, no ponto, nenhuma consideração de mérito, se acertada ou não a decisão arbitral. 4.2 A argumentação expendida pela insurgente de que a sentença arbitral violou o princípio da boa-fé objetiva evidencia, às escâncaras, o propósito de revisar a justiça da decisão arbitral, a refugir por completo das restritas e excepcionais hipóteses de cabimento da ação anulatória. 5. Recurso especial improvido.” (STJ, Terceira Turma, Recurso Especial 1.660.963-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26/03/2019, por unanimidade).

De plano, deve-se deixar assente que o exame quanto à suficiência das provas ou à necessidade de realização de determinada prova é providência que compete exclusivamente ao juiz da causa, no caso, o Tribunal arbitral, afigurando-se corolário do princípio do livre convencimento motivado. Por consectário, o indeferimento de determinada prova, desde que idoneamente fundamentado pelo juízo arbitral, não importa em ofensa ao contraditório.

Nesse ponto, e corroborando com a posição dos ministros julgadores, é de se lembrar a observação da doutrina de que os árbitros possuem “o poder de decidir sobre a pertinência das provas requeridas pelas partes”.⁵

Em adição, a turma julgadora trouxe um segundo argumento – que é objeto de minha preocupação. Segundo os julgadores, analisando-se o descritivo do caso, o tribunal arbitral teria procedido de maneira correta ao indeferir a realização da prova pericial no caso, diante dos elementos do caso. Os ministros sustentaram essa afirmação no entendimento de que não caberia a realização da prova pericial sem que os débitos fossem previamente individualizados pela parte cessionária. Ainda, os ministros afirmaram que, de acordo com as informações do caso, as partes – em especial a cessionária – teriam tido amplo acesso aos estatutos financeiros da empresa *target* durante as negociações, o que a impediria de discutir os débitos como sendo “ocultos”. Conforme restou disposto no acórdão,

Da fundamentação expendida pelo Tribunal arbitral, constata-se que a fixação do preço das quotas sociais pressupôs não apenas o conhecimento, mas, principalmente, o assentimento das partes contratantes à situação contábil da sociedade por ocasião da realização do negócio jurídico. Logo, qualquer débito ali constante não poderia ser compreendido como “oculto”, conclusão, é certo, que também dispensa a realização de perícia contábil. Mais que isso. De seus termos, é possível concluir, claramente, que a realização de prova pericial contábil, a recair justamente sobre a contabilidade da sociedade empresarial — conhecida e utilizada pelas partes para o estabelecimento do preço do negócio jurídico na sequência perfectibilizado, repisa-se — seria inútil à identificação de algum débito oculto, sem que houvesse a individualização mínima deste pela parte interessada, providência absolutamente factível, já que perpetrou, sponte propria, a retenção do valor do pagamento com base, naturalmente, em débitos específicos.

Do ponto de vista contratual, e considerando os argumentos dos ministros e os excertos da sentença arbitral transcritos na decisão da Corte, a conclusão é impecável. Porém, do ponto de vista de extensão da cognição dos tribunais estatais na revisão de sentenças arbitrais, esse segundo fundamento

5 ALVES, Rafael Francisco. Note: Racional Engenharia Ltda. v. Rio do Brasil Projetos Ltda. e Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá/ Câmara Comercial Brasil Canadá, Court of Justice of the State of São Paulo, Processo nº 583.00.2007.116858-6, Processo nº 2007.116858-6, 9 March 2007. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 139-144, abr. 2007, p. 143.

traz uma preocupação. A Corte adotou, simultaneamente, caminhos “complementares” – para não os reputarmos divergentes –, ainda que culminando em uma conclusão única, que podemos assim catalogar: (i) por um lado, deveria o Poder Judiciário rejeitar a violação do contraditório porque o tribunal arbitral analisou específica e fundamentadamente a questão, atuando em seu livre convencimento motivado (que foi o primeiro fundamento); (ii) por outro lado, poderia o Poder Judiciário admitir que o convencimento dos árbitros sobre a realização ou não da prova está sujeito à revisão judicial (que foi o segundo fundamento), caminho que os ministros trilham em adição ou ponto anterior.

A preocupação é justamente que a segunda opção indicada – isto é, a revisão da matéria de fundo e o reexame do convencimento dos árbitros para identificar eventual *error in procedendo* na sentença arbitral – abre margem para que o Poder Judiciário, a *pretexto* de avaliar matéria probatória, *percorra novamente* o convencimento dos árbitros sobre o mérito, preocupação que expus em trabalho anterior.⁶ No caso descrito, a consequência não teve maiores repercussões ou gravidade, pois o julgado andou bem na definição da matéria e concluiu, a meu ver, de maneira acertada quanto ao resultado da disputa sobre a validade da sentença arbitral. Mais problemático seria se os julgadores, a partir da análise da matéria de fundo, concluíssem que a realização da prova pericial seria mais adequada à decisão da disputa, em confronto com a posição e o convencimento dos árbitros da causa; mas, felizmente não foi o que ocorreu – nesse caso.

Pois bem. Creio que menos por habilidade de prognóstico e mais pelo irônico *modus operandi* do destino, minha preocupação se confirmou antes do esperado, com o segundo precedente que eu gostaria de tratar, originário do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão proferida em março de 2021 nos autos da Apelação nº 1048961-82.2019.8.26.0100.⁷

6 ZOCAL, Raul Longo. **Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais**. 2021. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 7-8, em especial a nota de rodapé 19.

7 O acórdão foi assim ementado: “APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. Improcedência. Decisão reformada. Decadência não verificada. Prazo iniciado a partir do julgamento do segundo pedido de esclarecimentos, apreciado por árbitros novos, em razão da renúncia dos anteriores. Mérito. Inexistência de prova de fato que demonstre a parcialidade dos árbitros. Questão que, ainda, deveria ter sido arguida na primeira oportunidade. Art. 20 da lei 9.307/96. Vício de fundamentação existente. Percentual da indenização, ainda que fixado por equidade, não prescinde de fundamentação, sob pena de violação do inc. IX do art. 93 da CF e do art. 489, §1º do CPC, bem como do §2º do art. 21 e inc. II do art. 26, ambos da lei de arbitragem. Indenização que se mede pela extensão do dano. Art. 944 do CC. Decisão arbitral que também não conferiu prazo para a parte requerida se manifestar sobre relatório de empresa de auditoria utilizado para determinar o valor do preço final da compra e venda. Violação ao contraditório e à ampla defesa. Anulação dos capítulos da sentença arbitral que fixaram o percentual dos danos e o valor final do preço de compra e venda. Aplicação dos incs. III e VIII do art. 32 da Lei de Arbitragem. RECURSO PROVIDO EM PARTE.” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação 1048961-82.2019.8.26.0100, Rel. Des. Azuma Nishi, julgado em 10/03/2021, por unanimidade).

Nesse caso, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial julgou uma disputa que, assim como o primeiro caso, também tratava de alienação de participação societária. Aqui, discutia-se qual o impacto de uma omissão do alienante (violação de *representations and warranties* contratuais)⁸ sobre o preço da alienação das quotas, que havia sido arbitrado por uma auditora independente seguindo um mecanismo contratual e baseado no EBIT (*earnings before interest and taxes*) da empresa *target*.

Nesse caso, houve uma importante discussão sobre a fundamentação da sentença arbitral, pautada em equidade. Esse ponto foi objeto de meu estudo em artigo anterior, elaborado em conjunto com meus saudosos colegas Martin Della Valle e Victor Adame,⁹ e não é minha preocupação agora. Gostaria, aqui, de abordar apenas a questão probatória discutida naquele processo. É de se ressaltar, ainda, que o caso ainda está *sub judice*, sem decisão transitada em julgado, e deverá em breve ser analisado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Muito sucintamente, as partes haviam contratado um mecanismo de auditoria para determinação do preço, a partir da verificação do EBIT da *target* em um determinado ano, além de definir no contrato a forma de discutir os resultados da avaliação da auditora. A parte cedente das quotas não seguiu o mecanismo contratual de discussão do laudo da auditoria, o que importou na ratificação do resultado obtido pelo laudo. Diante das circunstâncias do caso, esse foi o argumento adotado pelo tribunal arbitral para negar a realização de perícia sobre o valor do EBIT solicitada pela cedente – ou seja, um fundamento inteiramente pautado na interpretação do contrato e nas regras para ajuste de preço, muito comuns em contratações dessa espécie.

A questão foi levada à análise pelo Poder Judiciário, chamado a decidir a pretensão da parte cedente em anular a sentença arbitral – questão essa em meio a diversas outras, como a já mencionada sobre fundamentação da decisão por equidade em um ponto específico da decisão. Em sede de anulação, os desembargadores decidiram invalidar a sentença arbitral por reconhecer nela uma violação ao contraditório. O argumento adotado pelos julgadores da demanda anulatória foi o de que o tribunal arbitral teria se baseado em um documento unilateral para a sua decisão, qual seja, o laudo produzido pela auditora de acordo com o mecanismo contratual, o que não seria condizente com o contraditório e com a ampla defesa. Conforme restou disposto no acórdão,

a ausência do envio dos relatórios financeiros extrajudicialmente

8 Para uma exposição sobre a função das cláusulas de declarações e garantias no direito brasileiro, como obrigação de garantir e obrigação de dar, ver: GREZZANA, Giacomo. **A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 174-244.

9 DELLA VALLE, Martin; ADAME, Victor; ZOCAL, Raul Longo. Arbitragem. Anulação da sentença arbitral. Decisão por equidade. Dever de fundamentação. Inadmissibilidade da revisão da sentença arbitral. Imparcialidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Alpheen aan den Rijn, v. 70, p. 99-133, abr./jun. 2021.

bem como no curso da arbitragem impediram que a parte apelante pudesse se pronunciar em contraditório sobre os números, restando prejudicado o direito à ampla defesa, na medida em que o preço foi fixado com base em documento unilateralmente produzido pela parte apelada e sobre os quais a parte apelante não teve oportunidade de se manifestar [...] se a notificação estava desacompanhada dos relatórios contábeis, consoante se afirma a fls. 2030 com base nas contranotificações de fls. 1509/1517 e 1524/1529, e se não há prova de que os documentos foram apresentados na arbitragem em tempo hábil para manifestação da parte, pois, como se viu, após o encerramento da instrução foi proferida a sentença impugnada, forçoso concluir que a fixação do preço violou o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O artigo mencionado acima analisa, com detalhes, o desacerto da decisão em anular a referida sentença arbitral neste ponto.¹⁰ Para o aspecto aqui discutido, cabe destacar que a grande dificuldade dessa decisão é a que ela

10 Fundamentalmente: “No caso, o tribunal arbitral apontou que a via para avaliação dos trabalhos de auditoria seria o mecanismo estabelecido pela cláusula 4.2.1 do contrato e que, no entendimento dos árbitros, este mecanismo não foi observado pelo alienante. O tribunal estabeleceu que não havia óbices para que o alienante cumprisse o dispositivo contratual e manifestasse sua intenção de revisão dos trabalhos dentro do referido mecanismo convencionado. Assim, a opção do alienante em desconsiderar o referido mecanismo foi entendida pelos árbitros como uma omissão, que culminou na ratificação dos resultados descritos pela auditora independente em seu laudo. O ‘documento unilateralmente produzido’ referido no acórdão (i.e. o laudo produzido pela auditora independente) foi o resultado do acordo das partes e que, segundo o tribunal, não foi impugnado pelo alienante nos termos do contrato. Note-se que, ainda que se atribua alguma importância aos relatórios financeiros que não apresentados extrajudicialmente ou no curso da arbitragem, seu valor probatório fica prejudicado, na medida em que o tribunal arbitral decidiu que o alienante não cumpriu o método contratual de revisão do EBIT e do preço final de aquisição. Assim, torna-se irrelevante a discussão sobre a ampla defesa e o contraditório sobre tais documentos na arbitragem. A decisão do tribunal arbitral foi categórica em se pautar na interpretação da cláusula 4.2.1 do contrato para (i) decidir que o alienante tinha condições de cumprir referida cláusula do contrato, isto é, acionar o mecanismo contratual de revisão, e (ii) afastar a possibilidade de rediscussão do EBIT de 2015 da *target*. Trata-se, assim, de uma avaliação de mérito feita pelos árbitros, que têm jurisdição exclusiva para decidi-la. Veja-se que, no caso em análise, a avaliação da necessidade de produção de novas provas (explorada pelo TJSP em sua análise sobre a ampla defesa) foi superada pela decisão dos árbitros quanto à aplicação da cláusula contratual de rediscussão do preço de aquisição. Esta avaliação contratual é de competência exclusiva dos árbitros designados para o procedimento arbitral. Ao anular a sentença arbitral neste ponto, o julgado ora analisado desconsiderou a decisão de mérito do tribunal arbitral que determinou pela impossibilidade de rediscussão do preço. O acórdão, portanto, imiscuiu-se em matéria de mérito (contratual), o que é vedado em sede de ação anulatória de sentença arbitral. [...] Ressalte-se que, por esta razão e na ótica do tribunal arbitral, a discussão sobre a apresentação dos documentos contábeis na arbitragem seria inócua e, portanto, seria também inócua a dilação probatória neste ponto. Trata-se de uma avaliação exclusiva do Tribunal, que é competência para definir quanto à suficiência das provas, conforme entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça” (DELLA VALLE, Martim; ADAME, Victor; ZOCAL, Raul Longo. Arbitragem. Anulação da sentença arbitral. Decisão por equidade. Dever de fundamentação. Inadmissibilidade da revisão da sentença arbitral. Imparcialidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Alpheen aan den Rijn, v. 70, p. 99-133, abr./jun. 2021, p. 128-129).

utiliza uma ideia de violação ao contraditório (que seria a necessidade de nova avaliação pericial) para afastar uma interpretação dos árbitros em matéria contratual.

Pois bem. Os dois casos que descrevi expõem uma dúvida sobre a análise das cortes estatais em matéria de prova vinculada a arbitragens. Entendo que as cortes vêm pautando suas avaliações sobre *erros de procedimento* em *avaliações de mérito* do caso, em especial a interpretação dos contratos.

Os dois casos descritos acima discutem contratos para operações complexas e com cláusulas de mecanismo de preço desenhadas para a operação. Nesses casos, as declarações e garantias contratuais e os mecanismos de preço – incluindo-se o procedimento para sua discussão – são de grande importância para a configuração do negócio, como método de fixar o objeto e o valor do que foi negociado – no caso, as quotas da empresa *target*.¹¹

A partir dos casos expostos, considero que a chave para avaliar se houve ou não violação ao contraditório no procedimento arbitral – em reanálise do Poder Judiciário sobre temas processuais na ação anulatória – está diretamente relacionada com a impossibilidade de se reanalisar o convencimento motivado dos árbitros, nos quais as partes objetivamente depositam sua confiança para a análise e decisão da disputa. Na função de juiz de fato e de direito, o árbitro também decide, com definitividade, questões processuais que surjam ao longo do procedimento,¹² inclusive matérias que envolvam ordem pública.¹³

Em matéria probatória, esses dois pontos – competência do árbitro para interpretar o contrato (e, de forma geral, o mérito da disputa) com livre convencimento e sua competência para resolver questões processuais – são de extrema relevância. O tema da prova é uma questão processual de intensa correlação com o mérito da disputa e sua avaliação passa, primordialmente, pela avaliação e convencimento dos árbitros sobre as alegações, provas e, nos casos trazidos, sobre a interpretação que dão ao contrato, como passos lógicos necessários à decisão sobre a pertinência da prova.

Foi justamente esse juízo de pertinência da prova, lastreado na interpre-

11 “As declarações e garantias podem, todavia, em suas funções informativa e probatória, formalizar a informação repassada ao credor da informação fase pré-contratual. Dentro dessas funções, as declarações e garantias podem veicular informação (elemento pré-negocial) e constituir prova de que foi repassa informação incorreta na fase de tratativas, conjugando-se ao regime da responsabilidade pré-contratual. Será realmente difícil ao prestador das declarações e garantias negar que violou o dever de prestar informação verídica, diante de sua própria assinatura no contrato que contém a informação errônea” (GREZZANA, Giacomo. **A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 307).

12 SILVA, Paula Costa e. A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 47, p. 233-244, out./dez. 2015.

13 MARTINS, Pedro Antônio Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4; ALVES, Rafael Francisco. **Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 222 e 291; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44.

tação das alegações e do contrato e substanciados pelo convencimento dos árbitros sobre tais questões, que levou o tribunal arbitral a, em ambos os casos descritos acima rejeitar a produção da prova pericial. Em um, por sua impertinência frente às alegações inverossímeis de passivos ocultos; em outro, por ser a nova perícia inaceitável – no sentir dos árbitros – frente à interpretação contratual que entenderam mais adequada e considerando o mecanismo de ajuste de preço negociado pelas partes.

Com isso, creio que a intenção das partes em arbitrar um litígio ficaria mais protegida da ingerência estatal, em assunto de interpretação e convencimento, que são fatores presentes na aplicação do direito no mérito – que compete, exclusivamente, aos árbitros, diante do efeito negativo advindo da convenção de arbitragem enquanto elemento de renúncia à jurisdição estatal¹⁴ – na expressão processual sobre provas.

Esta é a conclusão propositiva que submeto aos colegas. Muito obrigado.

Referências

ALVES, Rafael Francisco. **Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2018.

_____. Note: Racional Engenharia Ltda. v. Rio do Brasil Projetos Ltda. e Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá/Câmara Comercial Brasil Canadá, Court of Justice of the State of São Paulo, Processo nº 583.00.2007.116858-6, Processo nº 2007.116858-6, 9 March 2007. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 139-144, abr. 2007.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DELLA VALLE, Martim; ADAME, Victor; ZOCAL, Raul Longo. Arbitragem. Anulação da sentença arbitral. Decisão por equidade. Dever de fundamentação. Inadmissibilidade da revisão da sentença arbitral. Imparcialidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Alpheen aan den Rijn, v. 70, p. 99-133, abr./jun. 2021.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Impugnação da sentença arbitral. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Antônio Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

14 MARTINS, Pedro Antônio Batista. A arbitragem na visão do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 0, n. 0, p. 7-15, 2003, p. 8-9; GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer: arbitragem e litisconsórcio necessário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 7-38, jul./set. 2006, p. 14-20; NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14-21.

GREZZANA, Giacomo. **A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer: arbitragem e litisconsórcio necessário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 7-38, jul./set. 2006.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. A arbitragem na visão do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 0, n. 0, p. 7-15, 2003.

_____. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Paula Costa e. A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 47, p. 233-244, out./dez. 2015.

ZOCAL, Raul Longo. **Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais**. 2021. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ARBITRAGEM EXPEDITA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Gustavo Henrique Schneider Nunes

Doutorando pela Universidade de Ribeirão Preto. Mestre pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Professor do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro (graduação) e da Universidade de Ribeirão Preto (especialização).
Advogado

Resumo:

A arbitragem expedita é uma alternativa ao uso da arbitragem tradicional, sobretudo no presente momento, marcado por crise econômica agravada pela pandemia de coronavírus – Covid-19. Por conta da simplicidade procedimental aplicável às causas de menor complexidade, reduzem-se custos e tempo. O procedimento é adaptado às peculiaridades do caso concreto, de acordo com os interesses das partes, em respeito à ordem pública e ao devido processo legal. Oportuniza-se a eficiência do procedimento arbitral, sem abandonar a qualidade da decisão proferida. Um mundo em constante transformação necessita de meios ágeis e eficientes de solução de disputas e a arbitragem expedita é um deles, e, em certos casos, o mais indicado.

Palavras-chave: Pandemia; Economia; Arbitragem expedita.

Introdução

A crise econômica sentida pela atividade empresarial decorre em boa medida da crise sanitária causada pela pandemia de coronavírus – Covid-19. No Brasil, houve decretação de quarentena, isolamento social forçado, interrupção de funcionamento de serviços públicos e privados, comércios, indústrias e escolas. Milhões de pessoas foram contaminadas e milhares morreram. Inúmeras empresas quebraram. Houve aumento do desemprego e da inadiplência.

Atualmente, por conta da vacinação e de pesquisas em estágio avançado sobre medicamentos para combater o Covid-19,¹ a pandemia tende a manter-se controlada no aspecto sanitário. Entretanto, as projeções sobre as con-

1 BEASLEY, Deena. *Folha de São Paulo*. Pfizer anuncia pílula contra Covid que reduz hospitalização e morte em 89%. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/11/pfizer-anuncia-pilula-contracovid-que-reduz-hospitalizacao-e-morte-em-89.shtml>>. Acesso em: 14.11.2021.

seqüências negativas incidentes sobre a economia não são otimistas, por conta do baixo crescimento do PIB, do aumento de inflação e também da elevada taxa de desemprego.² Além disso, parte do setor industrial já sofre com a escassez de algumas matérias-primas e com o aumento dos custos de energia.³

A repercussão na atividade empresarial tem sido igualmente devastadora em boa parte de seus setores,⁴ embora com níveis de intensidade variáveis. Os setores mais afetados são os da aviação, turismo, bares, restaurantes, *shopping centers*, vestuário, construção, veículos e indústrias. Por outro lado, os menos afetados pela crise foram os que possuem natureza essencial, como os de supermercado, proteínas, farmácias, telecomunicações, saneamento e transmissoras de energias.⁵ O agronegócio é um setor que não foi sequer afetado, chegando a aumentar exportações durante a pandemia.⁶

Nesse cenário, infundáveis ações também foram ajuizadas perante o Poder Judiciário para tratar de temas os mais variados. Houve significativo aumento no número de ações de rescisão ou de revisão contratual, bem como de ações de execução de contrato, além da prática de uma enorme quantidade de atos processuais durante a pandemia – só no Tribunal de Justiça de São Paulo, foram praticados 51,8 milhões de atos processuais.⁷

Em busca de soluções mais ágeis e menos onerosas, as negociações diretas sobre assuntos versados nessas mais diversas áreas passaram a ser rotineiras na tentativa de buscar a manutenção do equilíbrio contratual, assim como aumentou o número de procedimentos de mediação⁸ e de conciliação,

2 BURIN, Gabriel; GOENKA, Tushar. *CNN Brasil*. Economia do Brasil deve ter pior desempenho do G20 em 2022, diz pesquisa. São Paulo, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/economia-do-brasil-deve-ter-pior-desempenho-do-g20-em-2022-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 14.11.2021.

3 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Visão Geral da Conjuntura. Brasília, 30 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/category/sumario-executivo/>>. Acesso em: 14.11.2021.

4 JONES, Lara; PALUMBO, Daniele; BROWN, David. *BBC News Brasil*. São Paulo, 02 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55835790>>. Acesso em: 14.11.2021.

5 O ESTADO DE SÃO PAULO. Os impactos do coronavírus em 11 setores. São Paulo, 12 de junho de 2020. Disponível em: <<https://investidor.estadao.com.br/mercado/impactos-coronavirus-nos-setores>>. Acesso em: 14.11.2021.

6 ONDEI, Vera. *FORBES*. Nem a pandemia de Covid-19 para o agronegócio brasileiro. São Paulo, 06 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com.br/negocios/2020/12/nem-a-pandemia-de-covid-19-para-o-agronegocio-brasileiro/>>; AGÊNCIA BRASIL. *Valor Econômico*. São Paulo, 15 de agosto 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2020/08/15/agronegocio-ajudou-a-segurar-pib-durante-a-pandemia-diz-ministra.ghtml>>. Acesso em: 14.11.2021.

7 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. TJSP contabiliza 51,8 milhões de atos processuais durante a pandemia. São Paulo, 03 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=76781&pagina=1>>. Acesso em: 14.11.2021.

8 BASÍLIO, Ana Tereza. *Jornal do Brasil*. A mediação e a conciliação em tempos de pandemia. Rio de Janeiro, 20 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.jb.com.br/pais/artigo/2020/05/1023840-a-mediacao-e-a-conciliacao-em-tempos-de-pandemia.html>>. Acesso em: 14.11.2021.

em especial em matéria atinente às relações de consumo. Em 2020, o número de reclamações na plataforma digital *www.consumidor.gov.br* foi 53% maior do que as queixas registradas em 2019.⁹

Também houve crescimento na utilização da arbitragem como meio adequado de solução de conflitos, confirmando uma tendência de fortalecimento que se intensificou a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206,¹⁰ que declarou a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996.

Ocorre que em razão das necessidades advindas da atual crise econômica agravada pela pandemia de coronavírus – Covid-19, a arbitragem expedita pode ser vista como uma importante alternativa à arbitragem tradicional, a depender dos interesses dos litigantes, da espécie de direito material controvertida e das características do caso concreto. É o que se passar a ver em seguida.

Arbitragem e pandemia

O excessivo número de processos judiciais,¹¹ a insegurança jurídica decorrente da crise decisória e a morosidade processual contribuem para um cenário de esgotamento do Poder Judiciário, a despeito da existência de um quadro de bons juízes. As reformas legislativas realizadas nas últimas décadas, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, mostraram-se insuficientes para viabilizar a todos a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. Nem mesmo o CPC/15, apesar dos avanços que trouxe, conseguiu, até o presente momento, combater essas mazelas a contento, a considerar que a função e a estrutura do processo civil seguem pouco alteráveis na prática.

A concepção do direito fundamental ao acesso à justiça foi ampliada para intensificar o uso de diferentes meios de solução de conflitos, não podendo ser compreendido como algo possível de ser concretizado apenas na e pela esfera judicial. A via judicial permanecerá sempre aberta ao jurisdicionado que tem o direito lesado ou ameaçado de lesão, mas não poderá ser tratada como a única, ou, ainda, como a mais indicada para todas as espécies de conflitos.

O que se quer afirmar com isso é que a esfera judicial não pode ser

9 RODRIGUES, Alex. *AGÊNCIA BRASIL*. Aumenta o número de reclamações relacionadas a crédito consignado. Brasília, 15 de março de 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-03/aumenta-o-numero-de-reclamacoes-relacionadas-credito-consignado>>. Acesso em: 14.11.2021.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Ag na SE nº 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Perpetua, j. 12.12.2001. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 14.11.2001.

11 No ano de 2020 existiam 77,1 milhões de processos em tramitação no Judiciário brasileiro. Ver: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 14.11.2021.

vista como a única via de solução de conflitos nem mesmo ser tratada sempre como a primeira opção. Na verdade, trata-se justamente do inverso: na atualidade, a preferência há de ser pela utilização de meios extrajudiciais autocompositivos, para, somente ao depois, se for o caso, buscar apoio perante os métodos heterocompositivos adjudicatórios, e, ainda assim, primeiramente perante a arbitragem e só posteriormente junto à jurisdição estatal.¹²

Cuida da substituição da cultura da sentença judicial pela cultura da pacificação,¹³ destacando-se que, em relação à arbitragem, embora o consenso esteja presente na origem de sua instituição, a solução dada ao conflito é impositiva, derivada da atuação do árbitro, que é considerado juiz de fato e de direito.

A convenção de arbitragem expressa ponto elevado da autonomia privada, sendo fruto do consenso inicial, com a escolha da arbitragem e a consequente renúncia à jurisdição estatal, bem como acerca do direito aplicável ao caso concreto, com a possibilidade de flexibilização do procedimento e de escolher o árbitro a partir dos critérios da confiança mútua, da *expertise*, da reputação, da honestidade e da imparcialidade, dentre outros fatores.

A época marcada pelos sonhos da pureza e da certeza ficou no passado. Na *pós-modernidade*, todos os setores da sociedade passam por rápidas e constantes transformações¹⁴ – Ulrich Beck diz tratar-se de metamorfose.¹⁵ No Direito, há a introdução de “novas definições axiológicas”,¹⁶ de uma multiplicidade de fontes jurídicas e de vários meios diferentes de solução de conflito, fortalecendo, assim, a projeção das disputas serem resolvidas pelos próprios litigantes ou a partir do consenso delas emanado, sem a interferência do Poder Judiciário. Assim, o ambiente da arbitragem mostra-se favorável, indicado e adequado, pois inviável trabalhar com o mesmo ideal de segurança jurídica do passado, sobretudo diante de um quadro de grave crise financeira causada pela pandemia de coronavírus.

Na arbitragem, a segurança jurídica advém da autonomia privada e, por isso, as partes e o árbitro podem, posteriormente, readequar o que foi convencionado, se necessário. As partes que optam pela arbitragem, o fazem por terem segurança de que poderão renegociar as disposições contidas na convenção a qualquer tempo, até a prolação de sentença final, desde que não haja

12 PINHO, Humberto Dalla Bernardina; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 254, 2016, p. 10 (Revista dos Tribunais Online).

13 WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 690.

14 BAUMANN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 21.

15 BECK, Ulrich. *A Metamorfose do Mundo: Novos Conceitos Para Uma Nova Realidade*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15.

16 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na Pós-Modernidade. *Revista Sequência*, nº 57, dez-2008, p. 131-152.

violação à ordem pública e ao devido processo legal.¹⁷

A autonomia privada, por ser a mola propulsora da convenção de arbitragem e dos ajustes consensuais supervenientes, deve ser vista como um canal de abertura para as adaptações procedimentais necessárias. A segurança de percorrer um bom caminho e de proporcionar ótimos resultados está em boa medida na possibilidade de conferir-se flexibilidade ao procedimento arbitral. A criação de um procedimento aberto a mudanças se ajusta às necessidades dos tempos atuais e aos interesses das partes, tal como se elas estivessem a redefinir a melhor rota durante a viagem, a fim de otimizar o percurso com agilidade e segurança.

Na arbitragem, cria-se um procedimento personalizado, construído sob medida¹⁸ para atender adequadamente as expectativas depositadas pelas partes. Quer dizer, “as partes têm amplo espaço para, realmente, customizar a solução da controvérsia aos seus interesses”, tendo “a ingerência necessária para reduzir os custos transacionais associados à disputa de acordo com as suas necessidades”.¹⁹ É um diferencial em relação ao processo judicial, embora este também recentemente também tenha privilegiado a autonomia privada com a positivação da faculdade das partes criarem negócio jurídico processual atípico, previsto no art. 190 do CPC/15. A diferença entre a autonomia privada existente na arbitragem e no processo judicial está no grau de sua utilização, mais intenso na primeira.²⁰

Um exemplo ilustrativo dessa adaptabilidade diz respeito aos impactos da pandemia de coronavírus no Direito, nos diversos métodos de solução de conflitos e, em particular, na arbitragem, conforme será tratado no *item* seguinte.

Arbitragem expedita: redução de custos e de tempo

Em um cenário de aguda crise econômica, os custos e o tempo do processo arbitral indicam a necessidade de ajustes indispensáveis para o atendimento de situações específicas. Mesmo antes da pandemia as instituições de arbitragem já estavam em constante processo de aceleração, de digitalização e de realização de audiências por meio de videoconferência. Agora as partes estão acentuando ainda mais a busca de meios mais ágeis, eficientes e econô-

17 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. *Lei de Arbitragem Comentada Artigo Por Artigo*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 53.

18 ALVES, Rafael Francisco. *Arbitro e Direito: O Julgamento do Mérito na Arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 43;

19 TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica da Arbitragem. In: *Arbitragem em Evolução: Aspectos Relevantes Após a Reforma da Lei Arbitral*. Coordenação: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa. Barueri: Manole, 2018, p. 313.

20 ARRUDA ALVIM. Jurisdição estatal, arbitragem e autonomia privada. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda (Org.). *Jurisdição e Direito Privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andriighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 71.

micos para solucionarem adequadamente os conflitos em que estão inseridas.

É justamente sob esse prisma que a arbitragem expedita (também conhecida como arbitragem sumária) pode ser uma importante alternativa à arbitragem tradicional,²¹ ao permitir a utilização de procedimento mais simples,²² a nomeação de árbitro único e a utilização de recursos tecnológicos, tudo com o propósito de impactar na redução de custos e de tempo sem comprometer a qualidade de procedimento e da decisão arbitral.²³

Trata-se de instrumento ideal para os casos de menor complexidade, considerados aqueles em que a matéria controvertida seja unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, haja simplificação na produção da prova, como pode verificar-se em questões relacionadas aos contratos de franquia e aos contratos envolvendo o agronegócio. Isso significa dizer que “a arbitragem expedita é um procedimento predefinido, com um nível de complexidade proporcional ao valor da disputa”.²⁴

Não se pode olvidar que a arbitragem expedita não se confunde com a figura do árbitro de emergência. Este atua apenas em fase anterior à do juízo arbitral, com a finalidade de prestar tutela de urgência, cautelar ou satisfativa, cuja decisão não vinculará o julgamento a ser proferido posteriormente pelo tribunal arbitral. Já a arbitragem expedita é caracterizada por um procedimento mais simples e célere voltado à resolução de causas de menor complexidade.²⁵

Na arbitragem expedita é possível realizar a concentração dos atos procedimentais, simplificando-os com o apoio da tecnologia. A audiência para a assinatura do termo de arbitragem ou para tratar de uma questão pontual que não cuide de produção de prova oral pode ser realizada virtualmente. Até mesmo a audiência de instrução realizada pode ser assim realizada, por videoconferência, com a vantagem, por exemplo, de que a testemunha domiciliada em outra localidade não precisará se deslocar até a sede da arbitragem para ser ouvida.

É claro que, para tanto, cuidados devem ser tomados para que a testemunha não obtenha informações indevidas que venham a causar distorções probatórias. Antes do início do depoimento, o árbitro deve pedir para que a testemunha desligue o celular e outros aparelhos eletrônicos, salvo o utilizado para o ato, bem como se certificar quanto à ausência de lembretes e anotações não autorizados, além a presença de pessoas que possam interferir nas respos-

21 SESTER, Peter Christian. *Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 87.

22 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 341.

23 GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Arbitragem Expedita é Solução Rápida Para Pequenos Conflitos. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 3 de maio de 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-mai-03/arbitragem_expedita_solucao_rapida_questao_pequena?imprimir=1>. Acesso em: 12.11.2021.

24 AREND, Andréia Propp; TIMM, Luciano Benetti. A Análise Econômico-Jurídica da Arbitragem Expedita. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 65, jan-mar/2020, p. 60.

25 BERALDO, Leonardo. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 45.

tas às questões formuladas. Nesse sentido, torna-se salutar que o árbitro peça para a testemunha mostrar a imagem de todo o ambiente em que se encontra antes do início de seu depoimento, num giro de 360° com a câmera do aparelho, a fim de zelar pela lisura do ato a ser praticado.

De outro lado, a instituição de arbitragem pode realizar investimentos para trabalhar com documentos digitalizados, o que requer a observância de cuidados para com o armazenamento desses documentos, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Atos podem ser concentrados, em especial com o auxílio da tecnologia; prazos podem ser reduzidos; o número de testemunhas pode ser reduzido e os depoimentos podem ser apresentados na forma escrita; a ata notarial pode ser utilizada para a comprovação de inúmeros fatos; a prova pericial sobre questões de menor complexidade pode ser substituída pelo depoimento escrito do especialista; a tradução de documentos de língua estrangeira pode ser dispensada caso as partes tenham domínio do idioma em questão etc.

Isso não significa que as partes vão eliminar uma ou algumas etapas do processo²⁶ a seu bel prazer, em uma busca frenética pela celeridade e pela economia de custos, como se esses fossem os principais objetivos buscados pelas partes e não a adequada solução do conflito. Pode acontecer de a fase probatória ser desnecessária e já viabilizar a prolação da sentença arbitral. Em suma: a supressão da fase instrutória não será automática, mas poderá ocorrer por meio da vontade das partes, ante a desnecessidade de sua utilização, pois, se assim não fosse, poderia haver violação ao devido processo legal e pedido de nulidade da sentença arbitral.²⁷

A simplificação do procedimento é algo que pode partir tanto das partes quanto do árbitro, mas, neste último caso, desde que exista a anuência daquelas, pela oportunização do contraditório prévio, uma vez que os poderes do árbitro decorrem da convenção arbitral e dos negócios jurídicos supervenientes, dos quais não poderá ele afastar.

A instituição arbitral deve prestar serviços de excelência aos usuários. Isso significa que precisa colocar a autonomia privada e os interesses das partes em primeiro lugar.²⁸ A existência de regras procedimentais próprias no regimento da instituição é um sinal que demonstra a preocupação com a satisfação das partes, que buscam qualidade, flexibilidade, celeridade e diminuição de custos.

Inúmeras instituições já preveem a arbitragem expedita em seus regula-

26 GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Arbitragem Expedita é Solução Rápida Para Pequenos Conflitos. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 3 de maio de 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-mai-03/arbitragem_expedita_solucao_rapida_questao_pequena?imprimir=1>. Acesso em: 12.11.2021.

27 VAUGHN, Gustavo Fávero; FROIS, Felipe Ribeiro. Arbitragem expedita pelo Regulamento da CCI. *Migalhas*, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depe-so/280303/arbitragem-expedita-pelo-regulamento-da-cci>>. Acesso em: 23.03.2021.

28 SESTER, Peter Christian. *Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 88.

mentos, a exemplo da CAMES,²⁹ da CCI,³⁰ da CAM-CCBC,³¹ da CBMA³² e da CIESP/FIESP.³³ Isso demonstra que as instituições arbitrais estão preocupadas em criar procedimentos mais singelos e capazes de viabilizar a prestação jurisdicional de forma adequada, tempestiva e efetiva, em conformidade com as características do caso concreto, dos interesses das partes e do mercado.

Conclusão

Como visto, a arbitragem expedita é dotada de um procedimento simplificado, destinado a resolver conflitos de menor complexidade e que, a depender dos interesses das partes e das características do caso concreto, se mostra mais célere e econômico em relação ao procedimento da arbitragem tradicional, por conta da possibilidade de nomeação de árbitro único, da eliminação ou do encurtamento da fase probatória, da concentração de atos e da utilização de recursos tecnológicos, dentre outras medidas.

Por isso, trata-se de uma excelente via para resolver os conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis em um cenário de grave crise econômica agravada pela pandemia de coronavírus – Covid-19, pois o uso deste procedimento mais singelo potencializa a eficiência da arbitragem, com a redução de tempo e de custos, como taxas de administração, de honorários advocatícios e dos custos e transação e de oportunidade.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Valor Econômico**. São Paulo, 15 de agosto 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2020/08/15/agrone>>

29 *CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA*. Regulamento do Processo de Arbitragem. São Paulo, 22 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-arbitragem/>>. Acesso em: 16.11.2021.

30 *CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL*. Regulamento de Arbitragem. São Paulo, 1º de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 16.11.2021.

31 *CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ*. RA 46/2021 – Regulamento da Arbitragem Expedita. São Paulo, 02 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-46-2021-regulamento-de-arbitragem-expedita/>>. Acesso em: 16.11.2021.

32 *CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM*. Procedimento Para Arbitragem Expedita. São Paulo, 1º de dezembro de 2015. Disponível em: <[http://www.cbma.com.br/procedimento_arbitragem_expedita#:~:text=O%20procedimento%20de%20arbitragem%20expedita,sempre%20dirimido%20por%20%C3%A1rbitro%20%C3%BAnico](http://www.cbma.com.br/procedimento_arbitragem_expedita#:~:text=O%20procedimento%20de%20arbitragem%20expedita,sempre%20dirimido%20por%20%C3%A1rbitro%20%C3%BAnico.)>. Acesso em: 16.11.2021.

33 *CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP*. Resolução nº 7/2021 – Regulamento de Arbitragem Expedita. São Paulo, 05 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/regulamento-de-arbitragem-expedita-camara-ciesp-fiesp-2021-03-15.pdf>>. Acesso em: 16.11.2021.

gcio-ajudou-a-segurar-pib-durante-a-pandemia-diz-ministra.ghtml>. Acesso em: 14.11.2021.

ALVES, Rafael Francisco. **Árbitro e Direito: O Julgamento do Mérito na Arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2018.

AREND, Andréia Propp; TIMM, Luciano Benetti. A Análise Econômico-Jurídica da Arbitragem Expedita. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 65, jan-mar/2020.

ARRUDA ALVIM. Jurisdição estatal, arbitragem e autonomia privada. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda (Org.). **Jurisdição e Direito Privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrichi no STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BASÍLIO, Ana Tereza. **Jornal do Brasil**. A mediação e a conciliação em tempos de pandemia. Rio de Janeiro. 20 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.jb.com.br/pais/artigo/2020/05/1023840-a-mediacao-e-a-conciliacao-em-tempos-de-pandemia.html>>. Acesso em: 14.11.2021.

BAUMANN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BEASLEY, Deena. **Folha de São Paulo**. Pfizer anuncia pílula contra Covid que reduz hospitalização e morte em 89%. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/11/pfizer-anuncia-pilula-contracovid-que-reduz-hospitalizacao-e-morte-em-89.shtml>>. Acesso em: 14.11.2021.

BECK, Ulrich. **A Metamorfose do Mundo: Novos Conceitos Para Uma Nova Realidade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BERALDO, Leonardo. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na Pós-Modernidade. **Revista Sequência**, nº 57, dez-2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 14.11.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Ag na SE nº 5.206 (Reino da Espanha), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 14.11.2001.

BURIN, Gabriel; GOENKA, Tushar. **CNN Brasil**. Economia do Brasil deve ter pior desempenho do G20 em 2022, diz pesquisa. São Paulo, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/economia-do-brasil-de-ter-pior-desempenho-do-g20-em-2022-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 14.11.2021.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Regulamento de Arbitragem. São Paulo, 1º de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 16.11.2021.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/

FIESP. Resolução nº 7/2021 – Regulamento de Arbitragem Expedita. São Paulo, 05 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/regulamento-de-arbitragem-expedita-camara-ciesp-fiesp-2021-03-15.pdf>>. Acesso em: 16.11.2021.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA. Regulamento do Processo de Arbitragem. São Paulo, 22 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-arbitragem/>>. Acesso em: 16.11.2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Procedimento Para Arbitragem Expedita. São Paulo, 1º de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cbma.com.br/procedimento_arbitragem_expedita#:~:text=O%20procedimento%20de%20arbitragem%20expedita,sempre%20dirimido%20por%20%C3%A1rbitro%20%C3%BAnico.>. Acesso em: 16.11.2021.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. RA 46/2021 – Regulamento da Arbitragem Expedita. São Paulo, 02 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-46-2021-regulamento-de-arbitragem-expedita/>>. Acesso em: 16.11.2021.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem Comentada Artigo Por Artigo.** Salvador: Juspodivm, 2019, p. 53.

GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Arbitragem Expedita é Solução Rápida Para Pequenos Conflitos. **Revista Consultor Jurídico.** São Paulo, 3 de maio de 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-mai-03/arbitragem_expedita_solucao_rapida_questao_pequena?imprimir=1>. Acesso em: 12.11.2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Visão Geral da Conjuntura. Brasília, 30 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/category/sumario-executivo/>>. Acesso em: 14.11.2021.

JONES, Lara; PALUMBO, Daniele; BROWN, David. *BBC News Brasil.* São Paulo, 02 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55835790>>. Acesso em: 14.11.2021.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Os impactos do coronavírus em 11 setores. São Paulo, 12 de junho de 2020. Disponível em: <<https://investidor.estadao.com.br/mercado/impactos-coronavirus-nos-setores>>. Acesso em: 14.11.2021.

ONDEI, Vera. *FORBES.* Nem a pandemia de Covid-19 para o agronegócio brasileiro. São Paulo, 06 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com.br/negocios/2020/12/nem-a-pandemia-de-covid-19-para-o-agronegocio-brasileiro/>>. Acesso em: 14.11.2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; STANCATI, Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 254, 2016 (Revista dos Tribunais

Online).

RODRIGUES, Alex. *AGÊNCIA BRASIL*. Aumenta o número de reclamações relacionadas a crédito consignado. Brasília, 15 de março de 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-03/aumenta-o-numero-de-reclamacoes-relacionadas-credito-consignado>>. Acesso em: 14.11.2021.

SESTER, Peter Christian. **Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica da Arbitragem. In: **Arbitragem em Evolução**: Aspectos Relevantes Após a Reforma da Lei Arbitral. Coordenação: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa. Barueri: Manole, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. TJSP contabiliza 51,8 milhões de atos processuais durante a pandemia. São Paulo, 03 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=76781&pagina=1>>. Acesso em: 14.11.2021.

VAUGHN, Gustavo Fávero; FROIS, Felipe Ribeiro. Arbitragem expedita pelo Regulamento da CCI. *Migalhas*, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/280303/arbitragem-expedita-pelo-regulamento-da-cci>>. Acesso em: 14.11.2021.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YAR-SHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

REFLEXÕES SOBRE A ARBITRABILIDADE DE CONFLITOS DECORRENTES DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Natália Cristina Chaves

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Adjunta de Direito Empresarial na mesma instituição, Advogada, Parecerista e Árbitra

Henry Colombi

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Substituto de Direito Privado na Universidade Federal de Viçosa, Advogado

Resumo:

As inovações introduzidas na recuperação judicial pela Lei 14.112/2020 prestigiaram sensivelmente a arbitragem. Entretanto, a reforma legislativa omitiu-se sobre um ponto relevante: litígios derivados do plano de recuperação judicial são objetivamente arbitráveis? Partindo-se de uma hipótese em sentido positivo, o objeto da pesquisa justifica-se ante as tendências de privilegiar soluções adequadas aos conflitos. A metodologia empregada é de vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo, valendo-se do raciocínio indutivo-dedutivo. O trabalho é desenvolvido a partir do levantamento e da análise crítica de dados provenientes de fontes diretas primárias e secundárias. Ao final da investigação, conclui-se, *a priori*, pela existência de uma regra de arbitrabilidade dos litígios decorrentes do plano, apresentando possíveis empregos práticos. Ressalva-se, contudo, a existência de situações envolvendo direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitas à arbitragem.

Palavras-chave: Direito empresarial; Direito Processual Civil; Recuperação judicial; Arbitragem.

Introdução

As inovações introduzidas no regime recuperacional, pela Lei 14.112/2020, prestigiou a arbitragem, reafirmando a eficácia de convenções arbitrais do devedor em recuperação judicial e confirmando a possibilidade de

as arbitragens prosseguirem paralelamente ao procedimento recuperacional. A inclusão do art. 6, §9º, na Lei 11.101/2005 assentou, expressamente, que, no âmbito do direito concursal brasileiro “o processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impedindo ou suspendendo a instauração de procedimento arbitral”. Essa inovação legislativa, decerto, apaziguou a polêmica mais relevante havida no tangente à confluência entre o direito concursal e a arbitragem, acerca da possibilidade de se iniciar e de se prosseguir com procedimentos arbitrais nos quais o devedor em recuperação judicial é parte e, por conseguinte, poderá ser afetado pelo provimento arbitral.

Entretanto, a lei de reforma do regime concursal omitiu-se sobre uma questão relevante que também ocupava e, portanto, ainda ocupa, as discussões no campo da doutrina concursal e arbitral brasileira: é lícito pactuar cláusula compromissória arbitral no plano de recuperação judicial, visando a dirimir conflitos relativos ao seu escopo?¹ O objetivo do presente trabalho é oferecer uma resposta a esta pergunta, para a qual se aventa uma hipótese em sentido positivo, ou seja, de que a arbitragem é passível de ser utilizada em alguns conflitos decorrentes do plano. Por outro lado, buscam-se esclarecer as exceções à regra da arbitrabilidade objetiva neste campo e apresentar sugestões de possíveis empregos da arbitragem como um meio adequado de solução de litígios no âmbito das controvérsias oriundas do plano de recuperação judicial.

O presente objeto de pesquisa justifica-se diante das tendências de se privilegiarem soluções adequadas de conflitos, impulsionadas pela recente consideração da arbitragem no âmbito concursal pela recente reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, introduzida pela Lei 14.112/2020. Dada a eficácia da arbitragem na composição mais célere e potencialmente mais precisa das lides, sobretudo daquelas dotadas de maiores complexidades técnicas, frequentes no âmbito concursal, é relevante lançar o olhar sobre a interrelação entre o regime recuperacional e a arbitragem numa seara que a novel reforma parece ter se omitido.

A metodologia empregada para alcançar o objetivo é de vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo, valendo-se do raciocínio

1 Sobre a questão, ocuparam-se os seguintes autores, cujas contribuições serão cotejadas ao longo do presente trabalho. CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 29, p. 183-206, abr./jun. 2011. FÁRIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial: um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 31, p. 251-261, out./dez. 2011. FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 7, p. 79-100, out./dez. 2005. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. Arbitragem e insolvência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 20, p. 25-52, jan./mar. 2009.

indutivo-dedutivo. O trabalho é desenvolvido a partir do levantamento e da análise crítica de dados provenientes de fontes diretas primárias e secundárias.

O trabalho será dividido nas seguintes seções. Inicialmente, será realizada uma análise da natureza jurídica do plano de recuperação judicial, tendo, por pano de fundo, as peculiaridades do regime concursal. Na sequência, avaliam-se as possibilidades e os limites no que concerne à arbitrabilidade das questões relativas ao plano e/ou decorrentes de seu cumprimento. Após, serão sugeridas e analisadas situações nas quais a via arbitral aparenta ser uma opção viável e eficiente para a composição de litígios decorrentes do plano de recuperação judicial. Ao final, seguem as considerações finais e as referências utilizadas.

1. Notas acerca da natureza jurídica do plano de recuperação judicial e seus reflexos sobre a arbitrabilidade objetiva dos conflitos dele decorrentes

Dada a natureza jurídica do plano de recuperação judicial, em uma primeira mirada, não pareceria haver condicionantes à arbitrabilidade dos conflitos dele derivados. Está bem assentada, na doutrina, a compreensão segundo a qual o plano detém natureza eminentemente contratual, consistindo em um acordo entre duas partes contrapostas: de um lado, o devedor, cujo foco é a manutenção da empresa e, do outro lado, a coletividade dos credores, interessada na satisfação dos créditos sujeitos ao concurso.

Refere-se, a título ilustrativo, à lição de Amador Paes de Almeida, para quem o plano de recuperação judicial detém “[...] nítida feição contratual”, o qual “[...] conquanto contenha elementos próprios, não perde, entretanto, a sua feição contratual, envolvendo com os credores compromissos de pagamentos a serem satisfeitos na forma estabelecida no respectivo plano”².

Conforme já expressado em outra ocasião, “a natureza deliberativa da decisão da coletividade dos credores que fixa o conteúdo do plano de recuperação judicial não afasta a sua natureza contratual”³. Isso porque, como apontado, a formação da vontade contratualmente vinculante no plano depende de que “as ‘partes’ envolvidas na concertação dos interesses manifestem a sua vontade. Logo, estando, de um lado, o devedor empresário recuperando e, do outro lado, a coletividade de credores, representada pela deliberação da maioria, segundo os quóruns legais, tem-se como assentes, propriamente, um acordo de vontades de natureza contratual”⁴. Portanto, comun-

2 ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 304-305.

3 CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry. Reflexões sobre cláusulas de supressão de garantias em planos de recuperação judicial. *In*: CHAVES, Natália C.; FÉRES, Marcelo A.; PIMENTA, Eduardo G. (Orgs.). **15 anos da lei de recuperação e falência de empresas**: estudos jurídicos de acordo com a lei nº 14.112/2020. Belo Horizonte: Expert, 2021. p. 177.

4 CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry. Reflexões sobre cláusulas de supressão de garantias em planos de recuperação judicial. *In*: CHAVES, Natália C.; FÉRES, Marce-

ga-se da concepção preponderante na seara do direito concursal, segundo a qual a natureza jurídica do plano de recuperação judicial é eminentemente contratual.

Entretanto, a despeito dessa concepção do plano de recuperação judicial como um contrato, que tem, na autonomia privada, seu principal vetor principiológico, recentemente reforçado pela Lei n. 13.874/2019, não se pode olvidar que a espécie em análise se insere no campo dogmático do direito concursal. Este, em meio às diversas matizes do direito empresarial, é um dos campos mais imbuídos de princípios e valores marcadamente publicistas, sendo repleto de disposições intervencionistas, fiscalizatórias e limitadoras da autonomia dos envolvidos. Consoante assinala Darcy Bessone, o direito concursal representa um *tertium genus* que “nem sequer se define no direito privado ou no direito público e aspira a participar das áreas de ambos”⁵.

Por óbvio, o fato de o plano estar inserido nessa província dogmática do direito empresarial – o direito concursal – exerce, sobre ele, influência na conformação de sua peculiar natureza jurídica. Por esta razão, vê-se que, conceitualmente, o plano encontra-se em um entroncamento nevrálgico entre os princípios liberais-absenteístas do direito contratual e os princípios intervencionistas e fiscalizatórios típicos do direito concursal.

É tendo em vista essa tensão conceitual interna à natureza jurídica do plano de recuperação judicial que deverá ser analisada a questão da arbitrabilidade objetiva dos conflitos que dele decorram. A chave de leitura é simples, se o litígio exsurge em um âmbito do plano cujas características se aproximam da principiologia contratual, dando espaço à autonomia das partes para arquitetar arranjos que melhor os aprouvenham, é arbitrável a questão. No outro extremo, se o litígio decorre de questões que digam respeito às medidas interventivas colocadas pelo direito concursal para a garantia do interesse público, da coletividade dos credores e da garantia da satisfação de seus créditos, da higidez do procedimento e da repressão a fraudes, a questão foge ao escopo da arbitragem.

Esse raciocínio decorre da hermenêutica do próprio dispositivo do art. 1º da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Ao contrário do que parecem sustentar José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro⁶, não se comunga da compreensão de que as matérias concursais enquadrar-se-iam na moldura geral de arbitrabilidade objetiva do art. 1º da Lei de Arbitragem, mas seriam afastadas por regras específicas. Inclusive, é difícil identificar comandos legislativos que claramente excluam a possibilidade de convencionar

lo A.; PIMENTA, Eduardo G. (Orgs.). **15 anos da lei de recuperação e falência de empresas**: estudos jurídicos de acordo com a lei nº 14.112/2020. Belo Horizonte: Expert, 2021. p. 177.

5 BESSONE, Darcy. **Instituições de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22.

6 FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 389.

a solução de litígios à arbitragem no âmbito de matéria atinente ao direito concursal. Adota-se, aqui, a hermenêutica de que as questões em matéria de direito concursal afetas ao plano recuperacional, que afastam a possibilidade de instituição de arbitragens, seriam, justamente, aquelas que, nos termos do art. 1º da Lei de Arbitragem, não poderiam ser consideradas como passíveis de disposição.

Noutras palavras, litígios decorrentes do plano de recuperação judicial que são excluídos da esfera de possibilidade da arbitragem são justamente aqueles cuja natureza, embora patrimonial, não poderá ser compreendida como disponível, por envolver elementos do direito concursal que tutelam o interesse público. Nessa hipótese, fica afastada a arbitrabilidade objetiva dentro da moldura conceitual da própria regra do art. 1º da Lei de Arbitragem.

Adiante, proceder-se-á a um aprofundamento da proposta, em uma tentativa de propor critérios mais palpáveis de diferenciação entre questões arbitráveis e não arbitráveis no âmbito do plano de recuperação judicial.

2. Entre a autonomia da vontade e a ordem pública: critérios para aferição da (não) arbitrabilidade objetiva em litígios derivados o plano de recuperação judicial

A análise do que se entende por disponibilidade ou indisponibilidade de um direito é, em si, um desafio. As definições apresentadas pela doutrina acerca dessa categorização são, em geral, muito genéricas. Toma-se, de exemplo, a explicação proposta por Orlando Gomes, segundo o qual “Chamam-se direitos disponíveis os que podem ser alienados por negócio jurídico”⁷. Entretanto, verticalizando o recorte para o que é disponível ou indisponível em termos de direito concursal e, mais especificamente, em termos de direitos que decorrem de um plano de recuperação judicial, é possível densificar um pouco mais a noção. Algumas disposições específicas inseridas na Lei 11.101/2005 dizem respeito a relações jurídicas de cunho disponível ou indisponível.

Nesse sentido, como linha geral de análise, pode-se compreender como indisponíveis o feixe de disposições regulamentares relativas ao plano de recuperação judicial que visem a tutelar questões de interesse público, tais como as que tangem à garantia do tratamento isonômico entre os credores, à tutela da preservação de empresa, à solvabilidade dos créditos e mesmo à repressão a fraudes. Disposições dessa natureza se enquadram naquele campo do direito concursal marcado pelos interesses públicos imbuídos no processo e, portanto, não são arbitráveis, devendo ser reservadas à competência do juízo da própria recuperação judicial. Por exclusão, os feixes de disposições pertinentes aos interesses dos credores individualmente considerados, sejam em suas relações entre si, sejam em suas relações com o devedor empresário e que não tangenciam a coletividade sujeita ao concurso, referem-se a direitos

⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Atual. Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 237.

disponíveis e, portanto, objetivamente arbitráveis.

Nesta perspectiva, é possível proceder a um mapeamento que vise, em uma perspectiva teórico-hipotética, a identificar, no tocante ao plano de recuperação judicial, as questões cuja arbitrabilidade objetiva, em razão dos influxos do interesse público e da coletividade de credores, é inconcebível, dada a indisponibilidade dos direitos que delas decorrem. É possível elencar, logo de saída, as questões relativas à própria homologação do plano e à concessão da recuperação judicial. Ademais, tendo em vista que a eficácia do plano depende de sua prévia homologação judicial, não parece possível cogitar o deslocamento voluntário desta competência para o juízo arbitral, visto que, prévia à homologação pelo juízo estatal, a cláusula compromissória inserida no plano, a rigor, sequer terá a eficácia jurídica necessária para subsidiá-la.

Igualmente, entende-se que não será arbitrável eventual alegação de descumprimento do plano no chamado “período de fiscalização” (art. 61 da Lei 11.101/2005), se houver. Entendendo o juiz pela estipulação do prazo, há um interesse geral do concurso em se testar a viabilidade da recuperanda na execução do plano, bem como a possibilidade de se requerer a falência de modo célere, a fim de evitar dispersão patrimonial ou menoscabo dos ativos que comporão a massa falida, na hipótese de convocação da recuperação judicial em falência. Logo, não podem os credores, tomados individualmente, afastar o direito dos credores sujeitos ao procedimento de alegarem o descumprimento e de requererem a sumária convocação da recuperação judicial em falência, estatuído no §1º do art. 61 da Lei 11.101/2005, pois esse direito tutela não o interesse de determinado credor individualizado, mas, sim, da coletividade dos credores de terem o plano cumprido, com a conseqüente satisfação de seus créditos e, na sua falta, de terem a falência do devedor empresário decretada para tal finalidade. Discorda-se, assim, de José Emílio Nunes Pinto, nesse aspecto, o qual entende que a arbitragem poderia ter um interessante emprego para uma mais precisa e célere apuração do descumprimento do plano no prazo de fiscalização, evitando tanto alegações abusivas de descumprimento, que importariam em uma injustificada convocação em falência, quanto tentativas do devedor de esquivar-se do cumprimento do plano⁸. A possibilidade de se arguir, perante o juízo, o descumprimento do plano, por se tratar de uma faculdade que diz respeito a interesses gerais do concurso, é, entendese, uma questão não passível de se sujeitar à arbitragem⁹.

8 PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 7, p. 79-100, out./dez. 2005.

9 Não se proscreeve, entretanto, a possibilidade, por exemplo, de o plano prever a criação de um instrumento apartado como condição de viabilização de um meio de pagamento dos credores, como, por exemplo, a confecção de um instrumento e emissão de valores mobiliários. Conforme será sustentado adiante, nada obsta que este instrumento contenha cláusula arbitral e que eventual conflito dele decorrente seja sujeito a uma arbitragem que pode, ao fim e ao cabo, definir que uma obrigação a ele relativa foi descumprida. Contudo, para que o descumprimento de uma obrigação assumida por um instrumento confeccionado como decorrência de uma disposição do plano seja considerado um descumprimento do plano em si, entende-se que será necessária uma prévia manifestação

O julgamento de habilitações e impugnações de crédito eventualmente não apreciadas previamente à homologação do plano tampouco parece ser questão passível de ser remetida à via arbitral, por força de disposição do plano, já que diz respeito a procedimentos que impactam no passivo (valor e classificação dos créditos), interessando à coletividade de credores, razão pela qual deverá ser amplamente publicizado – o que é um desafio para a arbitragem – e realizado pelo mesmo juízo em que tramita o feito recuperatório. Tampouco a decisão acerca de controvérsias havidas no interior do comitê de credores, quando não sanadas pelo administrador judicial, parecem ser arbitráveis, visto afetarem diretamente os rumos da coletividade dos credores e as medidas pertinentes à fiscalização do cumprimento do plano, que afetam o concurso como um todo.

Afora este rol não exaustivo de hipóteses, o qual poderá ser complementado pelo escrutínio argumentativo de outras disposições pertinentes ao plano, que detenham, como as acima citadas, profundos influxos de questões atinentes a direitos indisponíveis, pode-se, por exclusão, vislumbrar as ilhas de arbitrabilidade objetiva em matérias relativas ao plano de recuperação judicial. Como um prisma geral, desde que versem sobre conflitos pontuais havidos entre o devedor e seus credores, ou mesmo entre credores concorrentes entre si individualmente considerados, não afetando, de forma global, o concurso de credores, em especial aqueles não envolvidos na contenda, a arbitragem se afigura como um meio lícito de solução de controvérsias de cunho patrimonial decorrentes do plano de recuperação judicial.

A seguir, será realizada uma tentativa de identificação de algumas hipóteses nas quais a arbitrabilidade do plano de recuperação judicial aparenta não só ser viável, como também potencialmente profícua.

3. Possíveis empregos da arbitragem para litígios decorrentes do Plano de Recuperação Judicial

Assentado que a arbitragem é um expediente, *a priori*, lícito para a solução de contendas decorrentes do plano de recuperação judicial que não sejam marcadas por algum indicador de interesse público ou da coletividade dos credores que imponha a sua indisponibilidade, importa, para a avançar a reflexão, perquirir se essa proposta detém, efetivamente, algum sentido prático em seu emprego. Com efeito, a ausência de registro, na jurisprudência pátria, da utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos inseridos em planos de recuperação judicial pode indicar a ociosidade da empreitada aqui proposta¹⁰.

do juízo da recuperação judicial.

10 Existe, contudo, recente registro jurisprudencial do emprego de cláusula arbitral no âmbito da recuperação extrajudicial. Na apelação cível n. 0016755-47.2019.8.16.0185, julgada em setembro de 2021, o Tribunal de Justiça do Paraná confirmou decisão de primeira instância que reconheceu a validade e homologou plano de recuperação extrajudicial do qual constava cláusula arbitral para dirimir conflitos entre os credores e a recuperanda.

Em um primeiro olhar, efetivamente, submeter controvérsias decorrentes do plano a um juízo arbitral pode parecer um contrassenso. Isso porque, nos termos do art. 31 da Lei de Arbitragem, tudo que um procedimento arbitral pode oferecer ao credor litigante é algo que ele, efetivamente, já tem desde a homologação do plano e a concessão da recuperação judicial, nos termos do art. 59, §1º, da Lei 11.101/2005: um título executivo judicial.

De fato, não parece haver incentivo para os credores em anuir com a inclusão de uma cláusula arbitral no plano, tendo em vista que sua previsão apenas tornará mais dispendioso para os credores suscitarem o descumprimento do plano pelos meios que a Lei 11.101/2005 franqueia. Rememora-se que, descumprida qualquer obrigação constante do plano, faculta-se aos credores formular requerimento de convalidação da recuperação judicial em falência, caso o descumprimento ocorra dentro do prazo do art. 61 da Lei 11.101/2005, ou requerer a execução forçada de forma individual da obrigação descumprida, nos termos do art. 62 da mesma lei. Referidos procedimentos, que podem, sem maiores complexidades, ser deduzidos em juízo, que julgaria sumariamente a questão, com a decretação da falência do devedor ou a determinação de cumprimento forçado da obrigação descumprida, não parecem deixar margem para que haja interesse no procedimento arbitral.

Contudo, referida lógica, a qual não deixa de ser procedente na maioria dos casos, desconsidera a possibilidade de que os conflitos decorrentes do plano não se resumam a uma lógica tão simplista de cumprimento/descumprimento facilmente constatável, a qual se adequa, quando muito, apenas a obrigações de pagar dinheiro. Quando se inserem, nos planos de recuperação, meios de cumprimento da obrigação creditícia que perpassem emissão de valores mobiliários, cessão de bens ou direitos, constituição de sociedade de propósitos específicos, obrigações de fazer em geral, enfim, meios alternativos para além do simples pagamento em pecúnia, o cumprimento pontual pode suscitar maiores indagações. Com efeito, essa possibilidade de haver no plano obrigações complexas a serem cumpridas que ensejariam a necessidade de análise de questões de alta indagação já fora identificada por José Emílio Nunes Pinto em seu artigo escrito ainda em no ano de 2005¹¹.

A questão debatida no presente trabalho detém especial pertinência considerando a possibilidade de que os meios de recuperação judicial e as obrigações previstas no plano dependam, para sua efetivação, da constituição

Em que pese desbordar o objeto do presente trabalho, entende-se, em uma análise preliminar, que as considerações ora declinadas para a recuperação judicial são, em grande parte, extrapoláveis para a recuperação extrajudicial, tendo em vista a possibilidade de vinculação de credores não aderentes, nos termos do art. 163 da Lei 11.101/2005. PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0016755-47.2019.8.16.0185. Apelante: Cooperativa Triticola Mista Vacariense LTDA. et al. Apelada: Graneles Brasil Comercial Importadora Exportadora Agrícola S/A. Relator: Des. Marcelo Gobbo Dalla Dea. Curitiba, 1º de setembro de 2021.

11 PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 7, p. 79-100, out./dez. 2005.

de instrumentos apartados (porém ontologicamente vinculados e, logo, acessórios) do plano de recuperação judicial. Dá-se, a título de exemplo, a “opção de reestruturação” prevista no plano de recuperação judicial da mineradora Samarco, a qual faculta aos credores quirografários o pagamento de seus créditos por meio de recebimento de ações preferenciais da recuperanda¹². A emissão de valores mobiliários como meio de pagamento de credores, por óbvio, dependerá da confecção de um instrumento de emissão, o qual, por sua vez, poderá conter uma cláusula compromissória arbitral. No mesmo sentido, vê-se, no plano de recuperação judicial das sociedades MMX S/A e MMX Corumbá, o qual prevê, como meio de pagamento das obrigações do plano, tanto a entrega de títulos de uma terceira sociedade que compõem o ativo das recuperandas quanto, opcionalmente, a possibilidade de cessão de participações societárias das devedoras na sociedade Porto Sudeste V. M. S/A¹³. Quanto a esta última opção, é clara a interface sob análise, visto que o Estatuto Social da Porto Sudeste prevê a arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito da sociedade. Destarte, caso surjam controvérsias particulares entre os credores cessionários das participações societárias recebidas como meio de pagamento do plano e as devedoras em recuperação judicial, a via arbitral deverá se considerada e estará inserida no escopo do cumprimento do plano.

Considerando a influência da principiologia concursal que, invariavelmente, se estende para o instrumento de emissão de valores mobiliários como meio de recuperação judicial, toda a lógica aqui elaborada acerca dos limites da arbitrabilidade objetiva de questões referentes ao plano deverá ser aplicada. Afinal, caso conste de referido instrumento de emissão de valores mobiliários, algum vício, imprecisão ou incoerência com os compromissos assumidos no plano, de modo a afetar a coletividade dos credores, eventual cláusula arbitral não poderia prevalecer. Contudo, diante de um conflito individual entre a recuperanda e determinado credor, vinculados ao instrumento em comento, mas que se refere a questões peculiares da relação *inter partes*, a via arbitral, a princípio, não precisaria ser afastada.

A arbitragem também pode se revelar útil quando haja a necessidade de que os credores cumpram determinadas condicionantes para que sejam considerados credores estratégicos. Refira-se, a título de exemplo, o plano de recuperação judicial do “Grupo Ricardo Eletro”, o qual prevê a instituição de uma classe privilegiada composta pelos credores que optem por cumprir determinadas condicionantes que beneficiam o esforço de soerguimento da recuperanda. Essa classe de credores estratégicos, em troca do atendimento às

12 Cláusula 5.3.2. do Plano de Recuperação Judicial apresentado por Samarco Mineração S/A – Em Recuperação judicial nos autos do processo n. 5046520-86.2021.8.13.0024, em trâmite perante a 2ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte/MG.

13 Cláusulas 5.3.2 e 5.3.3 do Plano de Recuperação Judicial apresentado por MMX Mineração e Metálicos S/A – Em Recuperação Judicial nos autos do processo n. 0405866-57.2016.8.19.0001, em trâmite perante a 4ª Vara Empresarial da Comarca da Cidade do Rio de Janeiro/RJ.

condicionantes estipuladas, faz jus a condições mais favoráveis de pagamento¹⁴.

Eventual litígio havido entre um credor e a recuperanda em relação ao cumprimento das condicionantes necessárias à sua categorização como credor estratégico poderia, eficazmente, ser submetido à arbitragem, visto que: (i) a definição do cumprimento das condicionantes necessárias para que um credor seja considerado estratégico é questão que não afeta o esquema de pagamentos e cumprimento do plano de modo a prejudicar os demais credores e (ii) podem envolver apurações complexas as quais, fossem deduzidas perante o juízo da recuperação judicial, considerando o volume de trabalho e o assoberbamento que questões de maiores indagações pertinentes ao núcleo do concurso de credores, poderiam levar a uma solução morosa e chegar a resultados sub-ótimos.

Esses exemplos aqui colocados são os que mais imediatamente se apresentam como possíveis usos da arbitragem para solução de controvérsias. Assentada, contudo, a possibilidade teórica *a priori* de arbitrar questões relativas ao plano de recuperação judicial, as quais não guardem indicadores de interesse público imediato, espera-se que novas situações em que a arbitrabilidade seja utilizada como uma estratégia processual válida sejam aventadas pela doutrina e pela praxe consultiva na área concursal.

Nota-se que, com a introdução dos §§4º a 7º ao art. 56 da Lei 11.101/2005 pela Lei 14.112/2020, abrindo a possibilidade de apresentação de plano alternativo pelos credores em caso de rejeição do plano apresentado pelo devedor, eleva-se o potencial de inserção de obrigações complexas a serem cumpridas pelo devedor por meio de celebração de negócios jurídicos derivados do plano e, conseqüentemente, o potencial de a arbitragem surgir como um meio viável de solução dos conflitos daí decorrentes. Ademais, o interesse na temática é reforçado, ainda, pela presença cada vez mais frequente de *players* qualificados no mercado de compra de créditos sujeitos à recuperação judicial, tais como fundos de investimento, os quais podem se beneficiar do emprego da arbitragem para solucionar contendas decorrentes de direitos disponíveis relativos ao plano. Essas novas possibilidades, espera-se, poderão reverter-se em favor da eficácia e da celeridade dos processos recuperacionais, o que decerto trará benefícios ao devedor e à coletividade dos credores.

Conclusão

Apresentadas essas breves reflexões acerca da arbitrabilidade objetiva de litígios decorrentes do plano de recuperação judicial, conclui-se que, *a priori*, a arbitragem é um meio lícito e potencialmente interessante para a solução de contendas decorrentes do plano de recuperação judicial. Contudo, é necessá-

14 Cláusula 12 do Plano de Recuperação Judicial apresentado por MV Participações S/A - Em Recuperação Judicial e Outras às fls. 11237-11872 dos autos do processo n. 1070860-05.2020.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP.

rio atentar-se aos vetores normativos que informam cada uma das questões litigiosas que podem derivar do plano, visto que, sendo a recuperação judicial província do direito concursal, convivem, em seu bojo, questões eminentemente disponíveis, pertinentes aos interesses individuais nas relações bilaterais entre um credor individual e um devedor – as quais, portanto, são arbitráveis – e questões profundamente ligadas a princípios ligados ao interesse público, de garantia da isonomia entre credores, de tutela da preservação de empresa, da adequada garantia da satisfação dos créditos sujeitos e mesmo de repressão a fraudes, as quais são indisponíveis e, logo, por força do art. 1º da Lei de Arbitragem, *a contrario sensu*, não passíveis de submissão à arbitragem.

Com efeito, os anseios de se empregar a arbitragem como meio de solução de litígios no âmbito da recuperação judicial parece atender a legítimas preocupações de celeridade e eficiência do processo, em benefício da recuperanda e de seus credores. Contudo, dada a peculiar natureza do direito concursal, no qual o instituto da recuperação judicial se insere, parece válido o alerta que Trajano de Miranda Valverde fazia, ainda à época da concordata preventiva, porém inteiramente aplicável ao seu sucedâneo legal: “O processo de concordata preventiva precisa ser rápido e econômico, portanto. Mas, por outro lado, a necessidade de bem se apurarem os créditos exige processo de verificação seguro, o que não se pode obter senão mediante a imposição de certas formalidades, cujo cumprimento demanda tempo”¹⁵.

O trabalho que a doutrina no campo do direito concursal e da arbitragem tem pela frente é proceder ao esforço dialético de, com argumentos e contra-argumentos, identificar e mapear de forma exaustiva, na Lei 11.101/2005, na prática forense e na jurisprudência dos tribunais, quais são efetivamente aquelas disposições pertinentes ao plano de recuperação judicial e as contendas dele derivadas que são invariavelmente indisponíveis e, portanto, não passíveis de arbitragem, e quais outras versam sobre direitos patrimoniais disponíveis e que podem, lícita e utilmente, serem levadas à arbitragem. No presente texto, propôs-se um tateamento da questão, identificando as manifestações que se afiguraram mais claras, mas o caminho a percorrer para a consolidação de posições de consenso ainda é longo.

Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BESSONE, Darcy. **Instituições de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 29, p. 183-206, abr./jun. 2011.

CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry. Reflexões sobre cláusulas de supressão de garantias em planos de recuperação judicial. In: CHAVES, Natália C.;

15 VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 391.

FÉRES, Marcelo A.; PIMENTA, Eduardo G. (Orgs.). **15 anos da lei de recuperação e falência de empresas**: estudos jurídicos de acordo com a lei nº 14.112/2020. Belo Horizonte: Expert, 2021.

FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial: um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 31, p. 251-261, out./dez. 2011.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Atual. Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0016755-47.2019.8.16.0185. Apelante: Cooperativa Triticola Mista Vacariense LTDA. *et al.* Apelada: Graneles Brasil Comercial Importadora Exportadora Agrícola S/A. Relator: Des. Marcelo Gobbo Dalla Dea. Curitiba, 1º de setembro de 2021.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 7, p. 79-100, out./dez. 2005.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. Arbitragem e insolvência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 20, p. 25-52, jan./mar. 2009.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO INERENTE AO ACESSO À JUSTIÇA PELA ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A POSSÍVEL NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL COMO MECANISMO DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

David Lins Kusterer

Universidade Salvador. Graduando em Direito pela Universidade Salvador. Integrante do Grupo de Estudos em Direito no Âmbito Internacional da Universidade Salvador, com participação na XI Competição Brasileira de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial.

Matheus Lins Rocha

Universidade Salvador e Universidade Federal da Bahia. Doutorando pela Universidade Federal da Bahia. Mestre pela Universidade Salvador (*Research Stay*, Universidad de Salamanca). Pós-Graduado em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Coordenador das pós-graduações em direito e professor da Universidade Salvador.

Resumo:

O objeto desta pesquisa é investigar o devido processo legal como princípio inerente à arbitragem, sob pena de não efetivação do acesso à justiça, bem como a análise da ação judicial de nulidade da sentença arbitral como instrumento de garantia do referido direito. A presente pesquisa se justifica por sua relevância teórica e social. Trata-se de uma pesquisa teórica transdisciplinar, que engloba as disciplinas dos direitos humanos, do direito constitucional, processual e da Arbitragem. Foram utilizados os métodos dialético e dedutivo, com vertente metodológica do presente trabalho corresponde à jurídico-sociológica, uma vez que é investigado o ordenamento jurídico brasileiro, por meio dos respectivos mecanismos de resolução dos conflitos sociais com o objetivo de efetivação plena do acesso à justiça. A linha é a crítico-metodológica, com tipo de investigação jurídico-propositivo. Trabalhou-se com dados

primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência, além da doutrina.

Palavras-chave: Arbitragem; Direitos Humanos fundamentais; Devido processo legal; Acesso à justiça; Ação anulatória da sentença arbitral.

1 Introdução

A arbitragem tem se desenvolvido, cada vez mais, no ordenamento jurídico brasileiro, como importante meio adequado heterocompositivo de resolução de conflitos que contribui para a efetivação do direito ao acesso à justiça de modo eficaz e com duração razoável, em panorama que demonstra o Poder Judiciário que não consegue, em tempo razoável, proferir decisões adequadas às resoluções conflitivas no Brasil. A partir da referida problemática relacionada à impossibilidade de efetivação do princípio da duração razoável do processo, o acesso à justiça, direito que integra o rol dos direitos humanos fundamentais, acaba não sendo também efetivado, levando-se em consideração que uma decisão completamente tardia do Poder Judiciário, em determinadas hipóteses, poderá não mais efetivar a justiça.

Neste sentido, o sistema multiportas começa a ser, cada vez mais, difundido e utilizado como meio efetivo de proporcionar o direito humano fundamental do acesso à justiça. As formas autocompositivas, como negociação, conciliação, mediação e dispute boards, além dos métodos heterocompositivo como, por exemplo, expertise e arbitragem, podem figurar como meios que resolvam, com duração razoável, menos custoso, com menor complexidade procedimental e com confidencialidade. Com a evolução exponencial da aplicação da arbitragem no Brasil, novas questões começam a surgir, principalmente levando em consideração o amplo acesso à justiça e a flexibilidade procedimental da arbitragem. O objeto desta pesquisa é investigar o devido processo legal como princípio inerente à arbitragem, sob pena da não efetivação do acesso à justiça, bem como a análise da ação judicial de nulidade da sentença arbitral como instrumento de garantia do referido direito.

A presente pesquisa se justifica por sua relevância teórica, tendo em vista que existe ampla discussão doutrinária sobre a amplitude e aplicação das hipóteses de nulidade da sentença arbitral, bem como por sua relevância social, uma vez que, após análise da arbitragem à luz dos princípios constitucionais será possível alcançar a máxima efetivação do acesso à justiça, tendo como mecanismo de garantia, a ação anulatória da sentença arbitral. Os objetivos da pesquisa se constituem na análise dos princípios processuais da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro constitucional e legal, relacionando-os, diretamente, com o direito ao acesso à justiça, além de verificar quais são os possíveis mecanismos que podem garanti-lo.

A presente pesquisa é transdisciplinar, englobando as disciplinas dos direitos humanos, do direito constitucional, processual e da Arbitragem. Utili-

zou-se os métodos dialético e dedutivo¹, partindo-se da análise de regras gerais propostas na legislação, doutrina e jurisprudência, para o caso específico da utilização da arbitragem, sob o prisma dos princípios processuais constitucionais, bem como da análise da ação anulatória judicial da sentença arbitral. A vertente metodológica do presente trabalho corresponde à jurídico-sociológica², uma vez que é investigado o ordenamento jurídico brasileiro, por meio dos respectivos mecanismos de resolução dos conflitos sociais com o objetivo de efetivação plena do acesso à justiça.

A linha desta pesquisa se constitui na crítico-metodológica³, tendo em vista que busca repensar criticamente o direito, utilizando-se do tipo de investigação jurídico-propositivo⁴, demonstrando proposições sobre a forma de aplicação da arbitragem sob o prisma constitucional e convencional, tendo como paradigma, também, os tratados internacionais de direitos humanos. Trabalhou-se com dados primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência, além da doutrina. A técnica metodológica utilizada é a pesquisa teórica, com análises de conceitos e investigações de divergentes argumentações para a criação das conclusões e proposições finais. As hipóteses iniciais se demonstram como, primeiramente, a obrigatoriedade da aplicação efetiva dos princípios processuais constitucionais e convencionais à arbitragem, sob pena de não efetivação do acesso à justiça. Se tem, ainda, como hipótese, a necessária aplicação da ação judicial anulatória da sentença arbitral como possível mecanismo de controle da incidência dos princípios processuais e efetiva concretização do acesso à justiça.

2 a vantajosa aplicação da arbitragem como meio de resolução de conflitos e acesso à justiça no Brasil;

O acesso à justiça é previsto na Constituição Federal de 1988 que evidencia, no seu artigo 5º, inciso XXXV, o é denominado princípio da inafastabilidade de jurisdição⁵, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O acesso à justiça se constitui como garantia elementar da realização do Direito, bem como da conservação da paz social, além da proteção do ser humano. Ao Estado, cabe assegurar a justiça aos seus jurisdicionados, fundamentado no devido processo legal, além de decisões justas e efetivas para a proteção dos direitos subjetivos, interesses

1 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática – 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

2 Ibid.

3 Ibid.

4 Ibid.

5 GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Princípios processuais civis na Constituição, p. 52-53); WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico e mandado de segurança contra atos judiciais, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

e princípios gerais consagrados no ordenamento jurídico pátrio.⁶

Entretanto, de acordo com as perspectivas do Poder Judiciário abarrotado e, muitas vezes, ineficiente⁷, é possível verificar que o princípio do acesso à justiça não é efetivado de forma integral e ampla, uma vez que o Poder Judiciário não possui condições de atender, de forma eficiente, a quantidade de demandas submetidas à sua apreciação. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover já afirmava desde a década de 90 que “visando à superação da crise estrutural do Judiciário, abre-se caminho, na vertente extrajudicial, para a re-visitación de equivalentes jurisdicionais, como a auto e a heterocomposição, na busca de meios alternativos ao processo, capazes de evitá-lo”⁸, em uma duração razoável.

A dificuldade relacionada ao acesso à justiça não se compreende apenas no referido tempo e espaço. Por força da dificuldade da efetivação prática do acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁹, ainda no século passado, buscaram soluções para amenizar a situação da grande quantidade de processos no Poder Judiciário e promover o acesso à justiça de forma integral, bem como com duração razoável.

O acesso à justiça, portanto, é considerado como “a garantia do acesso aos tribunais”¹⁰ sendo relacionado, por diversos doutrinadores, de forma direta com a “prerrogativa de provocar a atuação do Poder Judiciário para a defesa de um direito”¹¹ ou como a “proteção judicial efetiva”¹². Entretanto, além da referida relação, o acesso à justiça se demonstra com forte vínculo com as demais formas adequadas de resolução de conflitos, tendo em vista que o Poder Judiciário, sendo apenas considerado, sem o sentido do sistema multiportas, não é capaz de efetivar o direito ao acesso à justiça de forma integral no Brasil, considerando-se o estoque de processos pendentes de julgamento que, mesmo com relativa a melhoria recente do panorama, ainda ultrapassa de 75,4 milhões¹³.

6 BLANCO, Carolina Souza Torres. O Direito de Acesso à Justiça nas Jurisprudências Interamericana e Brasileira, uma Análise Comparativa. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, p. 85 - 125, jul./dez. 2012. DOI: 10.12818/P. 0304-2340.2012v61p85. p. 89.

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>. Acesso em 24/05/2019.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário, *in* O processo em evolução, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 22.

9 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 491.

11 CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 637.

12 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

13 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021: Judiciário man-

O acesso à justiça se evidencia como requisito indispensável para o exercício do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁴, verificando-se, de forma nítida, a íntima relação dos métodos de resolução de conflitos, incluindo-se a arbitragem, com a efetivação do referido direito integrante dos direitos humanos fundamentais. Conforme já salientado, para solucionar o problema da não efetivação integral do acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁵ demonstram três possíveis soluções, delimitando-as em ondas que contribuiriam para a efetivação do direito humano fundamental ao acesso à justiça. Além da primeira onda, relaciona com a justiça gratuita, e da segunda onda, por sua vez, no que tange a tutela coletiva em geral, os autores identificaram como terceira onda de efetivação do acesso à justiça, mecanismos que permitam a prestação jurisdicional efetiva, relacionando-se com a instituição de meios alternativos adequados de resolução de disputas¹⁶, incluindo-se a Arbitragem, regulamentada no direito brasileiro pela Lei n.º 9.037/96. O raciocínio é no sentido de que com a utilização de métodos adequados de resolução de conflitos, diversos casos que seriam submetidos ao Poder Judiciário e que acarretariam a piora gradativa do sistema, seriam resolvidos por outros meios, que possibilitariam, em última análise, numa ampliação do acesso à justiça.¹⁷

Portanto “o Estado deve proporcionar um sistema que viabilize às pessoas a busca de uma solução para seus problemas”¹⁸, sendo necessário, também, que a solução seja demonstrada em tempo hábil para a efetivação prática do acesso à justiça.¹⁹ Por motivo dos problemas suportados pelo Poder Judiciário referente à quantidade expressiva de processos pendentes de julga-

teve serviços com inovação durante a pandemia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2021-judiciario-manteve-servicos-com-inovacao-durante-a-pandemia/> Acesso em: 21 de novembro de 2021.

14 BONFIM, Thiago. Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa. Análise da Prática Jurisprudencial. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 71.

15 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

16 Ibidem.

17 Neste sentido são os autores: O tipo de reflexão proporcionada por essa abordagem pode ser compreendida através de uma breve discussão de algumas das vantagens que podem ser obtidas através dela. Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 26.

18 RIBEIRO, Daniela Menengoti. ROMANCINI, Malu. *Acesso À Justiça: do Conceito à Análise de Casos Práticos e da Efetividade do Instituto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Escola de Direito PUC RS. Direitos Fundamentais & Justiça - ano 9, n.º 32, P. 75-96, JUL./SET. 2015. p. 77.

19 Ibid. p. 82.

mento, bem como no que tange à demora na solução dos conflitos e tendo em vista a aplicação possível dos meios adequados de resolução de conflitos no ordenamento jurídico pátrio, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução n.º 125/2010, que trata sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, o que consolidou a denominada “justiça multiportas” em que o Estado oferece, possibilita e promove à sociedade, variadas escolhas adequadas para solução dos conflitos.

Em que pese os escritos de Cappelletti e Garth sejam da década de 1970, continuam muito atuais no plano brasileiro, uma vez que o Poder Judiciário enfrenta um desafio institucional, não podendo mais se limitar a oferecer tardias prestações jurisdicionais.²⁰ Afirme-se que, neste cenário, “houve um aperfeiçoamento da jurisdição privada no Brasil, dando a oportunidade para as partes defenderem seus interesses de modo mais célere e mais adequado à realidade dinâmica da população”.²¹

No panorama brasileiro, portanto, houve a evolução cada vez maior dos meios adequados de resolução de conflitos, autocompositivos e heterocompositivos, principalmente no período de 25 anos até atualmente, destacando-se, como já mencionado, a negociação, a conciliação, a mediação, bem como a “Dispute Resolution Boards”, além da “Expertise” ou Arbitramento Pericial e o da Arbitragem, recorte do presente estudo que juntas, somam à tão utilizada Jurisdição Estatal.

A solução pode ser definida, portanto, por meio da arbitragem, método em que um terceiro, eleito pelas partes por meio de uma convenção de arbitragem, definirá a solução da controvérsia, tendo natureza jurisdicional, sem participação estatal na resolução, na qual a sentença arbitral originará coisa julgada material e terá a mesma força vinculante de título executivo judicial. Portanto, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o “árbitro é juiz de fato e de direito” (art. 18 da Lei 9.307/96), acolheu a natureza jurisdicional da arbitragem²².

A partir das referidas características básicas da arbitragem, é possível listar, brevemente, diversos benefícios oriundos da arbitragem²³, efetivando-se, na prática, o acesso à justiça. A duração razoável do processo se que constitui

20 DE MEDEIROS NETO, Elias Marques. A efetividade do processo, reformas processuais, o projeto de um novo Código de Processo Civil e a Arbitragem: a terceira onda de transformação da doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. In CAHALI, Francisco Jose. RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. Arbitragem. Estudos sobre a Lei n.º 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 203.

21 MALHEIRO, Emerson Penha. BENATTO, Pedro Henrique Abreu. *Arbitragem no Poder Público do Brasil*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Escola de Direito PUC RS. Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 131-144, jan./jun. 2017. p. 132

22 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 268-269).

23 FERREIRA, Olavo. ROCHA, Matheus Lins. FERREIRA, Débora. Lei de Arbitragem Comentada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

como vantagem muito importante da arbitragem para a efetivação do acesso à justiça, já que o art. 23 da Lei de Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral deve terminar após seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, desde que não haja disposição em contrário, salientando-se que segundo o Conselho Nacional de Justiça, a duração de média de um processo digital é de quatro anos e quatro meses²⁴, sem contar o prazo para julgamento dos recursos até os Tribunais Superiores. A arbitragem oferece um tratamento mais dedicado e com melhor estrutura, quando comparado ao Poder Judiciário, tendo em vista a nítida diferença da quantidade de processos por julgador e a especialidade do árbitro em matérias específicas do direito, fator que demonstra outra vantagem, qual seja, a possibilidade de escolha do julgador da demanda. A possibilidade de confidencialidade, o custo-benefício a partir da celeridade e a flexibilidade procedimental também podem ser considerados como elementos que possibilitem a aplicação do amplo acesso à justiça.

Portanto, as vantagens listadas contribuem para a efetivação do direito humano fundamental ao acesso à justiça, previsto na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é parte, notadamente no art. X da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, no art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, no art. XVIII da Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948 e no art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Necessário salientar que o acesso à justiça não pode ser resumido apenas ao sentido de acesso às instituições, mas também à solução definitiva em tempo razoável, sob pena de não concretização da própria cidadania e desrespeito aos direitos humanos fundamentais.²⁵ As três referidas ondas elencadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth são de fundamental importância para a efetivação do acesso à justiça, direito humano fundamental expresso na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos, demonstrando-se a importância dos métodos adequados de resolução de conflitos para a efetivação da própria dignidade da pessoa humana.

3 O devido processo legal como integrante dos Direitos Humanos fundamentais e como princípio inerente à arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro;

O Devido Processo Legal, importante princípio processual previsto em diversos diplomas históricos, como, por exemplo, a Carta Magna de 1215²⁶,

24 cf. Relatório da Justiça em Números 2016, CNJ: Brasília, site Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfb344931a933579915488.pdf>>, acesso em 20.07.2017, p. 148.

25 SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e Cidadania. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 216: 9-23. abr/jun. 1999.

26 CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 667.

tem fundamental importância no processo judicial, bem como nos procedimentos arbitrais, sendo previsto no Artigo 5º, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispositivo que enuncia que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” A partir do referido dispositivo normativo extrai-se o princípio aqui discutido, que confere a todos os indivíduos, o direito fundamental a um processo justo e equitativo.²⁷

O referido princípio é parte integrante dos direitos humanos fundamentais, previsto na Constituição Brasileira, bem como nos tratados internacionais como, por exemplo, na Convenção Americana de Direitos Humanos. Na perspectiva formal, se relaciona com o direito de qualquer indivíduo ser submetido a processo que cumpra com a ampla defesa e o contraditório, além da garantia do Juiz natural do devido processo legal, dentre outros²⁸ sendo evidenciado, também no âmbito do devido processo legal material quando o procedimento estiver pautado na razoabilidade e proporcionalidade²⁹.

Conforme já abordado, a flexibilidade procedimental é vantagem de extrema importância na arbitragem que evidencia a autonomia privada como predominante nas questões processuais³⁰. Observe-se que a terminologia que deve ser utilizada é a “autonomia privada” em vez de “autonomia da vontade”, tendo em vista que a liberdade na autonomia possui limites na Constituição Federal Brasileira e nos tratados internacionais de direitos humanos que, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, possuem posição hierárquico-normativa de normas supralégais.³¹

Portanto, se comparado com o procedimento judicial previsto do Código de Processo Civil, constata-se maior liberdade de modificação do procedimento arbitral, embora os negócios jurídicos processuais, estejam cada vez mais se desenvolvendo no direito processual civil, mas sem tanta possibilidade de flexibilização quanto no procedimento arbitral. Portanto, as partes, por meio da convenção de arbitragem, podem definir, de forma detalhada, como será o procedimento da arbitragem, de acordo com a lei 9.307/96, contanto que não haja ofensa à ordem pública, ao devido processo legal, aos princípios constitucionais e aos direitos humanos fundamentais, além das demais hipóteses que de nulidades da Sentença Arbitral, hipóteses de possível apresentação de ação anulatória³².

27 DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 22ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 92.

28 DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 22ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 97

29 Ibid. p. 92

30 BRASIL. STJ, REsp. 1.636.102/SP, Relator Ministro Cueva, j. 13/06/2017.

31 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 03/12/2008 TRIBUNAL PLENO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO.

32 LEMES, Selma, ARBITRAGEM. PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS. DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO, Revista dos Tribunais vol. 686/1992, p. 73 – 89, Dez / 1992.

O referido princípio constitucional também norteia a arbitragem, demonstrando-se que a autonomia das partes não é absoluta e que caso violado o devido processo legal, o acesso à justiça não será efetivado, devendo, o ordenamento jurídico brasileiro garantir que a referida vantagem não seja utilizada de forma a prejudicar uma das partes no procedimento arbitral. Existe a possibilidade fática de que a convenção de arbitragem esteja prevendo procedimento que venha ferir o contraditório ou a ampla defesa, situação que acarretará a nulidade do procedimento arbitral. A referida preocupação com o processo equitativo deve ser também levada em consideração, principalmente em procedimentos que contenham a assimetria técnica, hipossuficiência ou vulnerabilidade de determinada parte como, por exemplo, em arbitragens trabalhistas ou relativas ao direito do consumidor.

Por isso, descumprimento do devido processo legal acarreta nulidade da sentença arbitral, de acordo com o Artigo 32º, VIII da Lei Nº 9.307/96. Atrelado ao princípio do devido processo legal, encontram-se outros princípios como o contraditório, a ampla defesa, a cooperação, a lealdade processual, dentre outros. O princípio do devido processo legal deverá, portanto, limitar a autonomia das partes na arbitragem, que não poderão decidir sobre os aspectos processuais de modo a ir de encontro com o referido pilar, sob pena de um desrespeito aos direitos humanos fundamentais que se demonstraria com a consequente inefetividade do acesso à justiça.

4 A possível nulidade da sentença arbitral como mecanismo de garantia dos Direitos Humanos fundamentais processuais

A sentença arbitral, uma das principais finalidades dentro da fase decisória, é regulamentada pelo artigo 23 da lei Nº 9.307/96³³. Como verificado, o princípio da autonomia da vontade figura como de extrema importância para a arbitragem, pois através do mesmo é possível estabelecer e modificar questões procedimentais e elementares da arbitragem, optando-se por diferentes regras procedimentais já existentes ou, até mesmo, trazendo a possibilidade de elaboração de um procedimento específico pelas próprias partes.

Como já demonstrado, a sentença arbitral possui a mesma força vinculante da sentença judicial, momento no qual se esgota a atividade jurisdicional do árbitro³⁴ e podendo ocorrer como sentença terminativa, onde ocorre a extinção do processo sem a resolução do mérito ou sentença definitiva, na qual acontece a extinção do processo com a resolução do mérito³⁵. Necessá-

33 Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

34 CARMONA, Carlos Alberto. ENSAIO SOBRE A SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL. Revista de Processo | vol. 165/2008 | p. 9 - 28 | Nov / 2008 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 663 - 686 | Set / 2014 DTR\2008\675.

35 MOREIRA, José Carlos Barbosa. ESTRUTURA DA SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Processo | vol. 107/2002 | p. 9 - 17 | Jul - Set / 2002 Doutrinas Essenciais

rio afirmar sendo necessário afirmar a importância da teoria jurisdicional da arbitragem que demonstra que a decisão do árbitro tem forma jurisdicional³⁶.

Carlos Alberto Carmona assevera que [...] “o intuito da lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito”. Candido Rangel Dinamarco também acolhe as lições de Carmona, concluindo que “a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro”³⁷. Saliente-se que a sentença arbitral possui os mesmos efeitos da sentença proferida pelos representantes do Poder Judiciário, conforme artigo 31, da Lei da Arbitragem, configurando-se como título executivo judicial, como afirmam os artigos 515, inciso VII, do Código de Processo Civil de 2015³⁸ e 31, da Lei da Arbitragem, sendo cumprida em conformidade com o rito processual previsto no Código pátrio, conforme artigo 525 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, e o artigo 33, § 3º, da Lei de 9.307.

O artigo 24 da lei Nº 9.307/96 trata da necessidade da decisão arbitral se dar por meio de documento escrito, evidenciando os chamados requisitos da obrigatorios da sentença arbitral constantes no artigo 26 da lei de arbitragem, sendo o relatório, que contém informações como o nome das partes, a apresentação do litígio do processo e os pedidos das partes, os fundamentos da decisão que objetivam justificar a decisão arbitral, o dispositivo, que demonstra o resultado da decisão, além da data e local em que a sentença foi proferida, juntamente com as assinaturas dos árbitros.

Portanto, verifica-se a possibilidade de que haja vícios formais ou materiais na sentença, como em qualquer procedimento. Caso o procedimento arbitral seja desenvolvido sem respeitar as formalidades legais previstas, os princípios constitucionais e convencionais ou os direitos humanos fundamentais, o direito brasileiro deverá dispor de mecanismo que venha corrigir eventual desrespeito, efetivando-se os direitos humanos fundamentais no caso con-

Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 737 - 746 | Set / 2014 DTR\2002\338

36 Neste sentido: “Mas, hoje, há uma firme e consolidada concepção a respeito da natureza jurídica da arbitragem: de mero meio alternativo, ou equivalente jurisdicional, passou sua natureza a ser considerada como jurisdicional, tanto mais que a sentença arbitral surte os mesmos efeitos da coisa julgada que coroa a sentença judicial, os atributos dos árbitros são exatamente os mesmos do juiz togado e os princípios constitucionais que a regem são os do “devido processo legal”. Aliás, em obra doutrinária recente, em que liguei o conceito de jurisdição ao de acesso à justiça, asseverei que não só arbitragem, mas também a justiça conciliativa, se enquadram na categoria de jurisdição. E vale a pena lembrar, a esse propósito, a releitura do inc. XXXV, art. 5, da Constituição, feita no preâmbulo da Resolução n. 125/2010 do CNJ, que afirmou, com todas as letras, que por acesso aos tribunais deve entender-se “acesso às vias adequadas de solução de conflitos” Op. Cit. FONSECA, Rodrigo Garcia da. REFLEXÕES SOBRE A SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6/2005 | p. 40 - 74 | Jul - Set / 2005 DTR\2005\393.

37 Op. Cit., p. 39.

38 Este artigo repete a previsão do art. 475-N, IV, do CPC de 1973.

creto. Por isso, o microsistema arbitral brasileiro prevê medidas de correção para eventuais problemáticas envolvendo a arbitragem. Caso exista alguma necessidade quanto a discussão de algum erro material na sentença, é possível que haja pedido de esclarecimento, sendo necessário a solicitação do pedido dentro de 05 (cinco) dias após o recebimento da sentença, com fundamento no Artigo 30 da Lei de arbitragem.

Caso as hipóteses do artigo 32 da Lei 9.307/96³⁹ sejam evidenciadas, haverá a nulidade da sentença arbitral, fator que possibilitará a apresentação de Ação anulatória de sentença arbitral perante o Poder Judiciário. Após a notificação da sentença, as partes terão o prazo de 90 (noventa) dias para que seja proposta uma demanda com a finalidade da declaração de nulidade da sentença arbitral. Verifica-se que as hipóteses taxativas de nulidade da Sentença Arbitral se relacionam com a nulidade da convenção de arbitragem, com eventuais incapacidades dos árbitros, com os referidos requisitos obrigatórios da sentença arbitral, com os limites máximos estabelecidos pelas partes na convenção de arbitragem, que foi proferida com relação a fatos criminalmente tipificados, desrespeitando prazos previstos na lei ou, em conformidade com o recorte do presente estudo se “forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º[...]” da Lei 9.307/96, quais sejam, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, corolários do princípio do devido processo legal, havendo casos em que o referido desrespeito já trouxe, como consequência, a invalidade da Sentença Arbitral⁴⁰.

A ação de nulidade da sentença arbitral não possui a finalidade de revisar a sentença nem para tratar de eventuais inconformismos com o mérito da decisão⁴¹, mas verificar alguma das causas de nulidade, desconstituindo eventual ilegalidade, desrespeito aos princípios constitucionais e previstos nos

39 Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

[...]

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

40 VALLE, Martim Della. ADAME, Victor. ZOCAL, Raul Longo. Jurisprudência Estatal Nacional Comentada. Arbitragem. Anulação da Sentença Arbitral. Decisão por Equidade. Dever de Fundamentação. Inadmissibilidade da Revisão da Sentença Arbitral. Imparcialidade Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº 1048961-82.2019.8.26.0100. Relator Desembargador Azuma Nishi. 10.03.2021.

41 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. BARIONI, Rodrigo. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A CAUSA DE PEDIR DAS AÇÕES ANULATÓRIAS DE SENTENÇA ARBITRAL. A CAUSA DE PEDIR DAS AÇÕES ANULATÓRIAS DE SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 46/2015 | p. 265 - 276 | Jul - Set / 2015 DTR\2015\13116.

tratados internacionais de direitos humanos, bem como ao devido processo legal, princípio fundamental na arbitragem, que deve criar balizas À autonomia da vontade, para que haja a efetivação de um procedimento arbitral justo, equânime, promovendo-se os direitos humanos fundamentais e o acesso à justiça por meio da garantia do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa. Caso haja alguma nulidade, é importante salientar que a ação de nulidade do procedimento arbitral que será processada e analisada no Poder Judiciário, funcionará como importante mecanismo de verificação da constitucionalidade e da convencionalidade da arbitragem, tendo como parâmetro, o devido processo legal para efetivação da justiça no caso concreto, salientando-se que a intervenção judicial deve ser excepcional e deverá influenciar na arbitragem da menor forma possível, sendo, inclusive, um controle subsidiário⁴², apenas quando as causas do art. 32 da Lei 9.307/96 estiverem evidenciadas e comprovadas com o prejuízo de alguma das partes.

5 Conclusão

Após a presente investigação, é possível concluir no sentido de que existem diversas vantagens que podem demonstrar a arbitragem como mecanismo efetivo de resolução de conflitos no panorama brasileiro, promovendo-se de forma ampla e efetiva o direito humano fundamental ao acesso à justiça que se encontra prejudicado pelo elevado número de processos pendentes de julgamento no poder judiciário, bem como a média da duração de cada processo no âmbito estatal. Conclui-se, também que, dentre as referidas vantagens, constata-se a presença da autonomia privada, que deve ser limitada aos limites constitucionais e convencionais, respeitando-se o devido processo legal e os demais princípios processuais previstos nos referidos diplomas, sob pena de violação a direitos humanos fundamentais. Por fim, conclui-se que, caso no âmbito da arbitragem haja algum desrespeito ao devido processo legal ou aos direitos humanos fundamentais, a ação de nulidade do procedimento arbitral e o controle judicial atuarão, de forma subsidiária, excepcional e com uma intervenção mínima, como garantia dos direitos humanos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

AIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BLANCO, Carolina Souza Torres. O Direito de Acesso à Justiça nas Jurisprudências Interamericana e Brasileira, uma Análise Comparativa. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, p. 85 - 125, jul./dez. 2012. DOI: 10.12818/P. 0304-2340.2012v61p85. p. 89.

42 YARSHEL, Flávio Luiz. AINDA SOBRE O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO CONTROLE JURISDICIONAL ESTATAL DA SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 50/2016 | p. 155 - 163 | Jul - Set / 2016 DTR\2016\23865.

- BONFIM, Thiago. Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa. Análise da Prática Jurisprudencial. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 71.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 03/12/2008 TRIBUNAL PLENO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO.
- BRASIL. STJ, REsp. 1.636.102/SP, Relator Ministro Cueva, j. 13/06/2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 491.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 268-269).
- CARMONA, Carlos Alberto. ENSAIO SOBRE A SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL. Revista de Processo | vol. 165/2008 | p. 9 - 28 | Nov / 2008 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 663 - 686 | Set / 2014 DTR\2008\675.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>. Acesso em 24/05/2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021: Judiciário manteve serviços com inovação durante a pandemia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2021-judiciario-manteve-servicos-com-inovacao-durante-a-pandemia/> Acesso em: 21 de novembro de 2021.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 637.
- DE MEDEIROS NETO, Elias Marques. A efetividade do processo, reformas processuais, o projeto de um novo Código de Processo Civil e a Arbitragem: a terceira onda de transformação da doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. In CAHALI, Francisco Jose. RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. Arbitragem. Estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 203.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 22ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- FERREIRA, Olavo. ROCHA, Matheus Lins. FERREIRA, Débora. Lei de Arbitragem Comentada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário, in O processo em evolução, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 22.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 20 e 61/62.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática – 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LEMES, Selma, ARBITRAGEM. PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS. DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO, Revista dos Tribunais vol. 686/1992, p. 73 – 89, Dez / 1992.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. BARIONI, Rodrigo. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A CAUSA DE PEDIR DAS AÇÕES ANULATÓRIAS DE SENTENÇA ARBITRAL. A CAUSA DE PEDIR DAS AÇÕES ANULATÓRIAS DE SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 46/2015 | p. 265 - 276 | Jul - Set / 2015 DTR\2015\13116

MALHEIRO, Emerson Penha. BENATTO, Pedro Henrique Abreu. *Arbitragem no Poder Público do Brasil*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Escola de Direito PUC RS. Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 131-144, jan./jun. 2017. p. 132

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. ESTRUTURA DA SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Processo | vol. 107/2002 | p. 9 - 17 | Jul - Set / 2002 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 737 - 746 | Set / 2014 DTR\2002\338

RIBEIRO, Daniela Menengoti. ROMANCINI, Malu. *Acesso À Justiça: do Conceito à Análise de Casos Práticos e da Efetividade do Instituto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Escola de Direito PUC RS. Direitos Fundamentais & Justiça - ano 9, n.º 32, P. 75-96, JUL./SET. 2015. p. 77.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Princípios processuais civis na Constituição, p. 52-53);

SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e Cidadania. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 216: 9-23. abr/jun. 1999.

VALLE, Martim Della. ADAME, Victor. ZOCAL, Raul Longo. Jurisprudência Estatal Nacional Comentada. Arbitragem. Anulação da Sentença Arbitral. Decisão por Equidade. Dever de Fundamentação. Inadmissibilidade da Revisão da Sentença Arbitral. Imparcialidade Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível no 1048961-82.2019.8.26.0100. Relator Desembargador Azuma Nishi. 10.03.2021.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico e mandado de segurança contra atos judiciais, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

YARSHEL, Flávio Luiz. AINDA SOBRE O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO CONTROLE JURISDICIONAL ESTATAL DA SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 50/2016 | p. 155 - 163 | Jul - Set / 2016 DTR\2016\23865

O PENSAMENTO SISTÊMICO COMO PARADIGMA PARA REDUÇÃO DA CRISE DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Alex Thiébaud Menezes Nunes da Costa

Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Resumo:

O presente artigo pretende indicar o pensamento sistêmico como um novo paradigma da ciência em contraposição ao paradigma cartesiano dominante. Estrutura-se o trabalho em três capítulos. No primeiro, buscaremos analisar o surgimento do paradigma hegemônico através da obra de René Descartes e identificar suas principais características, sua influência no Direito, bem como apresentar críticas à racionalidade moderna. No segundo, discorreremos sobre o pensamento sistêmico e suas principais características, que o levam a ser o novo paradigma da ciência com base na obra de Maria José Esteves de Vasconcellos e traremos pontos de tensão com o paradigma hegemônico. No terceiro, a partir de dados oficiais extraídos do Relatório em Números do CNJ, que indicam estarmos diante de uma crise de administração da justiça, elencaremos os benefícios da utilização do pensamento sistêmico para se alcançar uma solução célere, efetiva e adequada dos conflitos sociais levados ao âmbito do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Paradigma; Cartesiano; Sistêmico; Solução; Conflitos.

Introdução

A sociedade vem enfrentando inúmeras transformações que demandam novos horizontes perceptivos. As relações contemporâneas entre os indivíduos não são perenes, estando em constante mudança, sendo menos frequentes e duradouras. Nesse contexto de uma intensa complexidade e diversidade, novos paradigmas epistemológicos devem ser trazidos à baila, nas mais diversas áreas do conhecimento, gerando questionamentos ao paradigma hegemônico, conhecido como cartesianismo, eis que oriundo do pensamento filosófico de René Descartes, um dos primeiros pensadores a enfatizar o uso da razão para desenvolvimento das ciências naturais.

Em especial na esfera das ciências jurídicas, ainda prepondera esse pensamento com um rigor quase matemático, extremamente racional e formalista. A realidade posta, então, é decomposta em muitas partes, individualizando um processo que deveria ser reconhecido em sua integralidade. Portanto, o pensamento cartesiano não preconiza o todo, mas as partes que o compõe. Nesta seara surge o pensamento sistêmico, apresentando uma nova percepção da realidade, mais identificada com a complexidade social. O conhecimento não estaria mais fracionado e puramente racional, mas se buscaria a essência do todo, preconizando a transdisciplinaridade, uma vez que os fatos e pessoas são e estão conectados, não ocorrendo de forma isolada.

Todavia, em que pese os novos formatos e disposições sociais, fato é que ainda prevalece um pensamento racional e individualista, também no âmbito das ciências jurídicas e nos parece indubitável que, apenas através do paradigma hegemônico posto, os conflitos sociais não vêm sendo solucionados a contento pelo Poder Judiciário.

No que diz respeito à pertinência da pesquisa (acadêmica, jurídica e social), a mesma busca, a partir da análise dos pontos de tensão entre os pensamentos cartesiano e sistêmico, analisar uma nova visão paradigmática, coerente com a complexidade posta. Os conflitos seriam, assim, tratados de maneira mais justa, célere e adequada, buscando uma verdadeira resolução e a consequente pacificação social. Um efetivo acesso à justiça é premissa básica para uma sociedade mais justa, em que é respeitada a dignidade da pessoa humana, em especial a dos mais vulnerabilizados. Imaginar soluções para morosidade e ineficiência do Poder Judiciário impulsiona este estudo, em especial a partir da realidade do estado brasileiro do Espírito Santo, onde vive e trabalha o subscritor do presente.

Este trabalho, portanto, indaga: como o pensamento sistêmico pode contribuir para a redução da crise da administração da justiça, complementando o pensamento hegemônico cartesiano e possibilitando uma resolução de conflitos de maneira mais adequada, célere e efetiva no âmbito do Poder Judiciário?

1. A hegemonia do paradigma cartesiano na modernidade

1.1 Surgimento do pensamento cartesiano, sua crítica e influência no direito

As bases da racionalidade moderna surgem através da obra de René Descartes (1596-1650), criador de um pensamento inovador em contraposição ao ensino religioso-escolástico vigente até então. Ele preconizava a dúvida acima de tudo; não por apenas duvidar, mas com intuito de verdadeiramente pensar e examinar tudo que lhe era posto. Cunhou, assim, sua expressão máxima: *cogito, ergo sum* (“penso, logo sou”). Uma de suas obras mais relevantes é o “Discurso do Método”, em que apresenta argumentos em favor da existência de Deus, especifica critérios para a boa condução da razão e faz algumas

demonstrações. Foi escrito em 06 (seis) partes, que serão abaixo destrinchadas para melhor compreensão.

Na primeira parte o autor aponta discordâncias em relação à sua própria educação e à maneira como foi ensinado. Expôs que estava cansado do ensino escolástico, “pois se encontrava enredado em tantas dúvidas e erros, que lhe parecia não ter tirado outro proveito, ao procurar se instruir, senão o de ter descoberto cada vez mais sua ignorância” e decidiu viajar para aprender na prática. Então, nesse primeiro capítulo ele deixa claro não querer impor um modo de pensar, mas dividir o método que ele próprio utilizou consigo. “Assim, meu propósito não é ensinar aqui o método que cada um deve seguir para bem conduzir sua razão, mas somente mostrar de que modo procurei conduzir a minha” (DESCARTES, 2001, p. 07).

A segunda parte elenca as principais regras do método de Descartes. Ele demonstra as diferenças entre o verdadeiro e o falso – considerando mais verdadeiro um homem de bom senso, do que algo escrito nos livros. Para o autor, somos como um edifício projetado desde a infância por muitos arquitetos. Se nos conhecêssemos e raciocinásemos desde criança, poderíamos ter um relacionamento diferente com o mundo. Ou seja, devemos pensar por nós mesmos e não apenas aceitar passivamente o que nos é imposto desde pequenos. Descartes ensina que, “em vez desse grande número de preceitos de que a lógica é composta, acreditei que me bastariam os quatro seguintes, contanto que tomasse a firme e constante resolução de não deixar uma única vez de observá-los” (DESCARTES, 2001, p. 22). A partir disso, ele cria quatro preceitos lógicos.

Primeiramente, “nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal, isto é, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-la em dúvida”; em segundo lugar, “dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quanto fosse possível e necessário para melhor resolvê-las”; em terceiro lugar, “conduzir, por ordem, meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos; e supondo certa ordem mesmo entre aquele que não precedem naturalmente uns aos outros”; e, por último, “fazer, em toda parte, enumerações tão completas e revisões tão gerais que eu tivesse a certeza de nada omitir”. (DESCARTES, 2001, p. 23)

Na terceira parte da obra, há algumas das regras da moral que Descartes extraiu a partir deste método. Descartes formulará sua “moral provisória”, fazendo uma analogia quanto à construção de uma nova casa, pois não basta demolir a antiga, mas deve-se buscar local em que provisoriamente se abrigará até reconstruir outra. São, então, trazidas 04 máximas, também trazidas primeira pessoa:

A primeira, seria “obedecer às leis e aos costumes de meu país, conser-

vando com constância a religião na qual Deus me concedeu a graça de ser instruído desde a infância, e governando-me em qualquer outra coisa segundo as opiniões mais moderadas e afastadas do excesso, que fossem comumente aceitas e praticadas pelas pessoas mais sensatas entre aquelas com quem teria de conviver”. Em segundo lugar, “ser o mais firme e o mais resoluto que pudesse em minhas ações, e não seguir com menos constância as opiniões mais duvidosas, uma vez que por elas me tivesse determinado, do que as seguira se fosse mais seguro”. A terceira máxima, é “sempre tentar vencer a mim mesmo do que à fortuna, e modificar antes os meus desejos do que a ordem do mundo; e, em geral, a de acostumar-me a crer que nada há que esteja inteiramente em nosso poder, exceto nossos pensamentos”. Por último, “passar em revista as diversas ocupações que os homens exercem nesta vida, para procurar escolher a melhor”. (DESCARTES, 2001, p. 27-32).

Na quarta parte, Descartes procura comprovar a existência de Deus e da alma humana, que são os fundamentos de sua metafísica. Ele diz que “os sentidos nos enganam e nos fazem perceber coisas, não como realmente são, mas como nos parecem ser”. A partir disso, diz então Descartes, “enquanto queria pensar assim que tudo era falso, era necessariamente preciso que eu, que o pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade – penso, logo existo – era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cépticos não eram capazes de a abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulo como o primeiro princípio da filosofia que buscava”. E Descartes percebe que esse “pensar” não necessita de um corpo, são coisas distintas – aparecendo, aí, o conceito da alma. Mesmo na ausência do corpo, a alma não deixaria de ser o que é. E conclui: “e que, por conseguinte, é pelo menos tão certo que Deus, que é esse ser perfeito, é ou existe, quanto pode ser qualquer demonstração de geometria” (DESCARTES, 2001, p. 38 - 42).

Na quinta parte, traz a ordem das questões de física que examinou, particularmente a explicação do movimento do coração e algumas outras dificuldades pertencentes à medicina, e também a diferença que existe entre nossa alma e a dos animais. Compartilha o que crê necessário para ir mais adiante do que foi na pesquisa da natureza e que razões o levaram a escrever. Faz resumo de sua física deduzida de sua metafísica. Após reiterar a tese da independência da alma em relação ao corpo, pois sua natureza consiste no pensamento, e supondo que Deus a tenha criado, acrescentando-a ao corpo, Descartes, em várias páginas do texto, faz uma minuciosa descrição do coração e da circulação do sangue no corpo humano. (DESCARTES, 2001, p. 47).

Na sexta e última parte, Descartes elenca o que julga necessário para ir mais além na investigação da natureza do que já se foi e as razões que o fizeram escrever. Ele expõe o porquê de ter escrito e o que é essencial para o progresso do conhecimento, abordando vários assuntos. Quanto às experiências, notou que elas são tanto mais necessárias quanto mais avançadas estamos no conhecimento. Traz a concepção de homem em dualidade corpo-espírito. O universo constitui-se de duas diferentes substâncias: as mentes (ou substância

pensante) e a matéria, a última sendo basicamente quantitativa, teoricamente explicável em leis científicas e fórmulas matemáticas. Enfim, o importante e o que constitui o preceito metodológico básico apontado no “Discurso do Método” é que só se considera verdadeiro o que for evidente, com precisão e clareza. (DESCARTES, 2001, p. 70).

Portanto, o mérito desta obra é indiscutível e trouxe as bases de uma nova visão de mundo, a criação de um novo paradigma que passou a permear a ciência a partir de então. A massiva utilização da racionalidade em contraposição aos dogmas até então impostos por um pensamento majoritariamente religioso, transformaram o modo de se fazer ciência. Todavia, em que pese sua inequívoca importância quando de sua criação, fato é que o paradigma cartesiano vem experimentando uma série de críticas e uma das vezes que melhor analisaram a racionalidade moderna como um paradigma que deve ser visto com ponderações é o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos.

Para o professor luso, estaríamos diante de uma crise na racionalidade moderna e, conseqüentemente, em seu paradigma dominante, que nada mais é que um modelo global imposto pelo ocidente (especialmente após o século XIX), tornando o pensamento totalitário, eis que não abrangeria as peculiaridades culturais de outras partes do planeta, em especial as mais vulnerabilizadas. Portanto, o pensamento hegemônico mecanicista não responderia a toda complexidade de uma ciência social como a jurídica. Estaríamos diante, assim, de uma “razão indolente”, baseada no pensamento de Leibniz, com quatro características principais: a razão seria impotente, arrogante, metonímica e proléptica (SANTOS, 2002).

Outrossim, é importante ressaltar que, em que pese a existência de vezes que criticam o formalismo exacerbado da razão moderna, fato é que, visando atribuir cientificidade aos conteúdos jurídicos, o Direito também promoveu uma verdadeira busca para se auto atribuir um valor científico. Essa organização do Direito como ciência se deu a partir do positivismo, com raízes na obra de Augusto Comte (1789-1857), que como leciona Vasconcellos (2020, p. 63), hierarquizou o pensamento humano em três estágios (teológico, metafísico e positivo), preponderando o último, em que se busca conhecer a natureza por observação e experiência, buscando as leis que regem os fenômenos, sendo essas leis gerais e conhecidas previamente.

A partir do positivismo comtiano, surge o positivismo jurídico, cujo expoente máximo é Hans Kelsen. As autoras Francischetto, Aquino e Fernandes (2017) explicam que Kelsen, na obra Teoria Pura do Direito, defende um foco do Direito na legislação exarada pelo Estado, abstraindo demais aspectos éticos, morais, sociológicos, filosóficos e religiosos. Além da segurança jurídica pautada no neste formalismo, buscava uma ciência jurídica pura.

É bem verdade que, segundo as citadas autoras (2017) a partir da metade do século XX, pensadores como Alexy, Dworkin e Rawls trazem uma nova visão do Direito, de caráter pós positivista, se afastando do pensamento kelseniano reducionista e buscando aproximar o Direito da complexidade social.

Porém, há ainda enorme influência da utilização do paradigma mecanicista no programa dos principais cursos jurídicos do país, o que traz repercussões no dia a dia forense, eis que o Direito deve ser transformador e, ao invés do afastamento, estar em compasso com demais disciplinas.

Defendemos que a pureza do Direito deve ser complementada por um paradigma que esteja em compasso com uma nova visão do mundo, mais integrada às novas realidades de uma sociedade fluida e complexa, naquilo que o filósofo Zygmunt Bauman conceituou como “modernidade líquida” (BAUMAN, 2001). Surge, então, o pensamento sistêmico como um novo paradigma da ciência.

2. Mudança de paradigma por meio do pensamento sistêmico

Percebemos que o pensamento cartesiano ainda predomina na maneira de se fazer ciência no Brasil, sendo o paradigma majoritário, o que deve ser visto com ressalvas. Assim, ao verificar que o paradigma extremamente racionalista não abrangia toda complexidade existente nas relações e fenômenos sociais, inúmeros estudiosos buscaram pensar em soluções que dialogassem com o paradigma hegemônico reducionista surgindo, nessa seara, o pensamento sistêmico.

Frijot Capra (1996, p. 27) defende que a visão romântica da natureza como “um grande todo harmonioso” (Goethe) incentivou alguns cientistas daquele período a ver a Terra como um todo integrado, um ser vivo. Em que pese um recrudescimento do mecanicismo no século XIX com descobertas como o microscópio, que trouxe avanços na biologia, muitos estudiosos se filiaram à chamada biologia organísmica, considerada verdadeira precursora do pensamento sistêmico (BERTALANFFY, 2010).

Assim, determinou-se que há diferentes níveis de complexidade, com diferentes tipos de leis operando em cada nível. De fato, a concepção de “complexidade organizada” tornou-se o próprio assunto da abordagem sistêmica, que assim é conceituado por Capra (1996):

De acordo com a visão sistêmica, as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo, que nenhuma das partes possui. Elas surgem das interações e das relações entre as partes. Essas propriedades são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Embora possamos discernir partes individuais em qualquer sistema, essas partes não são isoladas, e a natureza do todo é sempre diferente da mera soma de suas partes.

O ideal sistêmico foi melhor condensado através da obra da professora Maria José Esteves de Vasconcellos, que inovando academicamente, defende o pensamento sistêmico como um novo paradigma da ciência e destaca três dimensões que constituem uma visão de mundo sistêmica:

Ver sistemicamente o mundo é ver e pensar a complexidade do mundo. É ver e pensar as relações existentes em todos os níveis da natureza e buscar sempre a compreensão dos acontecimentos – sejam físicos, biológicos ou sociais – em relação aos contextos em que ocorrem. É reconhecer a complexidade organizada do universo. É também ver sempre o dinamismo das situações, reconhecendo que o mundo está em “processo de tornar-se”, e que isso nos leva a conviver com situações que não podemos prever e com acontecimentos – físicos, biológicos ou sociais – cuja ocorrência não podemos controlar. Mas também é acreditar nas possibilidades de mudança e evolução dos sistemas. É ainda reconhecer que não existem realidades objetivas: vamos constituindo as realidades – físicas, biológicas ou sociais – à medida que interagimos com o mundo. (VASCONCELLOS, 2002).

Percebe-se, portanto, uma nova visão de mundo, oposta ao paradigma dominante, que valoriza a complexidade social existente e a utilização da transdisciplinaridade. Ao contrário do racionalismo moderno, em que as coisas devem ser feitas de uma única maneira pré determinada, o pensamento sistêmico valoriza as múltiplas facetas dos seres humanos e dos fenômenos sociais.

Exemplificando, na esfera das ciências jurídicas, objeto do estudo, a adoção do pensamento sistêmico novo paradigmático pelo profissional em seu cotidiano implica uma profunda transformação na resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciários. Afinal, percebemos indubitáveis pontos de tensão entre os paradigmas abordados no presente artigo.

Diante de uma educação jurídica mecanicista, o cientista jurídico acostumou-se a aceitar uma solução imposta pelo magistrado a uma determinada lide. Não há, via de regra, protagonismo de quem realmente importa: os envolvidos no conflito. Isso acarreta processos longos, morosos e ineficazes, pois em que pese haver o provimento judicial, muitas das vezes os litigantes não se satisfazem com a solução.

Outrossim, deve ser fomentada a utilização de outras disciplinas como a psicologia, a filosofia, o serviço social, antropologia, dentre outras, na solução dos conflitos. O uso da transdisciplinaridade é visto como algo fundamental para o cientista novo paradigmático. E conforme se depreende do prefixo “trans”, é algo “entre”, “através” e “além” das disciplinas, buscando uma intensa cooperação entre elas, para melhor estudo do objeto, que não é fragmentado. Para melhor definir:

Por transdisciplinaridade [...] entende-se antes de mais nada, ao se pôr em relevo o prefixo trans (que, além da acepção de “através” ou de “passar por”, encerra os sentidos de “para além”, “passagem”, “transição”, “mudança”, “transformação” etc.), aquelas situações do conhecimento que conduzem à transmutação ou ao traspassamento das disciplinas, à custa de suas aproximações e frequentações. Pois, além de sugerir a ideia de movimento, da frequência das disciplinas e da

quebra de barreiras, a transdisciplinaridade permite pensar o cruzamento de especialidades, o trabalho nas interfaces, a superação das fronteiras, a migração de um conceito de um campo de saber para outro, além da própria unificação do conhecimento (DOMINGUES et al., 2004, p. 18).

Essa transdisciplinaridade se afasta de “toda e qualquer tentativa de reduzir o ser humano a uma definição e de dissolvê-lo em estruturas formais”, considerando que “a vida está fortemente ameaçada por uma tecnociência triunfante, que só obedece à lógica assustadora da eficácia pela eficácia” e que “a ruptura contemporânea entre um saber cada vez mais acumulativo e um ser interior cada vez mais empobrecido leva à uma ascensão de um novo obscurantismo cujas consequências, no plano individual e social, são incalculáveis” (CETRANS, 1994).

A ciência deve ser ressignificada, sem solução abstratas a todo e qualquer caso, mas com uma análise das especificidades e concretudes das pessoas e dos fenômenos. O cientista não precisa se afastar da ciência, mas seu pensar deve ser alterado a um novo modelo. Conforme nos ensina a professora Maria José Esteves de Vasconcelos (2002):

Outra implicação da nossa mudança de paradigma será um genuíno respeito pela verdade do outro. A ciência evidencia hoje que não existe realidade independente de um observador. Devido à forma como somos biologicamente constituídos, não existe nenhum critério objetivo para validarmos nossas experiências subjetivas do mundo. Portanto, por mais que eu seja considerada especialista ou autoridade em determinado assunto, não há critério objetivo para validar qualquer afirmação minha sobre o mundo, para considerá-la superior à verdade do outro. A implicação desse reconhecimento será, pois, a de legitimar “genuinamente” a verdade do outro e, conversando, fazermos emergir uma “realidade” pela qual seremos ambos responsáveis. “Reconhecer o outro como legítimo outro nos meus espaços de convivência”: uma utopia? Sim, uma utopia cientificamente fundamental!” (VASCONCELLOS, 2002)

Portanto, o trabalho pretende alertar especificamente aos cientistas jurídicos que o atual paradigma cartesiano hegemônico não mais resolve toda complexidade dos fenômenos sociais. É necessário de complementar o ideal da “pureza” do Direito, investindo no uso de um novo paradigma científico denominado pensamento sistêmico, que preconiza a visão da completude e não da fragmentariedade, da transdisciplinaridade e do empoderamento dos envolvidos em determinado conflito para se possam, em conjunto, dialogando, buscar a solução mais adequada.

3. As bases normativas para gestão adequada de conflitos em uma perspectiva sistêmica

Os métodos tradicionais de solução de conflitos (aqui representados pelo paradigma cartesiano) não vêm sendo efetivos, vide o enorme acúmulo de ações judiciais e conflitos sem solução. Este terceiro capítulo busca, através de estatísticas oficiais, “abrir a caixa preta” do Poder Judiciário e de seu aparente engessamento. Assim, inicialmente é importante delimitar o que seria a referida “crise de administração da justiça”. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos:

A crise de administração da justiça é o fenômeno compreendido como colapso dos sistemas judiciais de resolução de conflitos de diversos países, que convivem com extremas dificuldades de superação dos entraves à concretização do direito de acesso à adequada, efetiva e tempestiva resolução de conflitos. (SANTOS, 2005, p. 165).

O “Projeto Florença”, capitaneado pelos professores Bryan Garth e Mauro Cappelletti na década de 1970 e que contou com a participação de profissionais de inúmeros países, já objetivava identificar os entraves para a concretização do acesso à justiça. Em seu ensaio “Acesso à Justiça”, os professores já advertiam sobre a realidade de então, e sua preocupação em atingir uma verdadeira justiça social:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não podemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 08).

Extraímos do supracitado que o acesso à justiça não ocorre apenas quando oportunizada a possibilidade de se litigar através do Poder Judiciário. A mera distribuição de uma ação judicial, em que o cidadão reivindica um direito, não necessariamente indicará um efetivo acesso à justiça se em descompasso com a resolução efetiva deste conflito. Diagnosticar o porquê de tanta morosidade e ineficiência estatal, bem como imaginar soluções para este problema, impulsiona este estudo, em especial a partir da realidade do estado do Espírito Santo, onde vive e trabalha o subscritor do presente.

Diante da necessidade de se trazer credibilidade à premissa aventada, optou-se por utilizar dados estatísticos dos Relatórios elaborados periodicamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A intenção é demonstrar,

através de números oficiais do órgão com atribuição para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (art. 103-B, §4º, CRFB/88), o quão afastada dos anseios sociais se encontra a prestação jurisdicional.

O Relatório em Números de 2020 do CNJ demonstrou que o estoque de processos pendentes ao final de 2019, em todos os órgãos do Poder Judiciário, foi de 77,1 milhões de ações. O total de casos novos ingressados foi 6,8% superior a 2018. A despesa anual do Poder Judiciário alcançou um montante acima de R\$ 100 bilhões, sendo 90,6% desse valor gasto apenas com o custeio de recursos humanos (CNJ, 2021a). O professor Ricardo Goretti chegou às seguintes conclusões sobre a força de trabalho no Poder Judiciário brasileiro:

Em um País de dimensões continentais como o Brasil, com mais de 210 milhões de habitantes, a força de trabalho dos juízes deveria ser maior, considerando que o número de magistrados por 100.000 habitantes no Brasil é reduzido. Os juízes estão mal distribuídos nos ramos da Justiça (estadual, trabalhista e federal), em relação ao montante de trabalho. As elevadas despesas com recursos humanos no Judiciário brasileiro, somada às limitações orçamentárias, impede o aumento da força de trabalho de servidores e, principalmente, de juízes (...) A movimentação do Judiciário brasileiro passa por um processo aparentemente irreversível de precarização da mão de obra, marcado pela dependência de uma força de trabalho volumosa de terceirizados e estagiários, que compromete uma pequena parcela das elevadas despesas (GORETTI, 2020, p. 75).

Assim, nos parece claro a necessidade de interpretar os fenômenos por outros prismas, diante da complexidade apresentada, dentre eles o pensamento sistêmico. Todavia, ainda há muito a caminhar, diante do tamanho do desafio posto, em que pese tenham sido imaginadas soluções inovadoras no ordenamento jurídico brasileiro, via de regra com base em experiências bem sucedidas em âmbito internacional, como será demonstrado.

Diante de um contexto de ineficiência do Poder Judiciário dos Estados Unidos da América, Frank Sander apresentou na década de 1970, na Pound Conference, em Nova Iorque, um sistema multiportas de solução de conflitos (“Multidoor court houses”). Sua palestra foi publicada no artigo “Varieties of Disputing Process”, gerou muita repercussão e pode ser considerada a primeira referência ao Sistema Multiportas de Solução de Conflitos que se tem notícia (GORETTI, 2021).

A ideia básica seria utilizar a estrutura estatal do próprio Poder Judiciário não apenas para o julgamento de processos judiciais, mas para efetiva prevenção e resolução de conflitos, da maneira mais adequada possível. Haveria, portanto, inúmeras outras “portas” a serem abertas a depender do caso concreto, que poderiam levar inclusive à resolução extrajudicial do conflito, a partir de métodos como a arbitragem, a mediação, conciliação, ou até mesmo uma orientação jurídica e educação em direitos. Para o professor, alguns crité-

rios deveriam ser analisados antes de se abrir determinada porta, buscando a resolver da melhor forma possível alguns tipos de disputa, a saber: “natureza da disputa; relação entre os sujeitos da disputa; valor em disputa; custas; celeridade” (SANDER, 2010, p. 07-14).

Após a grande repercussão do método idealizado por Frank Sander, houve uma tentativa de introduzi-lo ao sistema jurídico brasileiro e assim ressignificar o papel estatal nos conflitos, ampliando métodos de resolução – mas se utilizando da estrutura do mesmo Poder Judiciário. Inicialmente, foram publicadas as Leis 7.244/84 e 9.099/95, com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, evoluindo para os atuais Juizados Especiais. A ideia era desburocratizar os procedimentos, implementando critérios como a oralidade, simplicidade, informalidade, em causas de baixo custo e baixa complexidade, mas o efeito não foi o esperado, com um crescimento na quantidade de processos distribuídos.

Outrossim, foram trazidos ao ordenamento jurídico pátrio alguns diplomas como o Código de Defesa do Consumidor (1990), o Estatuto da Cidade de 2001 e o Código Civil de 2002 com conceitos legais indeterminados (Ex.: função social do contrato e da propriedade, hipossuficiência, ordem pública, etc.) e o Novo Código de Processo Civil (NCPC-15), que flexibilizam o formalismo exacerbado dos institutos jurídicos.

Outro marco importante foi a implementação de uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário através da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Talvez o principal mecanismo desta política seja a criação dos CEJUSC’s na estrutura física dos próprios tribunais, que são Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pela realização ou gestão de sessões e audiências de conciliação e mediação, sem prejuízo de outros métodos consensuais, bem como pelo atendimento e orientação dos cidadãos.

Apesar dos mais de 10 (dez) anos de existência da Resolução 125/2010 CNJ, fato é que ela não foi implementada como deveria, eis que, em que pese experimentado um aumento, o país possui apenas 1.284 CEJUSC’s, com intensa desproporcionalidade entre os Estados. Enquanto SP possui 231 CEJUSC’s, há apenas 07 no AM, 09 em MS, 10 em AL e 12 no ES. Não é de se espantar, portanto, que o TJES possua um dos menores índices de conciliação do Brasil, ocorrendo em apenas 12,7% dos processos (CNJ, 2021a, p. 172-174).

Em que pese a evolução da legislação brasileira, fato é que os índices de conciliação se mantêm estabilizados (com indícios de queda) nos últimos anos, mesmo após a vigência do NCPC-15 a partir de 2016 e do constante aprimoramento da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Segundo estatísticas do CNJ, houve um aumento considerável dos CEJUSC’s e do fomento à conciliação, mas o número total relativo aos índices de conciliação em todos os graus de jurisdição apresentou uma queda nos últimos anos: 13,6% (em

2016); 13,5% (em 2017); 12,7% (em 2018) e 12,5% em 2019 (CNJ, 2021a, p. 172).

Deduzimos que somente haverá uma efetiva minimização da crise de administração da justiça, quando for concretizada uma mudança paradigmática, não através de uma radical ruptura com o paradigma hegemônico, mas dialogando com o mesmo, buscando entender toda a complexidade a que está sujeita a sociedade. A utilização de novos arcaouços legislativos e administrativos no âmbito do Poder Judiciário será mais eficaz se acompanhada de uma mudança de pensamento, uma viragem paradigmática que não apenas imponha uma solução formal e previamente positivada, mas que identifique as múltiplas facetas da sociedade e dos cidadãos.

Assim, buscamos propor uma reflexão sobre mecanismos de minimização da crise de administração da justiça, especialmente a partir da utilização do pensamento sistêmico como um novo paradigma da ciência, conforme preconizado por Maria José Esteves de Vasconcellos, possibilitando, assim, uma resolução de conflitos de maneira mais adequada, célere e efetiva no âmbito do Poder Judiciário.

Considerações finais

O presente trabalho, em seu primeiro capítulo, objetivou apresentar o surgimento do racionalismo científico como o paradigma hegemônico da ciência na atualidade. Assim, iniciamos com uma análise do pensamento do filósofo René Descartes que, através de sua obra “Discurso do Método”, criticou o ensino escolástico religioso de sua época, extremamente dogmático, indicando o método racional do conhecimento como aquele que extrairia o melhor dos seres humanos.

Ato contínuo, trouxemos as críticas ao modelo posto feitas por estudiosos como o professor Boaventura de Sousa Santos, para quem estamos diante de uma razão indolente, que nada mais é que um modelo global imposto pelo ocidente (especialmente após o século XIX), tornando o pensamento totalitário e alheio à complexidade dos indivíduos e dos fenômenos sociais.

O artigo se propôs, ainda, a analisar como o Direito também utilizou o paradigma racional visando atribuir cientificidade aos conteúdos jurídicos. Baseando-se no positivismo, com raízes na obra de Augusto Comte e da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, o Direito adotou uma postura auto suficiente e segregadora em relação às demais matérias, sendo verdadeiro sistema fechado de normas, considerando irrelevante tudo que não encontrasse respaldo nas leis.

Outrossim, trouxemos as bases e principais elementos do pensamento sistêmico através da obra de pensadores como Frijot Capra e o porquê ele pode ser considerado o novo modelo paradigmático da ciência na ótica da professora Maria José Esteves de Vasconcellos, como um aprimoramento e não uma mera ruptura com o pensamento dominante. Para embasar o alega-

do, foram trazidos pontos de tensão entre ambos os paradigmas supracitados, enaltecendo as múltiplas facetas dos seres humanos e dos fenômenos sociais.

Por fim, utilizando a obra de Ricardo Goretti e analisando de maneira pormenorizada dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça, defendemos que há uma crise de administração da justiça. Em que pese a existência de uma legislação progressista, como o NCPC-15 e a Resolução 125 do CNJ, acreditamos que a utilização do pensamento sistêmico como novo paradigma da ciência pode contribuir, dialogando com o paradigma hegemônico e em consonância com o arcabouço legislativo e administrativo existente, para promover um efetivo acesso à justiça, assegurando de maneira célere, adequada e eficaz a solução dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2020**. CNJ, 2020. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 mai. 2021a.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de outubro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 12 mai. 2021b.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida - Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CETRANS, Centro de Educação Transdisciplinar. **Carta da Transdisciplinaridade**. Portugal, novembro de 1994.
- DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DOMINGUES, Ivan *et al.* Um novo olhar sobre o conhecimento. In: DOMINGUES Ivan (Org.). **Conhecimento e Transdisciplinariedade**. Belo Horizonte: Ed. UFMG-IEAT, 2004.
- FRANCISCETTO, Gilsilene Passon Picoretti; AQUINO, Bruna Pereira; FERNANDES, Luana Siquara. **Conhecimento prudente para uma vida decente: como utilizar tal paradigma para uma formação humanística nos cursos de direito**. In: FRANCISCETTO, Gilsilene Passon Picoretti. **Os desafios para uma formação humanística dos cursos de direito**. Florianópolis: Habitus, 2017.
- GORETTI, Ricardo. **O acesso integral à justiça pela via dos centros multipostas de gestão de conflitos**. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; CHAI, Cássio Guimarães; SANTOS, Ricardo Goretti (Org.). **Mediação e direitos humanos**. São Luís: Procuradoria Geral 2014, p. 42- 74. Disponível para acesso em: <http://www.mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/livros/3856_livro_2_formatacao_final_bsb.pdf>. Acesso em: 16 de mai. de 2021.
- GORETTI, Ricardo. **Mediação e Acesso à Justiça**. 2. ed. Salvador: JusPodivm,

2020. no prelo. Itens 2.4, 2.5, 2.6 e 2.7.

SANDER, Frank Ernest Arnold. **Varieties of the dispute processing**. London: Chartered Institute of Arbitrators, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências**. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n. 63, out. 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **PENSAMENTO SISTÊMICO: o novo paradigma da ciência**. 11. ed. Campinas, São Paulo: Papirus, 2020.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **“Mundo em Movimento”**. Jornal Estado de Minas, Caderno Pensar, sábado, 31 de agosto de 2002. Disponível em: <https://www.mariajoseesteves.com.br/mundo-em-movimento/>. Acesso em: 19 mai. 2021.

ENTRE O ACORDO E O DESACORDO DE PAZ NA COLÔMBIA

Danielle Caróllo de Oliveira Ovalhe

Doutoranda em Direitos Humanos Culturais pela Universidad Nacional de Mar Del Plata/Argentina. Especialista em Direito Público Constitucional. Membro do Instituto Nacional de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. Advogada.

Julio Cesar Lesmes Camargo

Doutorando em Direito Penal Internacional pela Universidad Nacional Mar Del Plata/Argentina Mestre em Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Membro do Instituto Nacional de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. Advogado.

Resumo:

O Acordo de Paz entre o governo colombiano e as *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo* pôs fim ao conflito de cinquenta e dois anos neste país latino-americano. A falta de interesse do governo em aplicar políticas públicas e jurídicas efetivas para cumprir com seu objetivo inicialmente firmado, a falta de ações governamentais para sua implementação total coloca em risco a busca pela verdadeira paz estável e duradoura. Neste artigo analisaremos a implementação do Acordo e as dificuldades que têm enfrentado o atual governo com a interrogante: existem razões para afirmar que se encontra atualmente esgotado o modelo político? Assim, procuramos identificar os elementos decisivos para assegurar o cumprimento do Acordo, analisando os obstáculos para efetivação dos objetivos traçados e extraindo conclusões que respondam a nossa pergunta, que confirmem ou neguem a hipótese inicial.

Palavras-chave: FARC-EP; Colômbia; Acordo de paz; Implementação.

1. A origem do conflito

Para melhor entendimento, necessário apresentarmos, mesmo que de maneira sintética, a origem das guerrilhas, como surgiram as FARC-EP e, por fim, como os ataques do 11 de setembro de 2001 influenciaram o conflito armado na colômbia.

1.1 O nascimento das FARC

Suas origens são de um grupo de autodefesa formado por agricultores de postura política liberal que ao sofrerem deslocamentos forçados durante o período de violência bipartidária adotaram uma ideologia marxista que buscavam uma sociedade de caráter socialista.

Esses agricultores se concentraram em uma das zonas de cordilheira no centro do país chamada de “*Marquetalia*” no departamento *Tolima* até o ano de 1964 e desde então a relação entre os novos guerrilheiros e o governo foi hostil, conduzindo a um conflito aberto entre as partes.

Somente no início da década de 1980 as FARC decidiram que teriam como objetivo explícito a tomada do poder, quando passaram a se chamar FARC-EP (Exército Popular).

No final dos anos 80, tem-se o surgimento de grupos paramilitares de direita incentivados por setores das Forças Armadas e alguns proprietários de terras, empresários e políticos.

Nessa época o narcotráfico começou a ter cada vez mais influência na guerrilha colombiana e as FARC iniciam alianças com os traficantes a fim de se abastecer de armas, o que aprofundou a violência do confronto armado.

Com a reforma constitucional de 1991 a Colômbia iniciou um processo de redemocratização ampliando-se as liberdades individuais, reconhecendo direitos específicos dos povos indígenas e abrindo-se uma oportunidade para um futuro melhor.

A relação entre o governo e a guerrilha, durante alguns anos, fora marcado por momentos de negociação que conduziram que se resumiram a diversas tentativas fracassadas de cessar fogo e alcançar a paz e como resultado acabaram fortalecendo uma cultura de violência que se alastrou pelo país, descredenciando qualquer processo de pacificação.

1.2 A intensificação do conflito: 20 de fevereiro de 2002

Durante os mandatos do presidente Álvaro Uribe (2002-2010), uma profunda ofensiva foi lançada contra as FARC, que incluiu bombardeios a campos rebeldes causando inúmeras mortes.

Os atentados vivenciados pelos Estados Unidos em 2001 alertaram para a violência internacional como resultado do terrorismo, tráfico de drogas e o crime organizado.

Em seu primeiro discurso nas Nações Unidas (2002), Uribe comparou o 11 de setembro com a atentado que ocorreu em Bojayá/Chocó comandado pelas FARC e que matou dezenas de pessoas em 02 de maio de 2002, devastando a cidade.

A mudança de política iniciada com o presidente Uribe determinou que as FARC fossem classificadas como grupo terrorista. O “*Plan Colombia*” buscava privar as FARC de receber recursos e financiamentos do narcotráfico.

Desde então, a guerra contra as drogas se transformou numa guerra glo-

bal contra o terrorismo como prioridade da relação histórica estreita entre Colômbia e os Estados Unidos. Esse foi um dos períodos mais violentos da guerra no país.

As ofensivas se estenderam durante o governo de seu sucessor Juan Manuel Santos Calderón (2010-2017), até 29 de agosto de 2016, quando, finalmente as partes lograram a finalização do Acordo de Paz atual que já estava em negociação desde o ano de 2011.

2. Preparação, término e transformação

A firma do Acordo derivou de um conjunto de motivações tanto das FARC como do Estado para a reforma de vários problemas estruturais, acordando as partes que o processo passaria por três fases: *preparação, término do conflito e transformação do conflito*.

O primeiro passo da grande negociação foi uma etapa secreta (março de 2011 a fevereiro de 2012) que identificou interesse de líderes da guerrilha em pôr fim ao conflito.

Foi nessa fase em que as FARC escolheram Havana como sede das negociações, por ver em Cuba um país que imprimia confidencialidade, imparcialidade e neutralidade para os diálogos que buscavam: o término do conflito e o cessar fogo.

A agenda e metodologia para os encontros foram intensas e contou com uma regra em comum de negociação em que *“nada seria acordado até que tudo fosse acordado”* (SANTOS, 2019, p. 17).

Para a terceira fase as partes, cuidadosamente, analisaram os erros e acertos dos processos anteriores, observando-se que nos processos antes fracassados os demais atores do acordo de paz, (vítimas, ONGs, paramilitares, organizações internacionais), raramente eram considerados de forma efetiva e formal tanto na elaboração da agenda de negociações como na finalização do acordo, falhando a legitimação da paz.

Com isso restou claro às partes que era necessário distinguir o término do conflito com a transformação do conflito, tendo em vista que tão somente a assinatura em um papel não era suficiente para afastar mágoas, dores e ressentimentos de meio século de guerra.

Um ponto importante da agenda foi a inclusão das vítimas no centro das negociações e de um olhar em perspectiva de gênero e etnia, tendo em vista o grande número de mulheres e crianças vítimas.

A reforma rural integral, comissão da verdade, aparatos jurídicos de não repetição, justiça de transição com mecanismos de reparação e a inclusão de direitos da comunidade LGBTQIA+, foram também instrumentos inovadores que facilitaram a assinatura e implementação do acordo.

2.1 Da rejeição no plebiscito à aprovação no congresso

Aos 2 de outubro de 2016 o governo convocou os cidadãos para um plebiscito com o objetivo de endossar o Acordo de Paz firmado entre o Governo e as FARC, para que o povo colombiano decidisse se aceitaria ou não o acordado com a guerrilha.

“Por que insisti em submeter o acordo de paz a referendo do povo através de um plebiscito se, como presidente, tenho as faculdades de negociar e sancionar? A resposta é a seguinte: quero entregar a paz ao povo para que seja o povo que decida se continuamos avançando pelo caminho que percorremos”¹

A votação terminou com a derrota da proposta de paz apresentada, atrasando a sua implementação e gerando uma situação de incerteza jurídica e política. 50,22% dos 37% do eleitorado que participou do plebiscito, rejeitaram os moldes do Acordo de Paz.

O governo, na época, iniciou um diálogo com aqueles que se opuseram a determinados termos e incorporou aludidas preocupações ao texto finalmente assinado, adequando suas cláusulas para uma paz que atendesse a todos.

O endosso do acordo foi feito por meio do Congresso, que, constitucionalmente, é a representação do povo e procedeu à tramitação dos projetos de lei e da reforma constitucional necessária para avançar na implementação dos pontos pactuados em Havana.

Construir a paz na Colômbia implica construir um regime mais democrático, participativo e inclusivo, como bem sublinhou os termos do acordo firmado.

3. Da implementação

A dificuldade de anos de negociações não se compara a dificuldade da implementação e manutenção do Acordo.

Apesar do Acordo não garantir a superação das causas estruturais que alimentaram o conflito, o processo de implementação tornou-se uma caixa de pandora que tem fomentado um processo de profunda polarização política.

3.1 A Desmobilização, Desarmamento e Reintegração (DDR) e a Justiça Especial para a Paz (JEP)

Aos 28 de janeiro de 2017, sob a supervisão e apoio da Organização Nacional das Nações Unidas (ONU) iniciou-se a reintegração dos guerrilheiros em um ponto para transferência a uma das 26 zonas de vereda transitórias de normalização (ZVTN) espalhadas pelo país, cujo objetivo era a entrega das armas e a preparação para reinserção e reintegração à vida civil iniciando o

1 <https://www.portaldeangola.com/2016/05/27/governo-da-colombia-pede-plebiscito-sobre-acordo-de-paz/> Acessado aos 06/10/2021 às 16h24

programa DDR.

Na reinserção o governo e as instituições envolvidas proporcionam aos ex-combatentes e às suas famílias os meios certos para uma vida digna, dando-lhes cuidados básicos.

Na reintegração, ex-combatentes e suas famílias são integradas na vida social, económica e política das comunidades civis. O objetivo é permitir que estas pessoas se tornem cidadãos produtivos, com capacidade de se sustentar e contribuir para a comunidade.

O Acordo final introduziu várias alterações no ordenamento jurídico colombiano, como, por exemplo, a criação de um tribunal para investigação e julgamento dos delitos praticados durante o conflito armado: Jurisdição Especial para a Paz (JEP).

A Jurisdição Especial de Paz averiguará, condenará e sancionará os responsáveis pelos crimes mais graves como genocídio, sequestro, desaparecimento forçado, tortura, violência sexual, crimes contra pessoas e bens protegidos pelo DIH, prostituição forçada, escravidão sexual, entre outros.

3.2 Do acompanhamento

Da recopilação das atividades desenvolvidas pelos integrantes do Mecanismo de Monitoração e Verificação (MM&V) durante o período de 25 de junho de 2016 até 25 de setembro de 2017 verificou-se as maiores dificuldades, sendo elas:

“acciones armadas desarrolladas, en las zonas de incidencia de las FARC-EP, por parte de grupos armados ilegales, incluidos el Ejército de Liberación Nacional (ELN), Clan del Golfo y otros grupos vinculados a la delincuencia organizada, en particular, una serie de grupos que operan a nivel local y que rivalizan entre sí, por el control de las actividades relacionadas con la minería ilegal, el narcotráfico y la extorsión”.

Neste relatório consta que organizações da sociedade civil denunciavam constantemente a presença de grupos armados ilegais a quem eles responsabilizavam por uma série de agressões e atos de intimidação perpetrados contra as comunidades, seus líderes comunitários e contra os defensores de direitos humanos.

Conforme informações constantes no site do Observatório Regional de Planificação para o Desenvolvimento da América Latina e Caribe, consta que:

“se han establecido los Programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), creados mediante el Decreto Ley 893 de 2017, para la implementación prioritaria de la Reforma Rural Integral, por ser las zonas más necesitadas y urgentes con base en los siguientes criterios: i) los niveles de pobreza, en particular, de pobreza extrema y de necesidades insatisfechas; ii) el grado de afectación derivado del conflicto; iii) la debilidad de la institucionalidad administrativa y de la capacidad de gestión; y iv) la presencia de cultivos de uso ilícito y de otras economías ilegítimas”.

Quando das negociações do Acordo, uma das preocupações era a transformação do conflito e para isso seria necessário apoio de países, sociedade e organizações para controle do cumprimento do planejamento em busca de sua total implementação.

O Governo da Colômbia e as FARC conferiram ao Instituto Kroc de Estudos Internacionais para a Paz da Universidade de Notre Dame o mandato de prestar apoio técnico no acompanhamento e verificação de sua implementação.

Desde então o Instituto, por meio do programa Iniciativa Barômetro da Matriz de Acordos de Paz (PAM), realiza esse trabalho, sendo a Secretaria Nacional de Pastoral Social - Cáritas Colombiana seu principal aliado estratégico.

Para análise são produzidos relatórios gerais, bimestrais e temáticos onde são analisados os dados e o andamento da implementação das 578 disposições do Acordo Final, tanto qualitativa quanto quantitativamente.

Para monitorar o Acordo, o Instituto elaborou uma metodologia aprovada pela Comissão de Acompanhamento, Promoção e Verificação da Implementação do Acordo Final (CSIVI) em 2017. Liderado por uma equipe de pesquisadores na Colômbia e na Universidade de Notre Dame, o Instituto Kroc avalia a implementação de uma matriz geral de 578 disposições definidas como compromissos concretos, observáveis e mensuráveis derivados do texto do Acordo e atribui-lhes uma codificação mensal de progresso entre 0 (não iniciado), 1 (iniciado), 2 (intermediário) ou 3 (completo).

A triangulação de fontes é central para o monitoramento, por isso o Instituto Kroc analisa informações reportadas por entidades do Governo Nacional, centros de pensamento, relatórios das entidades que fazem parte do Componente de Verificação Internacional (IVC), a Missão de Verificação das Nações Unidas, o Ministério Público e órgãos de controle, organizações da sociedade civil e uma rede de mais de 500 aliados em nível territorial.

Também para garantir o cumprimento do acordo, o governo comprometeu-se a preparar, discutir e aprovar um documento denominado “*Plan Marco de Implementación del Acuerdo Final*”² (doravante chamado PMI), como principal referência da política pública nacional e territorial para a implementação do Acordo final durante os próximos 15 anos.

3.3 Da análise atual

Após mais de quatro anos da assinatura do Acordo, os dados do Instituto Kroc mostram que:

O estado de implementação apresenta as seguintes alterações: as disposições totalmente implementadas e em estado intermediário aumentaram dois pontos percentuais durante o ano de 2020. A partir de novembro de 2020, 28% das provisões

² chrome-extension://oemmnadbldboiebfnladdacbdmfmadadm/https://portalterritorial.dnp.gov.co/PlanMarcoImplementacion/Home/DescargarArchivo?nombreArchivo=PMI%20FINAL_.pdf

foram integralmente implementadas, contra 26% em 2019. 18% das provisões encontravam-se em um nível intermediário de evolução, ou seja, estão em vias de serem concluídas no prazo estabelecido, ao contrário do período anterior em que era de 16%. Outros 35% das provisões foram mantidas em estado mínimo neste período, o que significa que os compromissos simplesmente começaram. Os restantes 19% das provisões não tinham iniciado a execução, diminuindo cinco pontos percentuais face ao período anterior, em que 24% das provisões se encontravam no estado de não iniciado.

Do último relatório apresentado pelo Instituto Kroc e da análise do PMI do governo nacional, verifica-se uma queda no ritmo de implementação desde 2017 a novembro de 2020 – período do estudo.

Das possíveis razões, o Instituto apresenta a destinação insuficiente de recursos financeiros e a falta de avanços regulatórios, o que dificultam a implementação de cerca de 50% das disposições em estado não iniciado ou mínimo.

A ausência de atuação em diversos pontos do Acordo por parte do Executivo e do Congresso da República, como, por exemplo, a falta de aprovação de uma reforma constitucional para a criação das Circunscrições Especiais Transitórias de Paz atrasa a implementação de 6 dispositivos.

“Preocupa que os líderes e comunidades envolvidas em processos derivados do fim do conflito, como a restituição de terras, a substituição de cultivos por uso ilícito, justiça de transição e a reivindicação de direitos coletivo e de género, estão sendo alvo de agressões e homicídios” (Kroc Institute for International Peace Studies, 2019, p. 6).

Da mesma forma, a falta de implementação total do mandato da Comissão Nacional de Garantias de Segurança (CNGS) afeta a implementação de 12 disposições. Além disso, os atrasos na formulação e aprovação dos Planos Nacionais de Educação e Saúde e do Sistema de Garantia Progressiva do Direito à Alimentação, que deveriam ser concluídos em 2018, afetam o andamento de 21 dispositivos.

Atualmente a implementação do acordo mantém uma certa tensão no Estado colombiano, pois os interesses políticos, sociais, econômicos e culturais convergem, resultado da incapacidade institucional, desigualdade social, geografia e outros elementos que dificultam.

O Governo atual de Ivan Duque não tem seguido as diretrizes marcadas pelo Acordo de Paz à reincorporação do grupo FARC, vez que não concorda com a assinatura e sublinha a necessidade de mudanças para continuar com o programa.

Justiça de transição para os ex-combatentes, aumento da violência em zonas rurais e empobrecidas pelo conflito e a diminuição do orçamento para a reforma rural tem levado a uma desproteção da política e dos indivíduos envolvidos.

A manutenção dos termos acordados é fundamental para o cumprimento

to integral acordo e impõe uma (RE)construção democrática em um processo de transição atentando às questões sociais sensíveis do país. O esforço e empenho inicial deve seguir sendo replicado nos governos seguintes.

4. Conclusões finais

Colômbia é exemplo na América Latina e no mundo por conseguir a transformação de um movimento armado em um partido político.

O Estado e as FARC demonstraram ser possível a construção da paz pelo diálogo, confirmando que guerras e armas são ineficazes para promoção do desenvolvimento social e contrários a democracia.

Membros das FARC participando do processo eleitoral, exercendo o poder de votar e ser votando e seguindo as regras de uma democracia é, sem dúvida um grande passo significativo para a verdadeira paz no país.

Ainda há um longo caminho para que a democracia colombiana que busca a construção de um novo país deixe de lado resquícios de meio século de guerrilha, porém como observou Jean Arnault, Chefe da Missão da ONU na Colômbia, *“si algo ha caracterizado al proceso de paz de Colombia, es la determinación del Gobierno de Colombia y de las FARC-EP de persistir y de superar una y otra vez los desafíos en el camino de la Paz.”*

O processo de adaptação e mudança não é apenas aos ex-combatentes, mas envolve todos os atores diretos ou indiretos. O processo de uma paz estável e duradoura requer foco na educação como instrumento de reincorporação, coexistência, ato político de transformação e combate além da execução de políticas públicas que diminuam os níveis de desigualdade social e que imprimam segurança à reintegração na sociedade de antigos guerrilheiros.

A política deve contar com um governo que queira mudar e chegar à reconciliação e à paz garantindo o funcionamento de um regime político amplo, democrático e participativo que permita a inclusão política de ideias alternativas às dominantes, refletindo sobre as reais necessidades dos atores.

Da interrogante apresentada: “existem razões para afirmar que se encontra esgotado o atual modelo político” entendemos que os reclames da sociedade em razão da forte oposição do atual governo a certos mecanismos previstos no Acordo demonstram o desejo do povo colombiano de viver em plenitude com segurança e liberdade e com menor desigualdade. Enfocar o debate da questão social cobra relevo.

A fiel implementação do Acordo depende da total reintegração dos ex-combatentes e do estabelecimento das políticas públicas para promoção e proteção dos direitos humanos e está diretamente dependente de um contexto político em que os partidos tenham vontade e interesse para fazer que este tenha sucesso.

Entender que o Acordo de Paz é uma política de governo e não de Estado nos faz travestir a vontade nacional (com a chancela do Estado) em vontade de um governo, abrindo possibilidades para que a cada troca de gover-

nantes houvesse um período de incertezas acerca do cumprimento, o que aqui denominamos “Entre o Acordo e o Desacordo de Paz”.

Portanto, o processo de paz é do Estado colombiano, chancelando a vontade nacional que deve prevalecer independente do governo que esteja no poder. As políticas públicas, o orçamento e ações nas áreas mais vulneráveis e sensíveis devem ser direcionadas de forma eficiente, eficaz e ampliadas a cada ano conforme previsto no Acordo, sendo irrelevante em qual governo que se deu a assinatura.

Além disso, a criação de categorias normativas capaz de viabilizar, com fundamento no constitucionalismo contemporâneo a conquista da paz na Colômbia, processo construído para a tolerância e dignidade humana, pede um Executivo e um Congresso da República atentos e comprometidos com a paz.

Uma sociedade educada para a paz e pela paz passa por mudanças estruturais cujo resultado a médio e longo prazo apresentará um bem-estar capaz de alterar os níveis de desenvolvimento econômicos e sociais e atingir a verdadeira e duradoura paz, combatendo os traumas de um longo conflito armado violento.

Referências

ACOSTA, Henry. **El hombre clave: El secreto mejor guardado del proceso de paz de Colombia**. Bogotá: Aguilar, 2016

ACTAS: **IV Congreso Internacional Globalización, Ética y Derecho**. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L.; DÍAZ L., J.; GUINEA L., M. (Orgs.). Madrid, Universidad Complutense de Madrid; Niterói, Universidad Federal Fluminense, 2020

ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. **Publicaciones e informaciones sobre el acuerdo de paz**. 2017. Publicado em: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/Todo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>

ANGOLA. Portal da. **Governo da Colombia pede plebiscito para o acordo de paz**. 2016. Publicado em: <https://www.portaldeangola.com/2016/05/27/governo-da-colombia-pede-plebiscito-sobre-acordo-de-paz>

COLÔMBIA. **Acuerdo Final de Paz, de 24 de novembro de 2016**. Publicado em: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/index>

_____. **Plan Marco de Implementación. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera**. Publicado em: chrome-extension://oemmndcblldboiebfnladdacbfmadadm/https://portalterritorial.dnp.gov.co/PlanMarcoImplementacion/Home/DescargarArchivo?nombreArchivo=PMI%20FINAL_.pdf

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. **Informe de seguimiento a los avances en el cumplimiento de las metas establecidas en el Documento CONPES 3726 de 2012**. Publicado em: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Politica%20de%20Vctimas/Informe_CONPES_3726_junio%202018.pdf

GUAQUETÁ, Alexandra. **Political economy dimensions of the Colombian**

conflict.» En **The political economy of armed conflict: beyond greed and grievance**, de Ballentine & Sherman. New York: Lynne Rienner Publisher, 2003

HOBBSAWM, Eric. **Rebeldes Primitivos**. Buenos Aires: Paidós, 2010.

KROC, Institute. **El Acuerdo Final de Colombia en tiempos del COVID-19: apropiación institucional y ciudadana como clave de la implementación. Estado de la implementación del Acuerdo Final a cuatro años de la firma**. Publicado em: <chrome-extension://oemmn-dcbldboiebfnladdacbdadm/https://peaceaccords.nd.edu/wp-content/uploads/2021/09/Quinto-informe-estado-de-la-implementacion-a-cuatro-anos-de-la-firma-1.pdf>

ONU. **Informe de cierre de actividades del mecanismo de monitoreo y verificación**. Bogotá. Setembro. 2017. Publicado em: chrome-extension://oemmn-dcbldboiebfnladdacbdadm/https://unmc.unmissions.org/sites/default/files/informe_final_publico_221530r_sept_17_v_final_-_prensa_i.pdf

ONU. **Missão de Paz da ONU na Colômbia. 2017**. Publicado em: <https://unmc.unmissions.org/documentos>

OROZCO, Abad Iván. **Combatientes, Rebeldes y Terroristas**. Bogotá: Temis, 1992.

PIZARRO, Eduardo. **Cambiar el futuro. Historia de los procesos de paz em Colombia (1981 - 2016)**. Bogotá: Debate, 2017

RICHANI, Nazih. **Systems of Violence: the political economy of war and peace in Colombia**. Albany: State University of New York Press, 2002.

SANTOS, Juan Manuel. **La batalla por la paz**. Bogotá: Ediciones Peninsula, 2019

SUÁREZ, Andrei Gómez. **El triunfo del NO**. Bogotá: Iconos, 2016.

VALENCIA, León. **Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos**. Bogotá: Planeta/Nuevo Arco Iris, 2008.

VILLAMIZAR, Darío. **Jaime Bateman. Biografía de un revolucionario**. Bogotá: Plaza y Janés, 2002.

_____. **Las guerrillas en Colombia: una historia desde los orígenes hasta los confines**. Bogotá: Debate, 2013

A PERSPECTIVA JURÍDICA COMO RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A EFICÁCIA DO DIREITO NA RESOLUÇÃO ADEQUADA NO CONTEXTO PANDÊMICO SISTÊMICO

Cleiton Lixieski Sell

Doutorando pela Universidad de Burgos (ESP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (BRA). Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (BRA). cleitonls.direito@gmail.com

Resumo:

A realidade sobre a perspectiva de resolução de conflitos está se tornando um desafio para o operador jurídico a partir de conflitos sistêmicos em áreas sociais, humanas e exatas. A virada da primeira década do século XXI foi marcada pela pandemia que bagunçou as relações sociais e impactou em direitos individuais e coletivos que refletem em consequências como suspensão dos serviços da administração da justiça. Evidenciou-se novas áreas conflitivas surgem com maior frequência devido ao período pandêmico, e o direito é posto a prova como derradeira alternativa para gestionar conflitos multidisciplinares como direito à saúde pública, direito de uma economia de subsistência familiar, reconhecimento jurídico da Covid-19 como doença de trabalho, trabalho *home office* entre outros aspectos que tomaram proporção devido ao distanciamento social. O direito é um ramo que necessita decodificação multidisciplinar para aplicação adequada de métodos de resolução de conflitos sistêmicos.

Palavras-chave: Relações sociais; Conflitos sistêmicos; MARCS; Covid-19.

Introdução

A pandemia do Covid-19 trouxe um novo contexto jurídico sobre a resolução de conflitos sistêmicos em diferentes áreas. No modo de esclarecimento, o objetivo do artigo se consiste em destacar fenômenos sociais que modificam a perspectiva do direito como mecanismo na aplicação de métodos alternativos na resolução de conflitos no contexto do distanciamento social provocado pelos efeitos da pandemia. É incontroverso que se trata de um tema amplo e que os reais efeitos como a grande demanda judicial pelo

incumprimento de contratos, serviços de garantia dos direitos essenciais que foram prejudicados, impacto econômico nas relações sociais, vulnerabilidade da saúde física e psicológica dos indivíduos, falecimento de milhares de indivíduos devido ao alto poder de contágio e grau de letalidade do vírus, perda de empregos entre outros reflexos que impactam a área jurídica e os operadores do direito.

De outro modo, o período de confinamento e de distanciamento social projetou uma imersão de incertezas ocasionadas como elementos de poder decisório das autoridades competentes em nível governamental e, além de tudo, o aspecto das autoridades sanitárias e demais profissionais da área da saúde que constituíram as linhas de frente a partir de trincheiras de guerra contra o vírus letal e altamente propagativo. Em muito pouco tempo foram tomadas uma série de decisões jurídicas para frear e estabelecer um equilíbrio nas consequências como superlotação de hospitais, centros de saúde, falta de materiais de prevenção ao contágio como máscaras, álcool em gel, luvas, medicamentos, equipamentos como respiradores, etc.

O texto está estruturado em três partes, a primeira versa sobre as diferentes áreas em que ocorrem embates jurídicos a partir de uma tendência de gestão sistêmica de conflitos. Em um segundo momento, é realizado um recorte sobre a (in) eficácia do direito enquanto ciência social aplicada, na gestão e resolução de conflitos no contexto de fenômenos de incerteza e insegurança jurídica. Na última parte, será realizada uma abordagem sobre as características dos MARCs e sua adequabilidade a gestão de conflitos em período pandêmico, sendo, portanto, abordadas perspectivas do direito e do operador jurídico na missão de encarar e aplicar os métodos alternativos como forma solucionar os interesses dos cidadãos. Utilizou-se o método de pesquisa hipotético dedutivo a partir de uma fundamentação teórica de cunho filosófico e jurídico, estabelecendo pontos de contato com autores nacionais e estrangeiros sobre a temática MARCs e sua aplicação no mundo enfermo da Covid-19.

1. As novas áreas de conflitos e as dificuldades do direito para gestionar e resolver esses conflitos. As tendências na resolução de conflitos sistêmicos

Não é recente a tese sustentada de que cada vez mais o direito é posto a prova em áreas híbridas cuja finalidade não se havia estudado com tanta profundidade no âmbito de formação acadêmica e profissional. Para exemplificar o que se quer dizer, José Pardo¹ é cirúrgico quando diz que, a ciência está a todo tempo bombardeando novas alternativas, fórmulas e ferramentas “mágicas” de trabalho e de utilização como lazer que produzem um grau elevado

1 PARDO, José Esteve. El derecho del medio ambiente como derecho de decisión y gestión de riesgos. **Revista Electrónica del Departamento del Derecho**. Universidad La Rioja, Nº 4, 2006, p. 13. Disponível em: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/3978/3229>. Acesso em: 30 mai. 2021.

de incerteza sobre os resultados, e que o problema é que o direito diante de todas essas situações, desde as mais tradicionais como o direito usar e dispor uma propriedade de terras para contextos complexos de uma sociedade, é que a própria ciência não consegue resolver, e bem na verdade não cabe ao direito resolver esses problemas criados.

Gestionar um conflito de forma adequada, e isso pressupõe utilizar a melhor ferramenta para obter o melhor resultado para as partes nunca foi uma tarefa fácil, e na medida em que os riscos e as incertezas foram aumentando com conflitos multidisciplinares, naturalmente o grau de complexidade também se torna um impedimento para o operador jurídico no âmbito de atuação. Como forma de contextualizar as legislações e normas e sua aplicação na prática recorrem-se ao pensamento de Bobbio quando diz que, é preciso manter, de forma primária, uma distinção entre o âmbito teórico e ideal para o campo prático jurídico, uma vez que ambos percorrem caminhos em velocidades desiguais, e um exemplo é que, muito se fala em direitos do homem por juristas, filósofos, teólogos, sociólogos, políticos entre outros e pouco se avançou em termos de garantia tal qual o âmbito teórico prescreve².

Se antes já era não se tratava de uma tarefa fácil de analisar um conflito de interesses pela ótica da resolução, tão mais profundos e extensos se tornaram os conflitos quando envolvem áreas sistêmicas e que se tornaram uma realidade no trabalho do operador jurídico. A resolução de conflitos se tornou uma gestão inconstante a partir de novas formas de pensar como o paradigma da realidade complexa, uma vez que a morfologia do conflito se estendeu para outras áreas em cada vez mais o conflito se afasta de um padrão descritivo normal ou uma identificação a partir da tipologia que é derivada da multidimensionalidade que os conflitos surgem³. O sistema jurídico como resolução de conflitos está sendo desafiada constantemente por novas barreiras, e que os *expertos* do direito – também conhecidos como juristas – ou aqueles profissionais de prática forense como advogados, magistrados, membros do Ministério Público entre outros, estão dessincronizados em sua função que é chamada por Entelman como princípio de norma de clausura⁴.

Mas esse problema não é só do direito, pois outras áreas das antigamente chamadas ciências duras agora ciências exatas, como a informática, matemática, física, ciências da saúde, industrial, empresarial, etc., também sofrem como a adequabilidade de resolução de conflitos sistêmicos. Também é verdade de que muitos conflitos recaem nas áreas jurídicas que na realidade não pertencem a esse ramo, e com isso exponho dois exemplos: o primeiro é um caso muito amplo, e fazendo uma aresta do contexto quando surge conflito que envolve o direito de realizar cultos (missas) em igrejas ou templos religio-

2 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 33.

3 REDORTA, Josep. **Cómo analizar los conflictos**. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Barcelona: Paidós Ibérica S. A., 2009, p. 91.

4 ENTELMAN, Remo Fernando. **Teoría de conflictos**. Hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Ed. Gedisa S. A., 2002, p. 55.

sos em tempo de pandemia e distanciamento social, uma vez que o Ministro Nunes Marques autorizou a liberação de atividades religiosas em determinados Estados, contrariando as orientações de especialistas como infectologistas que discutem a propagação do Covid-19. Essa matéria teve repercussão geral e foi votada por todos os ministros do STF obtendo o resultado de 9x2 em proibir a realização de atividades religiosas no período pandêmico⁵. O segundo exemplo é considerado que a aplicação da vacina Astrazeneca, criada pelos laboratórios anglo-suecos, possui efeitos secundários não previsíveis que restringem sua utilização para todo público. O que ocorreu foram efeitos danosos à saúde humana e que resultaram em trombose e consequentemente levaram à morte que em um primeiro momento foram associadas à utilização de componentes da vacina Astrazeneca. Apesar de não haver dados conclusos sobre essa correlação, o resultado foi à suspensão da aplicação da vacina em nove países da União Europeia entre eles Dinamarca, Islândia, Noruega, Estônia, Lituânia, Áustria, Estônia, Letônia Luxemburgo e Itália⁶.

Nesses dois exemplos percebe-se que o direito é chamado e posto a prova para resolver conflitos sistêmicos que envolvem, no primeiro caso, matéria de saúde pública, princípios constitucionais como o direito de ir e vir e liberdade de expressão, política governamental entre outros temas paralelos que tiveram repercussão ampla até a decisão do STF pela suspensão de todas as atividades coletivas de cunho religioso. No segundo caso, ainda que pareça um problema de risco científico e de precaução, surge como medida preventiva a suspensão da aplicação da vacina Astrazeneca como forma de evitar problemas futuros como responsabilidade pela fabricação ou aplicação da vacina.

O direito não se trata de uma matéria fácil de adequar todos os conflitos que surgem, até mesmo porque não é no direito que as soluções são encontradas. Nesse aspecto vale mencionar a tese de Esteve Pardo⁷ sobre a exclusão da responsabilidade pelos riscos desconhecidos, uma vez que inicialmente os danos causados tinham origem natural e que os perigos naturais eram justificados pela própria natureza. O que ocorre é que, com a expansão industrial e tecnológica o poder de decisão recai maioritariamente no ser humano – ou seja – antes a conduta humana era exceção, agora é regra. Desse modo, no aspecto jurídico, por traz de cada avanço da ciência que implica em novos conteúdos e decisões sobre direitos, e isso também resulta em aspectos

5 *Vide*. BRASIL. STF proíbe celebrações religiosas coletivas na pandemia. **Migalhas**. Matéria publicada em: 8/04/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/343244/stf-proibe-celebracoes-religiosas-coleti-vas-na-pandemia>. Acesso em: 30 mai. 2021.

6 *Vide*. ESPAÑA. Nueve países europeos suspenden la vacunación con Astrazeneca tras dos muertes por trombos. **ABS**. Publicada em: 12/03/2021. Disponível em: https://www.abc.es/sociedad/abci-dinamarca-suspende-va-cunacion-astrazeneca-posibles-efectos-secundarios-trombos-20210311121_noticia.html. Acesso em: 30 mai. 2021.

7 PARDO, José Esteve. La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos. **Revista de Administración Pública**. Nº 161, mayo-agosto, 2003, p. 54. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=721277>. Acesso em: 30 mai. 2021.

positivos, existe, inevitavelmente, a decisão do ser humano em que assume os riscos e responsabilidades.

Também se tornou uma tendência de que o olhar que da ciência se volta para o futuro de forma acelerada, e com isso as novas demandas e desafios são aplicados no âmbito da sociedade e se desenvolvem em tempo rápido em relação ao direito, e isso ocasiona um esvaziamento das normas jurídicas por não estarem adequadas com a realidade. O ponto parece estar em qual o limite que o direito possui para abarcar todas essas situações e acompanhar as mudanças que ocorrem de forma sistêmica ou quais situações que envolvem conflitos possam ser excluídos da seara jurídica, para fornecer uma solução adequada para os conflitos, ou pelo menos uma garantia de que o cidadão cujos direitos foram suprimidos ou violados sejam devolvidos com o menor prejuízo possível.

2. A (in) eficácia do direito enquanto ciência social em relação aos fenômenos conflitivos

O primeiro aspecto a ser elucidado é que não há consenso de que o direito exista enquanto ciência, no entanto, é reconhecido por parte dos autores de que se trata de um objeto compatível⁸. Existe inequívoca dificuldade em discutir esse tema pelo próprio sentido ambíguo de ciência, pois, como diz Ferraz Jr.⁹, há dificuldade na questão da diversidade de critérios jurídicos utilizados para analisar e aplicar no campo da ciência jurídica na medida em que as teorias jurídicas possuem natureza criptonormativa. Para entender como a eficácia está relacionada com o direito é preciso analisar o direito como um sistema dinâmico em que as normas não podem ser extraídas de outras normas a partir de um comando lógico de computador ou uma análise estatística que possibilita o surgimento de outra norma jurídica.

A frase conhecida de que “o direito não é ciência, mas arte; como também ramo da moral”, de François GénY, jurista francês, alinha-se ao questionamento sobre a natureza própria do direito de fato como um elemento que integra a realidade social – em outras palavras – se trata de um objeto que serve como conhecimento ou uma matéria prática que explica o tecido complexo da vida em sociedade?¹⁰. De todo modo, esse teórico vincula-se aos juristas que defendem que o direito é uma forma não científica. Sobre esse aspecto, existem poucos autores que sustentam a corrente de que o direito é um compilado de preceitos artísticos de cunho teórico e prático que se im-

8 No aspecto jurídico se trata de perspectiva que estuda normas e leis a partir de uma reunião de regras em seu aspecto geral e particular.

9 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 1980, p. 9.

10 GÉNY, François. **Science et Technique en Droit Privé Positif**. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome I. Paris: Librairie de la société du Recueil Sirey, 1899. Disponível em: <https://archive.org/details/scienceettechniq01geny/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 30 mai. 2021.

põem à vontade, portanto, não confundidas com aspectos científicos de origem laboratorial¹¹. Por outro lado, é preciso perceber que a gênese do direito deve ser compreendida a partir da realidade social, e no caso da pandemia, as normas jurídicas como decretos e atos administrativos legislativos criados se sustentam na norma superior que é aquela para garantir o estado de saúde dos indivíduos.

Do mesmo modo, é preciso cautela e uma dose de dúvida ao falar que a ciência sempre pretende chegar ao saber coerente baseado em escritos normativos como condição de validade para aplicar nas relações sociais. Essa teoria é contestada por Gadamer, na medida em que a ciência advém da *episteme*, e que questiona a ciência e suas fundamentações, pois o conhecimento “está para as coisas mesmas”¹², e o que pode ser verificado é sua perspectiva de mundo, por exemplo, como o indivíduo que sabe realizar uma tarefa, no entanto, não exclui a possibilidade de ofuscar a verdade – ou seja – não se pode afirmar com destreza e de forma incontestável que as verdades surgem somente da descoberta científica. Sendo assim, a ciência não é unívoca na perspectiva de que há um critério para descrever o conhecimento jurídico e determinar com precisão a extensão de algo, uma vez que sua extensão e sua natureza possuem outras implicações.

O direito é considerado uma das vias mais antigas e tradicionais de resolução de conflitos, o tema da eficácia das normas (e aqui consideram aspectos formais e materiais do direito), há muito tempo se mostra um conteúdo de incertezas e de tendências desafiadores em múltiplas áreas. Sobre a eficácia do direito é bom lembrar que o direito arcaico pode ser interpretado conforme a sociedade e o contexto que o gerou, assim como a sociedade pré-histórica é fundamentada no parentesco, em que nada mais lógico que as bases jurídicas se encontram, de forma primitiva, nos laços de consanguinidade e suas práticas de convívio familiar¹³. A eficácia do direito nesse período era realizada de forma oral, uma vez que inexistiam legislações ou códigos escritos, sendo que, as sanções jurídicas por assim entender, estavam relacionadas a rituais que representavam o caráter repressivo e responsável pelo dano causado.

A eficácia de algo, não só da área jurídica, depende de elementos constitutivos e de sua aplicação no contexto específico. Um exemplo de eficácia é o que ocorreu no período de confinamento que teve motivo frear o contágio do Covid-19, pois foi criada uma série de Decretos e atos normativos pelas autoridades competentes cujos objetivos propostos não se cumpriam ou se cumpriam de forma parcial¹⁴. O aspecto de um comerciante não cumprir com o

11 LESSA, Pedro. **Estudos de Philosophia do Direito**. Rio de Janeiro: Typografia do Jornal do Commercio, 1912, p. 46-47.

12 GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a posição da filosofia na sociedade**. Vol. IV. Tradução de Marcos Antônio Casanova. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 247.

13 WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da história do direito** (Org.) 4ª Ed., Revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 5.

14 *Vide*: MARTÍN, Nuria Belloso. La multidimensionalidad de una pandemia. Sociedad y

fechamento do comércio, que não foi considerado um serviço essencial, mas que na perspectiva do proprietário que possui sua renda de subsistência, caberá novamente ao direito intervir com uma decisão jurídica devido a sua ineficácia desde o início do processo. Vou além, quando um direito não possui eficácia no plano prático, surgem dois problemas no âmbito jurídico: o primeiro é a inevitável intervenção do Estado no conflito, e o segundo aspecto, é a aplicação sancionaria da regra normativa. O aspecto central nesse exemplo é que, quando um comerciante descumpriu as regras para subsistência de sua família se está em choque com um fenômeno difícil e que o direito vai decidir baseado em princípios e regras.

Utilizando o exemplo do fenômeno conflitivo ambiental, o direito tem que lidar além das barreiras das partes como o inconformismo no processo, a intervenção administrativa Estatal possui dificuldades com a adequação jurídica por não haver um procedimento específico de controle de resultados que foram concretizados em termos de estudo de caso ou até mesmo de medidas de precaução ao dano. Isso se deve por que há incompatibilidade da eficácia do direito sobre o dano ambiental, uma vez que o sistema jurídico não consegue reverter determinado danos ao *status quo* natural¹⁵. É claro que esse exemplo não pode ser generalizado, até mesmo porque o direito funciona na maioria dos casos de forma reativa.

Mas como dizer que o direito possui eficácia diante dos conflitos sociais que envolvem múltiplas e profundas camadas vinculadas ao poder político e econômico de uma sociedade organizada? O primeiro argumento que é antigo, mas, oportuno é que, o direito e, tampouco a ciência de um modo geral, não é capaz de resolver esses problemas de forma satisfatória. No caso do direito que se trata de um fenômeno complexo, não quero adentrar na questão da eficácia como condição de validade da norma que já foi discutida por Hans Kelsen, no diálogo entre validade e eficácia, em que o sentido Kelsiano repousa na teoria de que não é considerada uma norma válida quando não é aplicada ou observada¹⁶. O aspecto é enxergar que a efetividade é algo substancialmente imprevisível e incerto enquanto garantia do direito, pois dependem de elementos socioeconômicos a partir do mundo real e não de uma simples e única análise de laboratório para chegar a conclusão sobre um fato que seja juridicamente previsto na legislação ou no entendimento de órgão competente.

Derecho en la era del post-coronavirus. In: **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. Nº 43, diciembre 2020, p. 43-66. Disponível em: <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>. Acesso em: 30 mai. 2021.

15 PARDO, José Esteve. **Derecho del medio ambiente**. 4ª Ed., Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 60.

16 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 1ª Ed. de 1934. Reine Rechtslehre, 1º Auflage, Viena de Áustria: Trotta, 2011, p. 237-238.

3. Os MARCs e sua adequabilidade no contexto da pandemia covid-19

O surgimento dos MARCs é um passo de ruptura da nova cultura jurídica de resolução de conflitos de forma consensual. Nesse tópico vou tentar responder com elementos justificados no contexto pandêmico, se esses métodos de resolução alternada de conflitos são ferramentas adequadas com a realidade de uma crise da saúde humana que é o Covid-19. Utilizando como exemplo a mediação, uma de suas propostas consiste em transformar a capacidade de interação em um conflito de modo que os resultados possam fortalecer a relação interpessoal das partes e por consequência a sociedade em que fazem parte¹⁷. Todavia, existem distintas escolas sobre a formação de mediadores que refletem na diversidade de riquezas no âmbito acadêmico ou profissional.

O primeiro aspecto sobre a adequabilidade da resolução dos conflitos está relacionado com a arte de pacificar – ou seja – se trata de uma conduta ética para alcançar a paz no conflito¹⁸. Com a pandemia resolução dos conflitos se tornaram até certo ponto mais flexível em relação à adequabilidade da situação, uma vez que audiências em diversas esferas se tornaram disponíveis em plataformas digitais, as sessões de resoluções de conflitos utilizando a mediação, conciliação e arbitragem se tornaram virtuais, houve uma grande demanda de serviços de informática para atender as demandas jurídicas, formação acadêmica e profissional realizada de forma online, suspensão de prazos, incumprimentos de contratos e normas de direitos fundamentais entre outros elementos que implicam na resolução de conflitos sob um novo contexto.

Os MARCs estão intrinsecamente relacionados com as bases da filosofia, uma vez que a mediar se torna um argumento, persuadir e raciocinar de forma lógica. Mas como formar indivíduos mediadores de conflitos em um contexto adverso de pandemia em que os indivíduos temem pela perda da vida. Desde o início do século XXI surgem paradigmas-culturais relacionados com a complexidade dos conflitos baseados em cidadania e na forte tendência sobre a proteção dos direitos humanos, e conforme menciona Warat¹⁹, o cidadão está perdido no anonimato em que se torna um espectador passivo de seus conflitos (que teve origem própria ou distinta de seu propósito), assim como assistente dos conflitos de terceiros. Isso é facilmente comprovado pela teoria ou democracia do silêncio, em que o cidadão que não participa das atividades de torna excluído, ao passo que aquele indivíduo que participa é aceito e integrado à sociedade com reconhecimento a partir de sua autonomia.

As ferramentas tecnologias se tornaram indispensáveis principalmente

17 BUSCH, Robert Alan Baruch; FOLGER, Joseph. P. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. 2ª Ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2004, p. 14-15.

18 BUHR, Alexandre Dittrich. **A Arte do Pacificador**. 2ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 38.

19 WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 311-312.

no período do confinamento dos cidadãos em praticamente todos os países. Há algum tempo que se ouve falar de plataformas digitais e de sistemas informáticos que podem manejar conflitos de interesses na sociedade, pois bem, o resultado da mudança da cultura tradicional de resolução de conflitos em salas fechadas e com pilhas de documentos referentes ao processo, pouco a pouco foi substituído pelas resoluções de conflitos de forma virtual. A pergunta é como adequar esse método, como é o caso da mediação, no contexto de uma sociedade complexa para habilitar a manejar os conflitos com essas ferramentas? Em outras palavras, o acesso à internet e a velocidade das informações processadas pode dar resposta adequada juridicamente e em menor tempo de resolução do conflito?²⁰ Vou além, como é possível adequar métodos eficientes de resolução e conflitos tendo em vista o contexto de pandemia, uma vez que a garantia de direitos essenciais foi afetada pela suspensão de decisões jurídicas.

A mediação é uma alternativa conhecida no âmbito dos MARCs, no entanto, enfrenta dificuldades em termos de adequação em âmbitos como ambiental, administrativas e do direito do trabalho²¹. A pandemia comprovou que é preciso pensar sobre alternativas capazes de dar uma resposta adequada e eficiente, pois os conflitos surgem em perspectivas amplas e sistêmicas que envolvem múltiplas áreas e que algumas vezes se chocam direitos e princípios jurídicos. O direito enfrenta dificuldade em atender essas necessidades e anseios da sociedade que refletem questões problemáticas que atravessam séculos de existência como mudanças nas legislações existentes, distintos entendimentos jurisprudenciais sobre determinada matéria, altos custos econômicos do processo, incompatibilidade da aplicação do método de resolução de conflitos, excesso de processos tramitando na seara da administração da justiça.

Os métodos autocompositivos de conflitos é uma realidade jurídica que cada vez se torna essencial a cooperação e flexibilidade em relação à resolução de conflitos. Esses métodos são compatíveis com o direito, levando em consideração efeitos externos associados à pandemia? Para Brown e Marriott²², para que haja alternativas correspondentes aos litígios para além dos tribunais é necessária à intervenção de um terceiro neutro e imparcial, até mesmo porque não existe uma definição *stricta* ajustada conforme a interpretação legal. Para responder como os métodos alternativos podem contribuir na resolução de conflitos em tempos de distanciamento social, não há como negar que será um período de incertezas e de inconvenientes como conflitos envolvendo

20 ELISAVETSKY, Alberto I. (Director); ALMIRÓN, Daniela P. (Coord.). **La Mediación a La Luz de Las Nuevas Tecnologías**. Un recorrido multigeográfico por los orígenes y presente del desarrollo de la resolución de conflictos y el impacto tecnológico. Buenos Aires: Erreius, 2019, p. 7.

21 VILLALUENGA, Leticia Garcia. Principios generales de la mediación. In: CASTRO EDUARDO, Vásquez de Castro (Director); CARMEN, Fernández Canales. **Practicum Mediación**. Nueva York: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 111.

22 BROWN, Henry; MARRIOTT, Arthur. **ADR: Principles and Practices**. 2ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 26-27.

áreas distintas com maior frequência, formação intelectual especializada em temáticas complexas aos operadores jurídicos e outros indivíduos gestores de conflitos, adaptação dos gestores de conflitos as plataformas virtuais de resolução de conflitos, etc.

A legislação brasileira realizou um passo além na previsão nas normas de que a mediação pode ser realizada em caso de direitos indisponíveis, no entanto, esses direitos devem estar sujeitos à transação, bem como tenha o parecer favorável do Ministério Público e posteriormente o acordo seja homologado pelo Poder Judiciário²³. É sempre bom lembrar que, os métodos consensuais de resolução de conflitos deve haver consenso e acordo de todas as partes envolvidas, e em se tratando de matérias específicas com bem indisponíveis como é o caso dos conflitos ambientais, a representatividade das partes é uma barreira que dificulta a implementação com efetividade da mediação como método de resolução.

A pandemia revisitou de forma mais contundente antigos princípios jurídicos como a cooperação, flexibilidade, informalidade e a boa-fé na gestão dos conflitos pelos mecanismos consensuais. Apesar da necessária incorporação dos MARCs ser objeto de maior atuação por parte dos órgãos públicos como forma de facilitar sua acessibilidade, o isolamento social estimulou novas formas de gestão de conflitos eficientes para garantir a prestação jurisdicional satisfatória dos cidadãos. A chegada da pandemia revelou que o sistema de justiça sofreu e continuam sofrendo os efeitos em forma de cancelamento e redesignação de audiências, prazos sobre execução foram estendidos e dificuldade em programar de forma horizontal a utilização de plataformas virtuais de audiências. Os MARCs se mostraram imprescindíveis em contextos anormais como a pandemia, possibilitando alternativas de negociação, conciliação ou mediação, uma vez que assuntos costumeiros tratados em ambientes formais como órgãos públicos, puderam ser resolvidos por e-mail, videoconferência e sessões online sobre a matéria.

Considerações finais

Como proposta analisar o âmbito jurídico na perspectiva de resolução de conflitos no contexto da pandemia, a análise percorreu um caminho alinhavado na tese de que o direito está sofrendo exaustivamente com a adequabilidade de normas de direito que impliquem em ferramentas de resolução adequada devido à ampliação das áreas conflitivas em que decisões são tomadas em curto tempo e de forma emergencial. Há muito tempo as dificuldades do direito observadas nas normas foram discutidas, ou na eficácia das normas que existiam e não surtiam os efeitos esperados, no entanto, o âmbito jurídico esvaeceu como perspectiva garantidora de direitos para atender a enxurrada

23 NETO, Adolfo Braga. Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários iniciais à luz da prática brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 14, nº 47, Out./Dez. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 263.

de demandas administrativas e judiciais e que parecem intermináveis.

Sobre a discussão da (in) eficácia do direito enquanto ciência social para atender as demandas dos fenômenos conflitivos, não se pode afirmar com precisão qualquer que seja a resposta sobre a efetividade sem considerar os seguintes elementos observados: Na linha mencionada por Tercio Sampaio Ferraz Jr., direito é um fenômeno complexo, portanto, deverá de adequar as mudanças que ocorrem nas relações sociais de forma constante, bem como sustenta o jurista Lenio Streck²⁴ sobre os casos trágicos em que o direito não é capaz de dar uma solução adequada para o conflito, seja para resolver dilemas morais ou no caso de uma Administração Pública destinar alto valor econômico para tratamento de um indivíduo com grave doença irreversível, e que mantém sua vida por aparelhos de alto custo, ou nos casos em que o juiz não fundamenta a decisão de forma adequada de forma a procrastinar até que seja reformada a decisão. Do mesmo modo, seguindo a linha de Ronald Dworkin, a linguagem jurídica se torna um obstáculo entre o cidadão e o acesso a justiça, como também a integridade do direito em que devem ser considerados os princípios jurídicos do mesmo modo que as regras são aplicadas sendo obrigados por lei²⁵. A pergunta que cabe é em qual momento e por que a eficácia do direito se tornou mitigada ao ponto de ser discutida com frequência no âmbito acadêmico e profissional?

Não se pode esquecer que os MARCs não podem ser vistos como únicas ferramentas de gestão de conflitos no atual contexto pandêmico, até mesmo porque os conflitos possuem diversos âmbitos e possuem requisitos formais e materiais que devem ser atendidos. Apesar de o direito ser aplicado como garantia dos direitos fundamentais de forma universal, havendo documentos internacionais e legislações nacionais, a diversidade cultural e econômica também se torna relevante no ponto de vista de aplicação de métodos de resolução de conflitos, uma vez que a origem dos conflitos e suas especificidades não possuem os mesmos contextos, e tampouco refletem em questões como a adequabilidade e efetividade dos MARCs.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. STF proíbe celebrações religiosas coletivas na pandemia. **Migalhas**. Matéria publicada em 8 de abril de 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/3_43244/stf-proibe-celebracoes-religiosas-coletivas-na-pandemia. Acesso em: 30 mai. 2021.

24 STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. In: **HENDU**, Vol. 1, Nº 1, 2010, p. 98. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>. Acesso em: 30 mai. 2021.

25 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 46-47.

- BROWN, Henry; MARRIOTT, Arthur. **ADR: Principles and Practices**. 2ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999.
- BUHR, Alexandre Dittrich. **A Arte do Pacificador**. 2ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- BUSCH, Robert Alan Baruch; FOLGER, Joseph. P. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. 2ª Ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.
- CASTRO EDUARDO, Vásquez de Castro (Director); CARMEN, Fernández Canales. **Practicum Mediación**. Nueva York: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ELISAVETSKY, Alberto I. (Director); ALMIRÓN, Daniela P. (Coord.). **La Mediación a La Luz de Las Nuevas Tecnologías**. Un recorrido multigeográfico por los orígenes y presente del desarrollo de la resolución de conflictos y el impacto tecnológico. Buenos Aires: Erreius, 2019.
- ENTELMAN, Remo Fernando. **Teoría de conflictos**. Hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Ed. Gedisa S. A., 2002.
- ESPAÑA. Nueve países europeos suspenden la vacunación con Astrazeneca tras dos muertes por trombos. **ABS**. Matéria publicada em 12 de março de 2021. Disponível em: https://www.abcsociedad.com/sociedad/abci-dinamarca-suspende-vacunacion-astrazeneca-posibles-efectos-secundarios-trombos-202103111121_noticia.html. Acesso em: 30 mai. 2021.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 1980.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a posição da filosofia na sociedade**. Vol. IV. Tradução de Marcos Antônio Casanova. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
- GÉNY, François. **Science et Technique en Droit Privé Positif**. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome I. Paris: Librairie de la société du Recueil Sirey, 1899. Disponível em: <https://archive.org/details/scienceettechnique01geny/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 1ª Ed. de 1934. Reine Rechtslehre, 1º Auflage, Viena de Áustria: Trotta, 2011.
- LESSA, Pedro. **Estudos de Philosophia do Direito**. Rio de Janeiro: Typografia do Jornal do Commercio, 1912.
- MARTÍN, Nuria Belloso. La multidimensionalidad de una pandemia. Sociedad y Derecho en la era del post-coronavirus. In: **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. N° 43, diciembre 2020, p. 43-66. Disponível em: <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- NETO, Adolfo Braga. Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários iniciais à luz da prática brasileira. Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 14, nº 47, Out./Dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 259-275.
- PARDO, José Esteve. **Derecho del medio ambiente**. 4ª Ed., Madrid: Marcial

Pons, 2017.

PARDO, José Esteve. El derecho del medio ambiente como derecho de decisión y gestión de riesgos. **Revista Electrónica del Departamento del Derecho**. Universidad La Rioja, N° 4, 2006, p. 7-16. Disponível em: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/3978/3229>. Acesso em: 30 mai. 2021.

PARDO, José Esteve. La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos. **Revista de Administración Pública**. N° 161, mayo-agosto, 2003, p. 53-82. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=721277>. Acesso em: 30 mai. 2021.

REDORTA, Josep. **Cómo analizar los conflictos**. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Barcelona: Paidós Ibérica S. A., 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. In: **HENDU**, Vol. 1, N° 1, 2010, p. 93-105. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>. Acesso em: 30 mai. 2021.

VILLALUENGA, Leticia Garcia. Principios generales de la mediación. In: CASTRO EDUARDO, Vásquez de Castro (Director); CARMEN, Fernández Canales. **Practicum Mediación**. Nueva York: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 80-112.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da história do direito** (Org.) 4ª Ed., Revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

O ACESSO À JUSTIÇA E INOVAÇÕES EM TEMPOS DE COVID-19: REALIZAÇÃO DE MEDIAÇÃO POR MEIO DE INSTRUMENTOS VIRTUAIS DE COMUNICAÇÃO

Nathália Gomes Pimenta Fiuza Gouthier

Advogada, Mestre e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Mediadora de Conflitos na Faleck & Associados e Mediadora Judicial pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Nathalia Nunes Cruz

Advogada, pós-graduada em Direito Público e em Mediação e Arbitragem. Mediadora de Conflitos na Faleck & Associados e Mediadora Judicial cadastrada no Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Resumo:

A crise sanitária mundial que se instalou no início do ano de 2020, em razão do coronavírus, inaugurou um cenário de pandemia. Neste contexto, é fundamental a reflexão sobre novas formas da gestão da vida pública e privada para (sobre)viver ao novo cotidiano. Não seria diferente com o acesso à justiça e a solução adequada dos conflitos no âmbito privado. Neste sentido, o objetivo geral deste estudo é analisar a garantia do princípio do acesso à justiça no contexto de pandemia. Os resultados demonstram que o uso e aplicação da tecnologia em um cenário de pandemia, como instrumento adequado para solução de conflitos e garantia do acesso à justiça, tornou-se indispensável. Passamos a dar novos usos a mecanismos de tecnologia, cujo potencial era pouco explorado. Conclui-se pela possibilidade de superação do distanciamento social e aproximação das pessoas, por meio da customização do procedimento de mediação, que garante, por sua vez, a observância ao princípio constitucional mencionado.

Palavras-chave: Pandemia; Acesso à justiça; Mediação; Tecnologia.

Introdução

A crise sanitária mundial que se instalou no início do ano de 2020, em razão do coronavírus (Covid-19), inaugurou um cenário de pandemia que

chegou sem aviso prévio. Diversas medidas restritivas de circulação, exigência do uso de máscara e distanciamento social foram, dentre outras, imposições indispensáveis para a contenção do avanço do vírus.

Diante deste contexto, é fundamental a reflexão sobre novas formas da gestão da vida pública e privada para (sobre)viver às situações cotidianas. Fato é que a vida precisa seguir e os conflitos interpessoais não deixaram nem deixarão de existir, de modo que esperar tudo passar e retornar ao *status quo ante* nunca foi uma opção, já que intercorrências na vida humana, sejam elas sanitárias, sociais, políticas ou econômicas, sempre promovem mudanças; retrocessos ou avanços.

Logo, não seria diferente com o acesso à justiça e a solução adequada dos conflitos no âmbito privado. Neste sentido, o objetivo do presente trabalho consiste em levantar informações sobre o impacto do cenário atual de pandemia nas interações interpessoais no tocante à resolução de conflitos. O artigo girará em torno de duas hipóteses, sendo: (H₁) a realização das reuniões de mediação por meio de instrumentos tecnológicos preserva o princípio do acesso à justiça em âmbito privado e (H₂) a customização dos procedimentos digitais/virtuais mitiga eventuais obstáculos oriundos do distanciamento social.

Após análise e pesquisa bibliográfica, sem a intenção, contudo, de esgotar o tema, o estudo alcançou o objetivo geral proposto, confirmando as hipóteses descritas. Os resultados demonstraram que o uso e a aplicação da tecnologia em um cenário de pandemia como instrumento adequado para solução de conflitos e garantia do acesso à justiça, tornou-se indispensável em muitos casos. O que se percebe é que as pessoas possuem diferentes características e preferências quando o assunto é a utilização de meios não presenciais de comunicação. Algumas pessoas, por questões sociais, econômicas ou vivências pessoais preferem o contato “olho no olho”, recusando tratativas apenas por telefonemas e preferindo as videoconferências; outras, por sua vez, preferem o uso do e-mail por enxergarem vantagens na assincronicidade e no maior equilíbrio de poder que este meio é capaz de proporcionar (EBNER, 2011).

O artigo se justifica, então, para demonstrar que a necessidade de mudança nos meios de comunicação imposta pelo cenário de pandemia provocou a adaptabilidade do ser humano, que passou a se deparar com novidades tecnológicas e situações outrora dispensáveis. A missão de garantir o acesso à justiça requer a construção deliberada e cuidadosa de sistemas e ambientes capazes de dar continuidade às relações interpessoais. A tecnologia certamente pode estar a serviço dos processos de resolução de disputas e é capaz de trazer muitos benefícios. A sua utilização mitiga o distanciamento social e é capaz de promover a facilitação do diálogo e da comunicação, mesmo em cenários pandêmicos.

Crise sanitária covid-19

Após a confirmação da instalação do contexto pandêmico da Covid-19, especialmente em países dos continentes asiático e europeu, em meados de março de 2020 o Brasil começa a adotar medidas restritivas com a finalidade de conter a transmissão e o conseqüente avanço do coronavírus.

O distanciamento social, o uso de máscaras e a suspensão de determinados serviços por tempo indeterminado foram algumas das medidas adotadas e que impactaram profundamente o modo de vida dos brasileiros, assim como já anunciava grande parte do mundo.

Das temerosas idas ao supermercado à potencialização das vulnerabilidades, passando por cenários como a adoção do home office como prioridade, o aumento da fome no país e o número exponencial de mortes relacionadas à doença exigiram que novos contornos fossem delimitados e outras alternativas se impuseram sobre a nova realidade.

Passamos a dar novos usos a mecanismos de tecnologia já conhecidos, cujo potencial era até então pouco explorado. A pandemia trouxe esse modo remoto de operar como a principal forma de trabalhar para muitos, reforçando o uso de ferramentas como o e-mail, o telefone e as videochamadas. Considerando o novo cenário, a realidade de muitos brasileiros passou a ser a do home office, onde a utilização de instrumentos virtuais passou a conduzir as relações e demandar mudanças, inclusive no que se refere aos métodos de solução de disputas (seja pela via judicial, seja pela extrajudicial).

Como destaca Marco Aurélio Gastaldi Buzzi:

[...] não se pode analisar o instituto dos métodos alternativos de solução de conflitos como uma matéria estática. Ao contrário, trata-se de um procedimento evidentemente transdisciplinar, pois é regido por uma dinâmica sistêmica, a qual pode integrar diversas disciplinas [...] É por isso que se torna imperativo fazer análise dos métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito do mundo virtual, como uma consequência lógica dos acontecimentos contemporâneos, principalmente daqueles advindos da pandemia da Covid-19. (BUZZI, 2021, p. 70)

O autor deixa claro na citação acima que o ambiente virtual para a operacionalização dos métodos alternativos (ou adequados) de solução de disputas comparece de maneira natural, à medida que a realidade impõe novas formas de seguir adiante, como consequência da pandemia, por exemplo.

O acesso à justiça – ADRs e introdução às ODRs

O direito de acesso à justiça, desde o início de seus estudos na década de 70 serviu à definição de dois propósitos para um sistema jurídico i) de que ele fosse igualmente acessível a todos e ii) que produzisse resultados individual e socialmente justos. À época, barreiras foram identificadas como eventuais

entraves para o efetivo acesso à justiça. No estudo realizado, foram identificadas “3 ondas” de reformas que resultaram, então, no aprimoramento do acesso à justiça. A primeira onda tratou de questões de natureza financeira e econômica, mirando fortalecer então o sistema de assistência judiciária para os hipossuficientes. A segunda onda, por sua vez, buscou tratar dos interesses fragmentados, direitos esses difusos e coletivos. Já a terceira onda, que Mauro Cappelletti denominou “*enfoque de acesso à justiça*” abrangeu as preocupações que guiavam as outras duas ondas, agregando iniciativas voltadas ao aprimoramento das instituições (CAPPELLETTI; GARTH, 1978).

No Brasil, as ondas renovatórias de acesso à justiça não se apresentaram numa sequência cronológica, porém resultaram em significativos avanços e mudanças no sistema judiciário, que foram pensadas para uma maior efetividade dos direitos e garantias. Como uma espécie de marco renovatório de acesso à justiça, a *terceira onda* surgiu como encorajamento e exploração de uma variedade de reformas na esfera do Poder Judiciário brasileiro, o que incluiu mudanças no procedimento e estrutura dos tribunais, além da utilização de mecanismos privados de soluções de conflitos, que foram ratificados pela Emenda Constitucional 45/2004 conhecida também como Emenda da “Reforma do Poder Judiciário”.

A tradicional compreensão de jurisdição, sendo função e monopólio estatal passou a ser, portanto, dirimida, aceitando-se um sistema de jurisdição desconexo da noção de Estado, o que acarretou numa releitura do acesso à justiça sob a ótica contemporânea de Estado Democrático de Direito. Uma nova política de tratamento adequado de conflitos foi, assim, implementada através da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que previu um sistema de justiça Multiportas, apresentando ao jurisdicionado novas janelas de oportunidades para o tratamento de seus conflitos segundo suas necessidades e particularidades.

Neste sentido, “[...] a Emenda 2/2016-CNJ, que altera a Resolução 125/2010, criou o Sistema de Mediação Judicial que permite que as partes que estão distantes fisicamente possam se reunir virtualmente de modo a auxiliar a resolução de seus conflitos” (BUZZI, 2021, p.71).

As mudanças advindas com as 3 ondas renovatórias produziram, então, significativos avanços relacionados ao acesso à justiça e, seguindo a lógica do avanço, num cenário mais recente, importantes saltos foram dados com a implementação de ferramentas tecnológicas no tratamento dos litígios. A exemplo, temos o Sistema de Processos Judiciais eletrônicos (PJe), instituído em 2013 pela resolução 185 do CNJ e que segue sendo implementado em Tribunais por todo o Brasil.

A pandemia da COVID-19 coloca, então, ainda mais em evidência o potencial da tecnologia e das ferramentas digitais de comunicação quando aplicadas nas questões legais. Aquilo que se avizinhava nos últimos anos, o coronavírus teve o importante papel de antecipar e a tecnologia foi fundamental nesse desiderato. As ferramentas tecnológicas podem ser uma poderosa aliada

na luta pelo acesso à justiça.

O amplo espectro de possibilidades que é aberto com o uso da tecnologia na resolução de disputas inclui ainda a *Online Dispute Resolution (ODR)*, mecanismo que investe na comunicação à distância entre as partes envolvidas nos conflitos de forma assíncronica, independente da posição geográfica, exigindo unicamente a conexão com a internet. Essa amplitude engloba, via de consequência, diversas soluções que o projeto de Florença proposto por Cappelletti já identificava em relação ao acesso à justiça. Soluções como: combate às barreiras financeiras, aprimoramento da representatividade de interesses difusos e coletivos e soluções que otimizam o processamento de litígios, são, dentre várias, outras facilidades encontradas nas ODRs. A *Online Dispute Resolution* amplia o acesso à justiça, uma vez que confere ao interessado mais uma alternativa à sua escolha e impede por sua vez, que soluções de conflitos sejam interrompidas por fatores externos. A tecnologia é incorporada então, como elemento garantidor do acesso à justiça, passando a ser considerada como uma quarta onda.

No campo prático da operacionalização dos sistemas online de resolução de disputas temos referências brasileiras de casos em que as ODRs demonstraram eficiência e possibilitaram o acesso à justiça, como é o caso dos projetos implementados pelo Mercado Livre, da plataforma consumidor.gov e da plataforma criada em parceria com a FGV-RJ e o TJRJ para solucionar conflitos decorrentes da recuperação judicial da empresa OI.

Desta forma, conforme pudemos verificar a partir das experiências exitosas mencionadas acima (todas apresentando bons resultados e com suporte legal para tanto), percebemos que a realização das reuniões de mediação por meio de instrumentos tecnológicos preserva o princípio do acesso à justiça em âmbito privado (H_1).

Customização de ODRs

Diante dos prejuízos identificados a partir da transição da mediação do plano presencial para o virtual (como por exemplo a redução da leitura da linguagem corporal e o desafio em estabelecer o *rappport*), estabeleceu-se a segunda hipótese deste trabalho: (H_2) a customização dos procedimentos digitais/virtuais mitiga eventuais obstáculos oriundos do distanciamento social.

O que se observou a partir da literatura utilizada no presente trabalho é que os estudos evidenciaram que, apesar das diferenças entre negociações/ mediações presenciais e à distância, não houve prejuízo no que se refere ao impacto nos acordos quando as reuniões foram realizadas por meio remoto.

A nossa primeira hipótese era que a negociação “cara a cara” produz resultados mais integrativos do que a e-negociação. No entanto, talvez a descoberta mais interessante desta pesquisa seja que os meios de negociação não produzem qualquer diferença significativa nos resultados da negociação[...] Verificou-se que os sujeitos que negociam

“cara a cara” não alcançam lucros conjuntos significativamente mais elevados do que os sujeitos que negociam através da e-negociação. (GALIN; GROSS; GOSALKER, 2007, p. 794, tradução nossa).

O modelo remoto conta, ainda, com diversas facilidades quando comparado ao meio presencial. Nele, é possível evitar eventuais desgastes emocionais, uma vez que as relações “cara-a-cara” podem ser mais sensíveis, além de proporcionar flexibilidade quanto aos horários e reduzir custos com deslocamento.

Além das facilidades que a reunião *on-line* oferece, como dito acima, diversas outras ferramentas tecnológicas podem contribuir com a melhoria da comunicação remota. O e-mail, por exemplo, se levada em conta a sua assincronicidade, permite que os(as) negociadores(as) evitem se envolver e escalar no conflito, já que teriam tempo para responder de maneira menos impulsiva e melhor articulada, evitando obstáculos futuros.

Estas duas características do e-mail - assíncrono, e permitindo o processamento paralelo - têm efeitos profundos na forma como as mensagens são transmitidas e na forma como são recebidas. Do lado da transmissão, a utilização de meios assíncronos pode acentuar a expressão analítico-racional da informação pelos negociadores, em oposição a um modo intuitivo-experiencial (Epstein, Pacini, Denes-Raj & Heier, 1996). Em contrapartida, os indivíduos que tendem a apelar à emoção e a partilhar histórias pessoais (Gelfand & Dyer, 2000) podem ser colocados em desvantagem. (EBNER, 2011, p. 05, tradução nossa).

Além do exposto a respeito do sucesso nas mediações/negociações à distância, a experiência de Diego Faleck à frente do processo de indenização em Brumadinho-MG demonstrou que a customização do procedimento possibilitou seguir com as tratativas de maneira satisfatória para as partes:

Nas situações em que o requerente não tinha o equipamento mínimo e/ou internet que suportasse as reuniões, eles acompanhavam as reuniões pelo telefone celular, ouvindo a reunião por meio de ligação com seu advogado que, por sua vez, estava utilizando a plataforma de seu computador. Ou então, durante a reunião, o advogado pedia um intervalo para ligar para o seu cliente. [...] Os requerentes e seus advogados reportaram satisfação com o procedimento e: [...] (v) disseram que a reunião não perdeu em termos de qualidade comparada às reuniões presenciais; e (vi) solicitaram que esta forma de reunião virtual fosse disponibilizada como alternativa, mesmo após o retorno das reuniões presenciais, para as pessoas que residem em outras localidades. (FALECK, 2021, p. 364).

As ODRs, que antes eram uma opção para as pessoas interessadas, no cenário de pandemia tornou-se o principal meio de comunicação e confirmou para os agentes envolvidos uma série de benefícios e alternativas. Agora,

eventuais barreiras físicas ou sociais puderam ser rompidas e a isonomia do procedimento fica em evidência. Ocorre, neste sentido, a mitigação de preconceitos econômicos, equilíbrio de poder (ferramentas como desligar a câmera e ativar o microfone são disponíveis para todos) e aumento da acessibilidade às pessoas com dificuldade de locomoção (cadeirantes e acamados). Seja por e-mail, seja por vídeo chamada ou telefone, percebe-se neste novo cenário o meio à serviço da parte e não o contrário.

Já sob a perspectiva do mediador/negociador, a realização de ODRs aparece na perspectiva desafiadora, principalmente na criação do *rappport*, ferramenta de extrema importância, pois é o momento em que o mediador estabelece uma ligação, conexão, com as partes (os primeiros minutos são fundamentais).

A credibilidade pessoal, institucional e processual é apenas o ponto de partida para a entrada de um mediador em uma disputa. O maior fator na aceitação de um interventor é provavelmente o *rappport* que ele estabelece com os disputantes. O *rappport* se refere ao grau de liberdade experimentado na comunicação, o nível de conforto das partes, o grau de precisão naquilo que é comunicado e a qualidade do contato humano. O *rappport* é claramente influenciado pelo estilo pessoal, a maneira de falar, de vestir e a origem social do mediador; pelos interesses, amigos ou sócios comuns; e pela quantidade de comunicação entre o mediador e os disputantes. Os mediadores frequentemente falam sobre a necessidade de desenvolver alguma forma de ligação com as partes. Isto pode ser realizado no início da mediação, identificando-se as experiências pessoais comuns, como lazer, viagens, filhos e conhecidos; conversando sobre valores comuns; reconhecendo genuinamente um ou mais atributos ou atividades do disputante; ou demonstrando a sua sinceridade através do seu comportamento. (MOORE, 1998, p. 88).

Uma pesquisa realizada por Stephen Goldberg e Margaret Shaw com mediadores sobre quais habilidades e técnicas permitem com que eles consigam fazer as partes entrarem em acordo, revelou que 75% dos entrevistados respondeu que é a habilidade de fazer *rappport* com as partes (GOLDBERG; SHAW, 2007).

Desta forma, considerando o desafio de estabelecer o *rappport* à distância, a combinação de diferentes meios de comunicação (a customização do procedimento a depender de cada caso) pode contribuir para uma maior adesão ao procedimento remoto. Por exemplo, com o primeiro contato sendo estabelecido por ligação, sugerindo uma vídeo chamada para explicação da mediação e definição de como a pessoa se sente mais confortável em prosseguir, combinado com o envio de documentos, o registro de informações importantes e até mesmo a apresentação de uma proposta por e-mail, valendo-se das vantagens advindas da assincronicidade desse meio.

De acordo com os apoiadores da negociação presencial, a maior des-

vantagem da e-negociação é a falta de *rapport* e confiança na ausência de pistas mais pessoais. Apoiadores da e-negociação, informam que a maior vantagem da e-negociação é a ausência de contato presencial (GALIN; GOSALKER; GROSS, 2007).

Neste cenário, de necessidade de realização de reuniões *on-line* para garantia do princípio do acesso à justiça e continuidade das relações, identificamos benefícios e desafios.

Fazendo um balanço geral, conclui-se, pois, que a sua utilização é benéfica e necessária. Os desafios enfrentados fazem parte do aprimoramento dos profissionais envolvidos e de sua adaptabilidade. Se este é um mercado (sistema híbrido) que veio para ficar, torna-se prioridade para os profissionais da área o seu aperfeiçoamento, criação de valor e saber lidar com adversidades. Além disso, espera-se, assim, em reuniões remotas, excelente performance em *soft skills*, boa escuta e criatividade.

Conclusão

Após o estudo realizado e sem a intenção de esgotar o tema tratado, conclui-se pela possibilidade de superação do distanciamento social e aproximação das partes, por meio da customização do procedimento de mediação utilizando instrumentos virtuais, o que também colabora, por sua vez, com a observância ao princípio constitucional de acesso à justiça.

Considerando a nova realidade do sistema híbrido, a tecnologia, quando acessível às partes, é capaz de facilitar as interações e negociações, uma vez que mitiga algumas barreiras ao conectar pessoas distantes, equilibra o poder e promove isonomia.

Além disso, o que se observou a partir da literatura utilizada no presente trabalho é que os estudos evidenciam que apesar das diferenças entre as negociações/mediações presenciais e não presenciais, não houve prejuízo no que se refere ao impacto nos acordos celebrados quando as reuniões foram realizadas por meio remoto.

O sucesso da customização dos procedimentos de mediação através do uso de ferramentas tecnológicas de comunicação será registrado como mais um marco renovatório de acesso à justiça desde que preserve a observância das garantias constitucionais, mitigue barreiras de comunicação entre as pessoas e promova acessibilidade ainda maior à justiça e a sua efetivação.

Apesar de trágica e avassaladora, a pandemia, se analisada por certos ângulos, promoveu avanços tecnológicos nos procedimentos industriais e humanos que foram capazes de gerar melhorias sociais consideráveis. Certamente, a tecnologia apresentou-se como aliada da sociedade neste período de combate à COVID-19 e no contexto de resolução de disputas. A utilização de ferramentas tecnológicas mitigou o distanciamento social, foi capaz de promover a facilitação do diálogo e da comunicação, fazendo-nos lembrar o fato do ser humano ser adaptável e conseguir sublimar e aprimorar os sistemas em que se

encontra inserido.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125 de 29/10/2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em 30 jul. 2021.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Sistema de Justiça Multiportas: A Garantia do Acesso ao Judiciário em tempo de Pandemia da COVID-19 em: Tecnologia e Justiça Multiportas.** Indaiatuba, SP: Ed: Foco, 2021.

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas e Inovação em: Tecnologia e Justiça Multiportas.** Indaiatuba, SP: Ed: Foco, 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acces to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective.** A General Report. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

EBNER, Noam. **Negotiation via Email.** In M. Benoliel (Ed.). *Negotiation Excellence Successful Deal Making.* Singapore, 2011.

FALECK, Diego. **Tecnologia e Sistemas de Indenização: A Experiência de Brumadinho em: Tecnologia e Justiça Multiportas.** Indaiatuba, SP: Ed: Foco, 2021.

FUX, Rodrigo. **As inovações Tecnológicas como (mais uma) onda renovatória de acesso à Justiça em: Tecnologia e Justiça Multiportas.** Indaiatuba, SP: Ed: Foco, 2021.

GALIN, A.; GOSALKER, G.; GROSS, M. **E-Negotiation Versus Face-to-Face Negotiation: What Has Changed-If Anything?** *Computers in Human Behavior*, volume 23, issue 1, 2007.

GOLDBERG, Stephen B.; SHAW, Margaret L. **The Secrets of Successful (and Unsuccessful) Mediators Continued: Studies Two and Three.** In *Negotiation Journal*, 2007.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos.** 3. ed. Porto Alegre, 1998.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães e SAMPAIO, Inês Morais. **Reflexões sobre Tecnologias da Informação e Comunicação aplicadas à conciliação e Mediação de conflitos em: Tecnologia e Justiça Multiportas.** Indaiatuba, SP: Ed: Foco, 2021.

CRÍTICAS A LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS Y SLAVOJ ŽIŽEK

Martín González López

Doctorando en Filosofía del Derecho por la Universidad de Burgos. Máster en Teoría Política y Cultura Democrática por la Universidad Complutense de Madrid

Resumen:

Los derechos humanos se han presentado desde su positivación en 1948 como los principios rectores de cualquier sociedad democrática. Ni la ideología, ni la etnia, ni los valores importan a la hora de defenderlos. Su transversalidad y neutralidad les sitúan por encima de cualquier crítica. No obstante, en los últimos años han surgido teorías y autores que ponen en tela de juicio todo lo anterior a través de dos propuestas: la reinterpretación de los derechos humanos o su eliminación. Mediante Boaventura de Sousa Santos y Slavoj Žižek estudiaremos estas posturas. El profesor Santos, cercano a la teoría de la decolonialidad y las filosofías de la liberación propone la nueva redacción de los derechos humanos con el fin de integrar a la *subhumanidad*. Žižek, filósofo controvertido, defiende una postura cercana a la eliminación de los derechos humanos o, si se quiere, próxima al fin de su imposición a los países no occidentales, subdesarrollados o periféricos. Ambas posturas toman relevancia actual a raíz de la crisis provocada por el Covid-19. En opinión de los autores, se han puesto de relieve las dificultades del sistema para garantizar una vida digna a los seres humanos. Mientras que para Santos es necesaria la redacción de una Declaración Cosmopolita de derechos y deberes, para Žižek se deben tejer redes de solidaridad y cooperación global. La metodología se fundamenta en el análisis e interpretación de bibliografía primaria, compuesta de obras y artículos acerca de los derechos humanos tales como *Derechos humanos, democracia y desarrollo* (2014), *El futuro comienza ahora* (2021), *Contra los derechos humanos* (2005) y *La nueva lucha de clases* (2019). ¿Se debe redactar una nueva Declaración? ¿Se deben eliminar los derechos humanos? ¿Se deben mantener y abogar por su aplicación? ¿Representan a toda la humanidad? ¿Se puede hablar de humanidad?

Palabras clave: Derechos Humanos; Humanidad; Críticas; Eliminación; Cosmopolita.

Introducción

El contenido de los derechos humanos es una de las mayores aportaciones teóricas occidentales de los últimos 200 años, su positivación e influencia a partir, tanto de la Declaración de Independencia del pueblo de Virginia en 1776 como de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 han marcado la historia política de Europa en particular y del mundo en general. Su historia está precedida por un sinfín de debates y críticas, aunque se presente como un proceso lineal, acorde a los objetivos de la humanidad y sujeto del consenso universal.

Los derechos humanos representan el contrato que todo ser humano debe firmar, independientemente de su ideología, etnia, género o estatus económico. Su contenido no es más que el objetivo de la humanidad, aquello que da sentido a la naturaleza humana y que prepara el tablero donde se desarrolla la sociedad.

No obstante, en política siempre encontramos un Uno y un Otro, un extremo y su antagonista, un blanco, un negro y un gris. La crítica liberal abrió el camino a la confrontación de los derechos humanos; La aparición de la Segunda Generación de derechos chocó frontalmente con la no intervención estatal en la vida de los individuos. Los derechos humanos se forjaron a través de la conciliación entre las reivindicaciones liberales, recogidas en los derechos de primera generación, y las reivindicaciones socialistas, comandadas por la idea de un mayor peso del Estado.

Entre una y otra generación se desarrolló la crítica marxista a los derechos humanos de la mano de Karl Marx, más adelante aparecerían otras visiones dirigidas por Ernst Bloch y todo el trabajo intelectual desarrollado en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Sus análisis partían de la premisa marxista básica: la infraestructura determina la superestructura. En otras palabras: la economía determina (en parte¹) la política y la sociedad. A modo de síntesis, los derechos humanos eran para Marx una producción ideológica al servicio de la burguesía y los argumentos para demostrarlo se centraban en la imposibilidad de universalizar unos derechos sin tener en cuenta la clase social a la que se pertenece. Un burgués y un proletario no pueden ser sujeto de un mismo derecho dado que uno explota al otro. A su vez, los derechos humanos habrían sido utilizados por parte de la clase dominante para afianzar tanto sus propiedades como su poder.

Sin embargo, en la etapa madura de Marx se concedió importancia a los derechos conquistados en la época como el sufragio universal o la libertad de expresión. Estas victorias constituirían herramientas valiosas para la clase obrera en su lucha por la emancipación.

Cerca de dos siglos después, situándonos próximos a la cuarta genera-

1 ENGELS, F. (1890). **Cartas de Engels a Jose Bloch**. Der Sozialistische Akademiker. T. 1, págs. 408-498. Londres. Disponible en « <https://webs.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/cartas/oe3/mrxoe329.htm> » Consultado el 09/11/2021.

ción de derechos humanos, la crítica marxista sigue aportando su grano de arena. Los argumentos han sufrido modificaciones de acuerdo con el contexto contemporáneo y globalizado, las soluciones se han situado en stand by y las victorias continúan en la puerta de salida. Con todo ello aún divisamos la raíz marxista en muchas de las críticas que se disparan a los derechos humanos.

Por un lado, Boaventura de Sousa Santos representa la opción dialogante, integradora y optimista. Una alternativa a los derechos humanos que tenga en cuenta a la mayoría, a los olvidados, en definitiva, a aquello que denomina la “subhumanidad”².

Por otro lado, Slavoj Žižek. Su postura rompe los moldes a los que estábamos acostumbrados, su discurso tajante y radical apuesta por la eliminación de los derechos humanos o, si se quiere, el fin de la imposición occidental a terceros países.

La postura de Santos puede ser incluida bajo la teoría decolonial y la búsqueda de una mayor representación de todo aquello que se escapa a los tentáculos de Occidente. Otras formas de conocimiento, de ciencia, de dignidad, de libertad o incluso de ser vivo. Su pensamiento aboga por unos derechos humanos que tengan en cuenta el mayor número de contextos y realidades posibles y de esta forma podamos construir un verdadero proyecto de humanidad.

Respecto a Žižek cabe señalar la ausencia de una teoría sólida acerca de los derechos humanos. Únicamente encontramos un artículo tratando el tema en cuestión. Se trata de “Contra los derechos humanos” publicado en *The new left review* en 2005. El resto de sus aportaciones han sido esporádicas o implícitas en sus obras de calado político.

En un ejercicio de homogenización de su postura podemos ofrecer dos alternativas. La primera, el fin de la imposición occidental de los derechos humanos. De esta forma, no habría más opción que optar por el fin de los mismos. La segunda, nacida en los últimos años y en parte, a raíz de la crisis provocada por el Covid-19, el estrechamiento de unos lazos de “solidaridad y cooperación mundial” (Žižek, Slavoj 2020: 22) que sirvan de instrumento para combatir los problemas globales tales como el cambio climático o las crisis sanitarias.

Hacia una declaración cosmopolita

David Sánchez Rubio utiliza una historia popular para describir los derechos humanos (Sánchez Rubio, David. 2011: 10). A modo de resumen se trata de un hombre que busca conseguir el mejor traje del mundo, para ello recurre a un sastre y con esas palabras le encarga el pedido. A las semanas el hombre lo recoge y se encuentra con un traje de un tallaje enorme. En ese momento

2 Véase “*Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho* (2009) y “Derechos humanos, democracia y desarrollo” (2014) de Boaventura de Sousa Santos.

el sastre le indica que ha creado el mejor traje del mundo y el hombre, convencido de ello viste la prenda a pesar de andar y encontrarse incómodo por no tener esa talla.

Los derechos humanos serían ese traje, ropa creada para un tipo de personas muy concretas y vestidas por alguien que no cumple esos requisitos. Los derechos humanos fueron pensados en Occidente, a través de un análisis de la realidad occidental y para hombres occidentales. Más concretamente para hombres blancos con un poder adquisitivo determinado, la incipiente burguesía del siglo XVIII. Una vez pensados se universalizaron y aplicaron a todo el mundo, siendo ese modo de ver la realidad el correcto para el total de la humanidad.

De esta forma parece obvio pensar que existen realidades fuera de Occidente que no consiguen identificarse con los derechos humanos, bien por tener concepciones del ser humano diferentes, bien por entender la naturaleza de una forma distinta, bien por tener otras definiciones de la dignidad humana, de la libertad o de la igualdad o incluso por tener otros modos de pensar y analizar su contexto.

Boaventura de Sousa Santos parte de esa premisa. Su análisis va mucho más allá, para ello se dota de conceptos como la “sociología de las ausencias” o “sociología de las emergencias”, con ellos describe la invisibilización que han sufrido los pueblos coloniales respecto a sus modos de conocimiento y análisis de la realidad. También pone en tela de juicio la propia historia y evolución de los derechos humanos acusándola de imposición occidental en vez de concebirla como un objetivo del ser humano.

La bibliografía acerca de los derechos humanos que ha desarrollado el profesor Santos no deja apenas ningún hueco que cubrir, sino que describe y analiza minuciosamente lo que para él son los problemas y aciertos de la actual concepción de los derechos humanos. A modo de síntesis se han expuesto algunas de sus investigaciones. No obstante, a continuación, pasaremos a tratar dos puntos clave a la hora de comprender su concepción y propuesta al objeto de estudio.

El proyecto de la humanidad

En 2006 Jesús Mosterín publicó una obra titulada “La naturaleza humana”, su objetivo era presentar una óptica del ser humano coherente y racional y para ello jugó con herramientas tanto científicas como filosóficas. Una de las ideas que rescatamos es la crítica a aquellos pensadores que negaron la existencia de la naturaleza humana, es decir, un patrón que fuese aplicable a nuestra especie, semejante a cualquier otra. En este caso la antropología filosófica nunca ha estado cerca de determinar con exactitud si existe la naturaleza humana o si por el contrario el contexto, los modos de producción o las relaciones sociales son las que determinan nuestra naturaleza.

Los derechos humanos y su aplicación en la sociedad guardan relación

con el estudio de la naturaleza humana. Si podemos demostrar que la naturaleza humana existe, no solo en un sentido biológico sino desde una óptica social e incluso política, podemos acercarnos a la posibilidad de universalizar unos derechos humanos aplicables precisamente a todo ser humano. Por el contrario, si la naturaleza humana depende, no solo de nuestros rasgos más básicos, sino también de nuestro contexto económico, político y social, encontraremos muros que nos impidan o dificulten universalizar unos derechos humanos bien definidos.

Para Santos la naturaleza humana no existe, sino que es un proyecto que debemos construir a través del cumplimiento de los derechos humanos. Su argumentación se articula a través de dos grupos sociales, la humanidad y la subhumanidad. Esta última hace referencia a un porcentaje de la población, la mayoría de los seres humanos, que no son sujetos de ciertos derechos. En este sentido, el objetivo se fundamenta en conseguir que todo ser humano sea tratado como tal y logremos construir el proyecto de la humanidad.

Los derechos humanos son a su juicio el instrumento que puede ayudar a las sociedades democráticas a construir un futuro y con ello, construir la humanidad. Para lograrlo es necesario que su contenido este basado en cada contexto, en cada forma de pensamiento y en cada minoría.

El proyecto del que hablamos no solo se debe edificar teniendo en cuenta los derechos humanos. Para Santos la democracia, el diálogo, las aportaciones que puedan hacer las minorías sociales o los movimientos contrahegemónicos son herramientas útiles para aplicar los derechos humanos en el mundo. Estos instrumentos pueden ser utilizados como un arma de doble filo. Por un lado, pueden servir para perpetuar las desigualdades que existen en el mundo, pueden justificar políticas antidemocráticas, intervenciones militares, recortes de las libertades y derechos sociales o incluso violaciones de los derechos humanos. Por otro lado, si todos estos mecanismos son tomados por los movimientos contrahegemónicos, por la subhumanidad, servirían para trabajar un horizonte no tan lejano que dé forma a una sociedad más justa e igualitaria.

Capitalismo, colonialismo y patriarcado

Si diseccionamos el análisis de Santos encontramos una posición claramente anticapitalista. Conceptos tales como “progreso” o “desarrollo” influyen en el imaginario de los derechos humanos e imponen el rumbo que deben seguir los países periféricos y excoloniales.

A raíz de la actual crisis ligada al Covid-19 han sido varios los autores que han puesto de manifiesto la incapacidad del sistema para afrontar problemas globales. Además, se han llevado al límite los sistemas públicos de salud y se ha retomado la necesidad de un Estado fuerte que gestione los problemas de la sociedad, tanto a nivel interno como externo. Santos acuña el término “capitalismo abismal” (Santos 2021: 299) para describir el comportamiento del sistema actual. A raíz de la crisis, el capitalismo se ha despojado de toda

la responsabilidad ética y social que le quedaba y se dispone a salir del abismo velando únicamente por sus intereses. El aumento del patriarcado y del racismo dibujan a su vez el mapa de los próximos tiempos dentro del sistema capitalista.

Capitalismo, colonialismo y patriarcado representan la triada que domina el mundo. Un capitalismo financiero global que acentúa las contradicciones que se viven en el puesto de trabajo. Un capitalismo que ensancha las desigualdades entre una minoría privilegiada y una mayoría excluida. Un capitalismo que persigue un futuro incierto y lejano en busca del progreso y el desarrollo de los sistemas productivos. Todo ello bajo la máxima de encontrar el máximo beneficio al menor coste.

Un colonialismo que no acabó con la salida de los imperios de los países periféricos, sino que dejó vestigios en la cultura, la política y la economía de los territorios. Un colonialismo que desapareció para dar paso a la colonialidad, proceso que hace referencia a la relación entre la explotación capitalista y la idea de raza. Una vinculación basada en una jerarquía racial a través de formas modernas de dominación (Gómez Vélez. Et al. 2017: 9)

Un patriarcado basado en relaciones intersubjetivas de dominación en base al sexo. Un análisis olvidado por las ideologías de izquierdas y que ha dejado de lado a un gran porcentaje de la población: las mujeres. Una dominación que acompañó al nacimiento de los derechos humanos, pensados exclusivamente para el hombre blanco, europeo y con un poder adquisitivo determinado.

El traje de los derechos humanos del que hablábamos al principio tiene estos detalles, unas características que le acompañan y recrean el mejor traje del mundo. Aquel que todo ser humano debe vestir le guste o no.

La otra alternativa

Si tuviésemos que continuar con el cuento del sastre y su traje, Slavoj Zizek apostaría por el fin de esta prenda de vestir. Cada pueblo y cada realidad vestirían aquello que ellos mismos confeccionasen y no debería darse ningún tipo de imposición acerca de qué o cómo vestir.

La postura zizekiana sobre los derechos humanos dista de todas aquellas que conocemos, se aleja de las teorías decoloniales y de todos los análisis que buscan articular una salida positiva al contenido de los derechos humanos.

Para organizar sus ideas y contraponerlas con lo visto hasta ahora podemos estructurar sus diferencias en dos, una de tipo cuantitativo y otra de corte cualitativo. Respecto a la primera, Zizek únicamente ha dedicado un artículo a los derechos humanos, no encontraremos un libro analizando en profundidad su historia, aplicación o contenido, sino que hemos tenido que adentrarnos en su bibliografía para rescatar las ideas más cercanas al objeto de estudio. El artículo mencionado se titula “Contra los derechos humanos” (2005) publicado en *The New Left Review*. La argumentación que precedía al título se apoyaba

en tres pilares: la libertad de elección, la búsqueda de la felicidad y la defensa contra el exceso del poder. A su modo de ver estos tres puntos legitiman las políticas de los países Occidentales en terceros países. Justificando invasiones, intervenciones y deposiciones de gobiernos. Todo ello bajo el manto de la ayuda humanitaria, la implantación de los derechos humanos o el impulso de las democracias.

En defensa de la intolerancia (2007) y *La nueva lucha de clases* (2019) abordan un tema transversal al análisis de los derechos humanos, a saber, la tolerancia liberal y la intolerancia de Occidente a todo aquello que se sitúa fuera de sus límites. Žizek se apoya en Lacan para presentar la concepción del Yo y del Otro. Precisamente es la existencia de un Otro, de un ajeno, lo que permite definirse a uno mismo. El multiculturalismo, una supuesta forma de tolerancia a otras culturas, es “la forma ideológica del capitalismo global” (Žižek, 2007) y con ello otra forma de racismo.

A juicio del autor, los países y pueblos situados al margen de Occidente no necesitan que este les ayude ni les imponga su cultura. Son ellos mismos quienes deben atender a su realidad, a sus valores y tradición para articular una sociedad que satisfaga sus necesidades políticas, económicas y sociales. La intervención occidental en terceros países deja al descubierto las razones que conducen a ello: la satisfacción de intereses económicos y políticos en detrimento de ayuda humanitaria o establecimiento de democracias.

“El respeto multicultural por la especificidad del Otro no es sino la afirmación de la propia superioridad.” (Žižek, 2008: 57)

La diferencia cualitativa no tiene que ver con la estructuración de su análisis o con el peso de sus argumentos. Incluso encontramos varios puntos en común entre Santos y Žizek: bien el rechazo a la imposición de los derechos humanos, bien el origen de los mismos, bien su utilización para legitimar acciones bélicas o bien su posición respecto a la naturaleza humana. No obstante, a la hora de presentar alternativas sus caminos se separan.

Frente a la propuesta de Santos de elaborar una Declaración Cosmopolita de Derechos y Deberes Humanos, Žizek apuesta por el fin de esta imposición de Occidente a terceros países. La alternativa pasa por la dificultad de comprender otras culturas y valores. A raíz de esta incompreensión surgen políticas multiculturales que pretenden o bien imponer otra cultura o bien respetar aquello que no se entiende. Ambas posturas desde la superioridad moral occidental. *“El respeto multicultural por la especificidad del Otro no es sino la afirmación de la propia superioridad.”* (Žižek, 2008: 57).

En relación a los tres pilares mencionados al principio: la libertad de elección, la felicidad y el freno del abuso del poder, Žizek pone de ejemplo el burka. Desde Occidente esta prenda representa un freno para la libertad de las mujeres, supone un símbolo de explotación y discriminación basado en la religión islámica y, por lo tanto, una práctica que atenta contra los derechos humanos. En este sentido, no hay espacio para tales costumbres, Occidente debe ayudar a liberar a las mujeres de su yugo y dotar a esos pueblos de liber-

tad y felicidad.

Se plantea un problema a la hora de evaluar el caso si se da en un país occidental. Es decir, qué ocurre si una mujer blanca, europea y con un estatus económico alto decide vestir el burka. No estaríamos entonces ante una coacción o atentado contra su libertad individual, sino que el caso se estudiaría desde otra perspectiva: la libertad de la que goza la mujer le permite vestir el velo sin ningún tipo de imposición, siendo ella misma su propia jueza. En este caso los derechos humanos no estarían siendo violados.

La perspectiva que Žizek nos muestra sobre los derechos humanos se debe leer a través de la filosofía, más concretamente desde el psicoanálisis de Lacan. La importancia del Otro, la imposibilidad de entender otras culturas y valores, otros pueblos, la continua confrontación hacia lo ajeno y la superioridad moral que genera son claves a la hora de dar una respuesta a la implantación de los derechos humanos.

No obstante, en sus últimos escritos, a raíz de la pandemia del Covid-19, se ha apostado por otro tipo de políticas internacionales para luchar contra los problemas globales como la pandemia o el deterioro del medio ambiente. En *Sopa de Wuban* (2020) se apuesta por la “reinención del comunismo” (Žižek, Slavoj 2020: 21). Bajo esta propuesta se pretende crear lazos de solidaridad y cooperación internacional que impulsen políticas sociales centradas en la resolución de los problemas urgentes de la humanidad. Es cierto que este tipo de cooperación no contradice lo dicho anteriormente, dado que es posible la cooperación internacional sin imposición. No obstante, sí deja la puerta abierta a los derechos humanos o, si se quiere, a unos principios básicos a los que toda la humanidad deba suscribirse.

Conclusiones

Sin duda las posiciones que defienden Santos y Žizek tienen una base teórica sólida. A nivel argumental, la articulación de un discurso que ponga en tela de juicio la historicidad de los derechos humanos posee gran cantidad de herramientas para contradecir el discurso hegemónico.

Sin embargo, sus pilares pueden tacharse de relativismo o culturalismo. Es decir, si objetivamos la realidad nos encontramos con un planeta habitado por más de 7000 millones de personas, cada una con su propio contexto, realidad, vivencia y experiencia. En este sentido parece imposible unificar un contenido que encapsule a todos los seres humanos dando por válido un contenido jurídico. Esta reducción resulta estéril, pero algo semejante se puede confrontar a las teorías anteriores. ¿Dónde cerramos las líneas que delimiten un pueblo o cultura? ¿Hasta dónde llega la influencia de un Estado o conjunto de Estados para positivizar una declaración de derechos? ¿Qué ocurre si los movimientos contrahegemónicos articulan una declaración de derechos que atentan contra otras minorías? ¿Qué soporte tendrían las constituciones sin una declaración internacional de derechos?

Está claro que todas estas preguntas tienen una respuesta difícil, tal vez siquiera la tienen. También parece obvio que la actual declaración de derechos humanos no se cumple. Incluso podemos aceptar la exclusión de minorías.

A pesar de todo esto, la mayor crítica a las críticas de los derechos humanos es la falta de propuestas. Se ha hablado de nuevas declaraciones, nuevas realidades o nuevos futuros, pero esto no cubre el vacío que existe con respecto a una alternativa clara a la Declaración de Derechos Humanos actual. Es fácil abogar por una redacción integradora, pero difícil responder quién la debe redactar y sobre todo vislumbrar si esa declaración no llevará consigo nuevas imposiciones.

La historia de los derechos humanos muestra que las preguntas y dudas son una constante y la respuesta de unas conlleva nuevas preguntas.

A modo de hipótesis en construcción, la salida por la que debemos optar es una concreción de los derechos más básicos que guían nuestras sociedades, aquello que han forjado la base del mundo en el que vivimos y que, si se cumplen, velarían por la dignidad humana, pilar del sentido humanitario. Tal vez la seguridad social (derecho reconocido en el artículo 22 de la DUDHH) no sea objeto de una declaración de derechos humanos por ser una realidad occidental. Tal vez si los derechos tales como la libertad de expresión, participación y asociación se cumplieren no sería necesario un derecho de asilo. Es posible que, si el derecho al trabajo fuese una realidad, si se cumpliera la igualdad sin discriminación y si existiese el derecho a la vida, no sería necesario la positivación, en una declaración de derechos humanos universal, el no sometimiento a la esclavitud.

Algunos de los derechos humanos recogidos actualmente no son sino un parche al no cumplimiento de los derechos conquistados previamente.

Referencias

ENGELS, F. (1890). **Cartas de Engels a Jose Bloch**. Der Sozialistische Akademiker. T. 1, págs. 408-498. Londres. Disponible en « <https://webs.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/cartas/oe3/mrxoe329.htm> » Consultado el 09/11/2021.

GÓMEZ M. SLADARRIAGA D. LÓPEZ M. ZAPARA L. (2017) **Estudios decoloniales y poscoloniales. posturas acerca de la modernidad/colonialidad y el eurocentrismo**. Revista Ratio Juris. Vol. 12 N.º 24• UNAULA.

MOSTERÍN, J. (2013). **Naturaleza humana, biología y convención**. Estudios públicos, (131).

SÁNCHEZ RUBIO, DAVID (2011), **Sobre el concepto de historización, una crítica a la visión sobre las generaciones de derechos humanos**, Praxis, Colombia, 2011, 67, julio – diciembre, p. 9- 22. Disponible en «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4638366>» Consultado el 10/11/2021.

SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE (2009) **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho**. 1º ed. Trotta. Madrid.

_____. (2014) **Derechos humanos, democracia y desarrollo**. 1ª Ed. Centro de

Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Bogotá.

_____. (2021) **El futuro comienza ahora. De la pandemia a la utopía.** 1ª Ed. Akal. Madrid.

ŽIŽEK, S. (2005) **Contra los derechos humanos.** New Left Review, 34, 85-100. Disponible en «<https://newleftreview.es/issues/34/articles/slavoj-zizek-contra-los-derechos-humanos.pdf>» Consultado el 10/11/2021.

_____. (2008) **En defensa de la intolerancia.** 1ª Ed. Sequitur. Madrid.

_____. (2019) **La nueva lucha de clases. Los refugiados y el terror.** 6ª Ed. Anagrama. Barcelona.

ENTRE TAPAS E BEIJOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE O PERÍODO PANDÊMICO E A MEDIAÇÃO COMO PRÁTICA RESTAURATIVA

Isabel Cristina Ribeiro dos Reis

Doutoranda pela Universidade Estácio de Sá. Professora do curso de Direito das
Universidade Estácio de Sá e Castelo Branco

Resumo:

O artigo objetiva analisar aspectos sociais e jurídicos que elevaram a violência doméstica durante a pandemia e como a figura da mediação oferece um caminho possível para os casos de violência contra a mulher na justiça criminal. Tem como ideia inicial a análise sistemática sobre o fenômeno da violência contra a mulher no ambiente doméstico cometida por parceiros ou outras pessoas com quem as vítimas mantêm relações afetivas ou íntimas, de maneira exploratória, descritiva e analítica de cunho qualitativo e quantitativo, onde se buscará discutir tal fenômeno arraigado nos hábitos, costumes e comportamentos socioculturais. Diante desta análise, pretende-se também, discutir a aplicabilidade da mediação, que fundada no princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como uma ferramenta capaz de traduzir o conteúdo da norma em concretude de comportamento humano superando a visão dogmática tradicional da justiça e que em situações de conflito familiar culminam em violência, buscando-se a realização de um trabalho utilizando entrevistas individuais em profundidade nos permite captar melhor as percepções que suscitem diversos tipos de violência. Torna-se importante observar que as falas são de grande importância para observarmos questões relacionadas com as tensões emocionais dos envolvidos identificando um plano para reparar os danos ou prevenir novos acontecimentos, evitando assim a repetição de questões que não foram trabalhadas, reconhecidas e que passam de geração a geração.

Palavras-chave: Violência doméstica; Mediação familiar; Justiça criminal.

Introdução

Precisamos falar sobre justiça restaurativa (JR), o que de fato vem a ser JR, para que serve, a quem serve e como se dá o processo de implantação?

Dentre a principal definição e o objetivo dessa implementação está a reestruturação e estabilização das relações familiares. Um dos conceitos utilizados dentro da resolução do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e de alguns sites e cursos que trabalham com justiça restaurativa, entendem como sendo espaços para resolução de conflitos, alguns estudiosos definem como círculos de Cultura de Paz para resolução de conflitos. Outros teóricos dizem que Justiça restaurativa é um paradigma não punitivo em que envolvem ofendido e ofensor e comunidade para a resolução de um conflito e quando possível a reconstrução de relações rompidas.

Entretanto precisamos falar sobre o que vem a ser a violência doméstica e familiar, como essa violência se apresenta, quem são as partes dessa violência e como é possível pensar em solução de conflitos sem punição numa sociedade majoritariamente machista, misógina e patriarcal?

Verdadeiramente não há respostas para as perguntas de como se implantar um sistema de não punição nessa sociedade que pune cada vez mais a vítima.

Violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, conforme definido no artigo 5º da Lei Maria da Penha, a Lei nº 11.340/2006. Essa violência normalmente não deixa testemunhas, acontece por anos, em silêncio e na presença de crianças, gerando danos físicos, psíquicos incalculáveis, no espaço doméstico, geralmente cometida por parceiros, ou outras pessoas com quem as vítimas mantêm relações afetivas ou íntimas, incluindo filhos, sogros, primos e outros parentes. Está profundamente arraigada nos hábitos, costumes e comportamentos socioculturais, de tal forma que, as próprias mulheres encontram dificuldade de romper com situações de violência, por acreditarem, inclusive, que seus companheiros têm direito de puni-las, por acharem que elas fizeram algo errado ou infringiram as normas que eles determinaram.

A mulher diante da violência doméstica

A violência afeta mulheres de todas as idades, raças e classes sociais e tem graves repercussões sociais. Agravos à saúde física e mental, dificuldades no emprego, na aprendizagem, riscos de prostituição, uso de drogas e outros comportamentos de risco. Pesquisas demonstram que partes do mundo, e em diferentes culturas, um grande número de mulheres relata que já foi agredida física, psicológica ou sexualmente, pelo menos uma vez na vida. A violência física, no mínimo é acompanhada da violência psicológica.

Em agosto de 2017, em Salvador, realizou-se a Semana de Justiça pela Paz em Casa proposta pelo Tribunal de Justiça da Bahia tendo como convidada a ex-ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lúcia.

O evento tinha como principal tema discutir os 11 anos da Lei Maria da Penha e os Novos Rumos do combate e enfrentamento à violência contra

mulher, todavia, o evento se enveredou para uma outra perspectiva e a desembargadora Nágila que era a coordenadora da pasta de mulheres dentro do Tribunal de Justiça da Bahia decidiu nessa ocasião criar a Terceira Vara mas, nesse momento, com o novo nome em homenagem a ex-ministra Carmen Lúcia. O nome contrariando a lei federal 11.340, deixou de ser Vara de Violência Doméstica e Familiar passando a se chamar Vara de Justiça pela Paz em Casa. Que paz e que justiça nós estamos falando?

A ex-Ministra Carmen Lúcia disse em sua fala que não deseja gerar impunidade ou insegurança para as mulheres, mas traz um exemplo bem difícil de ser compreendido como algo positivo ou algo possível ou mesmo imposto pela justiça. Ela diz: “se duas famílias são amigas e o rapaz de uma família se casa com a moça da outra família criam laços ainda mais fortes de amizade, mas num dado momento o rapaz de uma família mata a moça da outra família, precisam essas famílias serem inimigas?” Então eu pergunto: pode a justiça obrigar que essas famílias sejam amigas? Não estamos falando de crimes de menor potencial, não estamos falando de briga de vizinho, não estamos falando de discussões na rua, de furto de uma caneta, estamos falando da vida de mulheres que são assassinadas todos os dias dentro do lugar onde deveriam estar seguras, amparadas e cuidadas: dentro do lar.

A Bahia tem um problema muito sério no tocante a efetivação e eficácia da Lei Maria da Penha. Afinal através de uma resolução nº 47 do ano de 2012, o Tribunal de Justiça veda a competência híbrida para a lei 11.340. Mas o que isso tem a ver com justiça restaurativa nos casos de violência doméstica e familiar? Tem a ver porque mulheres todos os dias são colocadas como intransigentes e incapazes de promover o diálogo por não aceitarem participar de audiências na Vara de Família que proponham mediação ou conciliação.

A ideia de conciliação e mediação ou mesmo justiça restaurativa deve compreender e respeitar o direito das pessoas, nesse caso das mulheres.

No ano de 2016, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo após a provocação da Defensoria Pública teve que se manifestar em razão de um juiz em primeiro grau obrigar uma mulher a participar de uma audiência de conciliação arguindo a Lei 13.140 de 2015 que oferece a mediação como medida de adequação, e, na sua ausência, seria ela punida com uma pena pecuniária. Essa mulher tinha medida protetiva de urgência, ainda existia a iminência de nova violência ameaças e um histórico de violência doméstica e familiar. A partir desse contexto é possível perceber como se dará essa obrigatoriedade tanto da conciliação, mediação como da justiça restaurativa e o desgaste que essa mulher irá sofrer quando se negar a participar desse tipo de audiência ou de mecanismo de resolução de conflito.

Em Salvador, em casos de mulheres com medida protetiva, nas ações de família já na petição inicial pede-se que não haja audiência de conciliação e mediação em razão de existir um conflito de violência física ou psicológica, todavia, ainda assim são marcadas audiências de conciliação e mediação desrespeitando e violentando as Mulheres vítimas de violência.

Numa pesquisa de campo com mulheres usuárias das varas de violência doméstica e familiar na Bahia foi a elas perguntado o que significa pensar que existe uma resolução junto ao Conselho Nacional de Justiça para que nas varas de violência doméstica e familiar seja implantada a justiça restaurativa? Seguem abaixo relatos sem identificação de mulheres vítimas de violência com a devida autorização:

Ciclo de paz...os homens não estão respeitando a mulher, imagine fazer mediação...conversinha de paz, me poupe, gostaria que a lei fosse ainda mais dura sem direito a nada e que todos os processos tivessem condenação dura...e que a Lei Maria da Penha fosse realmente cumprida. (E.M.)

Mediar a violência por si só é um paradoxo. Como pode “negociar” um direito humano fundamental, a integridade física, psíquica e patrimonial. (R.F.R.M.)

Difícil, desafiador!! Acho que nas varas de violências e na justiça que trata a mulher como vítima, negociação com ciclos de paz inviável!! Quando chegamos para dar entrada acabou a razão, o equilíbrio e não será lá que irá desfazer as atrocidades praticadas pelos homens!! Deformação de caráter não cessar lá em varas!! É desumano e proporciona massacre com nós mulheres!! Caminhar e quem sabe perdoar o que aconteceu pode acontecer, para melhorar nossa reformaintima e mental, mas não significa que é preciso conviver com eles, pelo menos o meu caso distância é bemvinda e preso por isso. (L.R.)

Sinceramente uma grande merda!!!! Eu me sinto revitimizada, eu quero q meu agressor pague pela violência que ele cometeu contra mim... até porque se chegou o nível de ele ameaçar a minha vida, me agredir me machucar é porque não têm mais o que se conciliar! Já chegou ao extremo... Vejo essa justiça conciliatória como um meio de o agressor ficar impune. Normalmente a mulher que procura ajuda da justiça já sofreu outros episódios de violência já tentou de todas às formas conciliar e negociar a não agressão com o companheiro em casa. (M.H.M)

Como se eu fosse a culpada por não ter paz em casa. Não preciso de mediação. Preciso de separação e justiça. Leis que me resguardem e apoio para denúncias. Tratamento digno e justiça. Acima de tudo. Separação, proteção, paz, justiça. No mínimo um insulto. É isso o que eu acho, é me colocar no mesmo patamar do agressor. (K.K.)

Não há como existir mediação de conflito com quem não nos ouve, para quem nos culpa por simplesmente sermos quem somos e mesmo não sendo o que querem não nos deixam ir embora. Para quem bate como se estivesse batendo em um saco de pancadas porque sentiu vontade ou porque criou na cabeça dele uma história onde a justificativa de tais atos só existe lá e não é real. Onde o erro é unilateral, e só vem da mulher. Há que existir punições mais duras não mediação de um conflito que é criado por um ser somente. Temos nossas vidas e direitos roubados e somos tratadas como se fossemos mercadorias adquiridas por eles, sem direito de pensar, sentir ou questioná-los. Apenas obedecê-los, não nos é dada outra opção. Caso esses ciclos de paz sejam aceitos, acho que só vai fazer com que a gente se sin-

tainda mais insegura e com mais medo de denunciá-los. Porque só quem passa por esse terror sabe o que é feito com o nosso psicológico, como é nos ver a cada dia a um passo de morrer. É um absurdo, acharem que pode ser feito acordo de paz com o nosso torturador, estuprador, sequestrador ou assassino. (F.R.S.)

Super discordo, isso revitimiza e humilha. Eu vi a delegada chamar uma mulher de louca porque foi assediada por um empresário onde ela colocou currículo. É só um exemplo de como isso só prejudica a mulher vítima das várias violências. O abalo psicológico não tem tamanho. Isso só servirá para reafirmar os ditos machistas de q somos loucas, histéricas e vingativas. Quando só quero viver com merecimento e como e direito nosso. Sem violência. Além de q num caso desse o agressor aí vai “ter cumprido sua obrigação “ com a justiça e nos q sofremos veremos ainda mais impunidade do q já existe. Desculpe falar tanto. É q isso me irrita. Tudo feito para aliviar para os homens. As mulheres vão denunciar ainda menos sabendo dessa possibilidade. Eu mesma quase desisto na deam quando fui para o serviço social e ainda vi uma assistente social fazendo mediação dessênível. (P.C)

Dentre os relatos apresentados há mulheres vítimas de violência do irmão, ou de relacionamento lésbico, mulheres negras e brancas, outras que sofrem torturas físicas, ou seja, a diversos tipos de violência doméstica e familiar, todavia algo é comum e é importante ser pensado e avaliado que é o medo da impunidade e de mais silenciamento ainda das mulheres que sofrem violências diversas em lugares que normalmente não deixam testemunhas, as vezes não deixam marcas físicas, mas as marcas da dor, da vergonha, do medo e da vulnerabilidade são carregadas por toda uma vida e o que elas esperam é ao menos ver um dia em que a justiça será feita e que terá valido a pena ir à Delegacia da Mulher se expor, falar para várias pessoas sobre a dor que lhe acometeu e destruiu sua família a fim de que outras mulheres não passem por situação igual.

A mediação no Poder Judiciário

A mediação é um método por meio do qual uma terceira pessoa, especialmente formada para este mister, colabora com as partes para resgatar ou restabelecer a comunicação a fim de compreender as raízes dos conflitos que se apresentam. Fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como uma ferramenta capaz de traduzir o conteúdo da norma em concretude de comportamento humano superando a visão dogmática tradicional da justiça.

A prática da mediação traz o resgate da cidadania a partir do momento em que o indivíduo toma para si, através de sua vontade, a condução de seu destino de forma livre, através de um processo mais rápido e menos oneroso, porque possibilita às partes envolvidas participarem da busca de solução tornando-os co-responsáveis por ela.

A mediação familiar, propicia a recuperação das relações afetivas, pro-

movendo a recuperação do abandono afetivo decorrente da comunicação inadequada que se desenvolveu na reorganização da família, permitindo uma real mudança na dinâmica das relações familiares, tendo aplicabilidade em vários contextos relacionais: família, escola, instituições, empresas, comunidade tendo em vista o reconhecimento da autonomia da vontade dos interessados e da sua capacidade de resolução de seus próprios conflitos. No âmbito familiar ela foi concebida inicialmente para prevenir os danos causados por divórcios litigiosos, mas atualmente ela pode ser aplicada em todas as situações de conflito familiar, inclusive nos casos de violência contra a mulher.

É justamente nestes casos específicos, onde sobressai o aspecto psicológico das partes, onde manifesta os ressentimentos e o desgaste mental gerado pelo processo é que a mediação atua como uma prática restaurativa, oportunizando às partes envolvidas expressarem seus sentimentos e desenvolverem um plano para reparar os danos ou prevenir novos acontecimentos, evitando assim a repetição de questões que não foram trabalhadas, reconhecidas e que passam de geração a geração.

Abre-se, portanto, um leque de possibilidades, não impositivas, sem juízos de valores. Não há verdades absolutas. Busca-se, através da intervenção ternária, o restabelecimento do diálogo, não só como um instrumento de paz, mas como uma possibilidade de novos entendimentos e como forma de prevenir novas contendas relativas ao mesmo problema.

Na prática, como ocorre essa mediação, nos casos de violência doméstica contra a mulher: A partir do encaminhamento do caso pela delegacia da mulher, independente dos procedimentos legais a serem adotados, a mediação é utilizada durante a intervenção jurisdicional, que tem como foco conhecer e intervir no contexto psicossocial no qual está inserida a família, usando para tal, profissionais qualificados na área de Serviço social e da Psicologia, os quais possibilitarão desenvolver um estudo minucioso da situação.

No Rio de Janeiro, há o Instituto NOOS de Pesquisas Sistêmicas e Desenvolvimento de Rede Sociais que trata de HOMENS AGRESSORES e MULHERES AGREDIDAS, dentre outros, tem o Projeto CONVERSAS HOMEM A HOMEM: Grupo reflexivo de Gênero atuando com profissionais da psicologia e serviço social, que analisam o padrão de comportamento do agressor através de entrevistas, dinâmicas, jogos, atendimento de apoio.

Nas últimas décadas, por força das militantes feministas e provavelmente pela constatação das perdas sociais e econômicas, a violência contra a mulher foi incluída na agenda política dos governos e nos acordos internacionais.

A Convenção de Belém do Pará (1994), define que “a violência contra a mulher constitui uma violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”. (...) “violência contra a mulher é qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”.

As pessoas envolvidas na relação violenta devem ter o desejo de mudar.

É por esta razão que não se acredita numa mudança radical de uma relação violenta, quando se trabalha exclusivamente com a vítima, pois ela pode sofrer algumas mudanças, enquanto a outra parte permanece o que sempre foi mantendo seus hábitos, a relação pode inclusive, tornar-se ainda mais violenta. Todos percebem que a vítima precisa de ajuda, mas poucos veem esta necessidade no agressor. As duas partes precisam de auxílio para promover uma verdadeira transformação da relação violenta.

É preciso trabalhar com os homens, agressores, estimulando-os acerca de suas fraquezas e seus impulsos. O que se quer é que eles se conscientizem de que há outras formas de resolução de conflito. É necessário mostrar para eles, os agressores, que a violência doméstica contra a mulher prejudica toda a família. Sofrem os filhos, as filhas, os parentes próximos e inclusive, ele.

Ao trabalhar com autores de violência, compreende-se que eles não são agressores vinte e quatro horas por dia. Eles podem e devem passar por um processo de responsabilização do seu ato. Eles podem mudar de comportamento. A violência não é natural. É um comportamento aprendido. Quantas vezes, quando um menino apanha na escola de outro menino, ele recebe mensagens dentro da sua casa: ‘amanhã, você vai lá e morde ou bate nele também’. Com isso, acabamos criando uma cultura da violência. A violência fica tão banalizada, que determinadas atitudes violentas passam como não sendo. As duas partes precisam de auxílio para promover uma verdadeira transformação na relação violenta em que vivem. Não se defende aqui a impunidade e a negação do delito que deve ser sancionado. Mas, por outro lado, aparece claro que o problema é mais global do que pensamos. Enquanto não construirmos uma sociedade mais justa e pacífica em todas as suas dimensões, infelizmente não conseguiremos convencer os homens de que “em uma mulher não se bate nem com uma flor”.

O que faz a diferença e traz mudanças é a capacidade de se questionar, ter uma escuta às suas insatisfações e, a partir daí, buscar uma forma de relacionamento que se manifeste numa livre expressão dos sentimentos e emoções, solidariedade e respeito ao jeito do outro ser, cada um permanecendo inteiro no espaço que ocupa.

Considerações finais

É possível aferir que a Justiça Restaurativa surge como uma possibilidade de mecanismo alternativo na seara criminal, buscando complementar este sistema e visando a novas soluções em conformidades às normas jurídicas e princípios fundamentais. Tal modelo de justiça almeja compreender o crime em todos os seus aspectos e consequências, inclusive se fazendo eficaz nos delitos de menor ou maior potencial ofensivo, sempre objetivando a reconstrução das relações e diálogos entre vítima e ofensor, e até mesmo, de uma forma mais ampla, buscando a reintegração deste para com a sociedade, verificando-se, inclusive, que o papel do mediador constitui importante mecanis-

mo na facilitação da comunicação entre as partes, haja vista que estas realizam a autocomposição do conflito que as cercam.

A mediação, tanto na área criminal, como em suas demais modalidades, ao longo dos anos, vem ganhando destaque no direito brasileiro, dada sua importância, não somente sob uma ótica de valor jurídico, mas, sobretudo, social.

Com o estudo pode-se verificar que a chamada Era dos Direitos, vem se consolidando não somente como aquela onde as garantias individuais e coletivas estão em seu auge, mas também como a era da informação e da transformação do meio social. O método tradicional de aplicação de justiça não mais satisfaz uma sociedade agora consciente de seus direitos, e tão necessitada de ver seus princípios e valores prejudicados pelo crime, não somente pela lente da punição estatal. Averiguou-se ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi fundamental para a abertura social na busca do que é justo, pois consubstanciou princípios tão inerentes ao ordenamento jurídico, como o acesso à Justiça. Princípio este que, como visto, facilitou o acesso ao judiciário a toda camada da população, entretanto causou um aumento desmedido do número de ações, freando assim a celeridade nos andamentos processuais.

Assim, o judiciário, em busca de novos métodos de resolução dos conflitos recorre à aplicação da Justiça Restaurativa. Esta modalidade de justiça mostra-se como importante instrumento no auxílio, não apenas na diminuição de demandas repetitivas, mas como forma de reparar as relações sociais comprometidas com a prática ofensiva.

No Brasil sua evidência se faz presente com a Lei de Mediação (lei n. 13.140), no Código de Processo Civil, ao regular sua prática em métodos de autocomposição, bem como a Resolução 225/16 do Conselho Nacional de Justiça, que fortemente recomendou aos Tribunais a implantação de práticas restaurativas em seus territórios. A Justiça Restaurativa se faz cada vez mais necessária, devendo, portanto, ser difundida pelo Poder Judiciário na solução, não somente dos conflitos em si, mas de seus desdobramentos individuais e na coletividade. Apropriando-se das palavras de Freddie Didier Jr, a finalidade da mediação é dar início a uma transformação cultural, da cultura da sentença à cultura da paz. É, portanto, imperioso que diante das mudanças sociais e dos constantes conflitos de uma sociedade desigual, que o judiciário, precisa validar a aplicabilidade da mediação em busca de uma justiça social.

Para concluir, é preciso pensar como a Lei Maria da Penha foi construída de forma democrática e participativa, incluindo realização de audiências públicas em diversos Estados a fim de ouvir das mulheres e das organizações feministas como seria melhor a atuação para as mulheres em situação de violência, entretanto as modificações que são propostas todos os dias à referida Lei no Congresso Nacional, são feitas de cima para baixo, sem ouvir ou dialogar com as principais interessadas em seu pleno funcionamento e efetivação que são as usuárias. Não é possível apagar a história da luta dos movimentos

de mulheres e movimentos feministas que todos os dias lutam para que os números da violência sejam menores, que menos mulheres sejam mortas e estupradas, mas infelizmente o que se tem é um Judiciário que é machista, misógino, patriarcal e que revitimiza, culpabiliza, expõe e deixa impune crimes contra as mulheres.

Referências

AQUINO, Quelen Brondani de; COSTA, Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Carvalho. **Justiça Restaurativa nas Relações de Gênero: recurso adicional na mediação de conflitos envolvendo mulheres em situação de violência doméstica.** Disponível em: < <http://www.cnpq.br/saladeimprensa/noticias/2009/0413a.htm> >. Acesso em setembro de 20220.

BRASIL. **Lei Maria da Penha:** Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação Edições Câmara, 2010. 34 p. [882143]

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 46, 2007.

Dossiê da violência contra a Mulher. Disponível em: <<http://www.agenciapatriciaagalvao.org.br/dossie/violencias/violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres/>> Acesso em setembro de 2021.

GIONGO, Renata Cristina Pontalti. **Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal.** 2010. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. **Lei Maria da Penha: inconstitucional não é alei, mas a ausência dela.** Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. **A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil.** CAMPOS. CH de.(Org). Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 101-118, 2011.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Direitos humanos das mulheres e a transversalidade de gênero no sistema de justiça.** Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 15, n. 22, 2012.

SEVERI, Fabiana Cristina. **O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres.** Revista Direito e Práxis, v. 7, n. 13, 2016.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil.** Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA MEDIÇÃO DE CONFLITOS NO AMBIENTE VIRTUAL: OBSERVAÇÕES DECORRENTES DA PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL EM 2020

Jovina d'Avila Bordoni

Doutora e Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política (Universidade de Fortaleza). Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos (Universidade de Fortaleza). Juíza de Direito no Estado do Ceará

Luciano Tonet

Doutor e Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política (Universidade de Fortaleza). Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos (Universidade de Fortaleza). Promotor de Justiça no Estado do Ceará

Resumo:

Em 2020 a infecção pelo novo Coronavírus (SARS-COV-2) alastrou-se mundialmente, de modo a causar um surto no Brasil. A epidemia em diversos países tornou-se pandemia. Medidas restritivas de isolamento social e o funcionamento de serviços essenciais lideravam os debates. Contudo, os conflitos interpessoais continuaram e necessitava haver respeito à dignidade do ser humano, conforme preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos, 1948, com compromisso de agir com razão e consciência. Assim, trata-se dos direitos humanos e o seu reflexo nas relações interpessoais; da adaptação da mediação ao meio virtual e dos seus avanços. O objetivo da pesquisa é a adaptação dos Centros Judiciários de resolução de conflitos durante a pandemia. Os objetivos específicos, a análise da resolução de conflitos no meio virtual. A metodologia é bibliográfica e documental. Demonstra-se a capacidade de adaptação e eficácia na resolução de conflitos por meio da mediação virtual.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Mediação judicial; Pandemia; Tecnologia.

Introdução

A infecção pelo novo Coronavirus –Covid-19 (SARS-COV-2) que surgiu, inicialmente na China e alastrou-se pelo mundo desencadeou diversos

posicionamentos científicos e relacionados a segurança sanitária que resultou na restrição da circulação de pessoas com a obrigatoriedade de se manterem, na grande maioria, em suas casas, o *lockdown*.

As restrições ao direito de ir e vir, hospitais lotados, ausência de leitos e de insumos médicos, elevado número de mortes, refletindo a falta de garantia ao direito à saúde, sobretudo das vítimas da covid-19, situações surgidas desta crise humanitária, aliadas às necessidades de se continuar seguindo adiante com os serviços públicos essenciais, entre eles os relacionados à Justiça e, diante da incerteza de quando tudo acabaria, fez com que a humanidade desenvolvesse estratégias de seguir neste novo modelo.

Com o impacto da pandemia e conforme as restrições impostas pelos governos e autoridades sanitárias iam se prolongando no tempo e atingindo novas áreas muitas pessoas começaram a questionar sobre o quanto as situações trazidas pela pandemia poderiam significar violação a direitos humanos e fundamentais. No Brasil isto foi muito claro e adquiriu até uma natureza política que polarizou ainda mais a sociedade e acabou por misturar política e saúde, que embora devam ser discutidas conjuntamente, não se misturam às pesquisas e descobertas da ciência. A ciência foi utilizada para justificar tudo, ambos os lados, acabaram por desqualificá-la em sua importância, quer seja quando a utilizavam politicamente ou quando perdiam precioso tempo para refutar os posicionamentos mais voltados à política.

Desta forma o objetivo geral do estudo é demonstrar a essencialidade do cumprimento dos direitos humanos e fundamentais, especialmente do direito ao acesso à Justiça que, inclusive garante os demais, mesmo em situações de crises humanitárias e que qualquer restrição deve vir acompanhada da sua justificativa, acordo e cooperação entre os países. Como objetivos específicos busca-se demonstrar como em situação excepcional de restrição de circulação de pessoas, *lockdown*, a Justiça tradicional, de atos essencialmente presenciais, deve funcionar em outros meios telepresenciais, com a utilização da tecnologia.

A internet possibilita que a Justiça funcione e seja efetiva no meio virtual. A mediação como um dos meios de resolução de conflitos demonstra a sua importância e a possibilidade de aplicação nos mais diversos conflitos, que pode ser denotada com a observância de seu crescimento e a redução de novas demandas ou execuções referentes aos assuntos decididos pela mediação.

Por isso, trata-se no primeiro capítulo do surgimento dos direitos humanos e a sua concretização nas Constituições dos Estados, especialmente no Brasil, como direitos fundamentais. A discussão sobre a possibilidade das restrições destes direitos fez surgir a necessidade de debater os princípios de Siracusa que tratou da necessidade e importância das limitações e mesmo da revogação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1966.

No segundo capítulo avança-se com a exposição sobre os Objetivos de

Desenvolvimento para o Milênio e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, também da Organização das Nações Unidas e como ficariam em face da pandemia. Isto é, com as restrições seriam suspensos ou haveria a possibilidade de harmonia, a hipótese é que muitas das metas e objetivos são necessários inclusive para se superar, com maior efetividade, a crise e reduzir o momento restritivo.

Por isso, no último capítulo trata-se do Poder Judiciário e sua adaptação na resolução de conflitos, especialmente pela mediação, como forma mais efetiva em face da pandemia na resolução definitiva de conflitos entre as partes. Também, da adaptação das mediações ao meio virtual e dos desafios e avanços da tecnologia para auxiliar a Justiça neste ponto. Observa-se por meio de pesquisas trazidas ao presente trabalho o quanto o aumento do número de mediações as coloca como meio efetivo e cada vez mais conhecido na resolução de conflitos.

Portanto, a hipótese que se pretende demonstrar é sobre a essencialidade de se respeitar e cumprir os direitos humanos e direitos fundamentais, mas que estes também podem ser restringidos em virtude de um bem maior, mas nessa hipótese também requer cautela especial, uma vez que as restrições devem vir acompanhadas de alternativas para cuidar dos demais direitos que também devem ser protegidos.

Considerações sobre os Direitos Humanos e fundamentais

Os direitos humanos são consequência da evolução dos direitos da humanidade a partir do século XIX e que, portanto, possui a historicidade como essência sendo as suas fases: dos antecedentes, das declarações, da positivação, da universalização e da especificação, conforme Lopes (2001, p.46). Os antecedentes destes direitos encontram-se no século XVIII, consubstanciados pela independência das colônias inglesas e da Revolução Francesa.

Destes direitos afetos a todos, surgiram os direitos fundamentais concretizados nas Constituições dos diversos países (LUÑO, 2004, p. 45; LOPES, 2001b, p. 35; ALEXY, p. 85, 2008) sendo que no Brasil estão especialmente no art. 5º, da Constituição Federal, além de constarem em diversas outras partes do texto, quer seja explícita ou implicitamente. Os direitos fundamentais, portanto, são normas-princípio que foram positivados, estão presentes no texto constitucional e a sua principal característica é legitimar o agir das pessoas e do Estado.

Ainda, conforme Lopes (2001, p 197), os direitos fundamentais como princípios normativos previstos na Constituição, conforme Alexy (2008, p. 85), atendo-se também a diferença entre regras e princípios. Direitos fundamentais possuem conteúdo decorrente da dignidade humana de Düring, dignidade esta que não é preestabelecida, mas é concreta, decorrente de diversas manifestações conscientes a respeito das necessidades humanas, conforme Agnes Heller, possui objetividade, é universal, decorre da generalização alcan-

çada por um discurso racional e consensualmente construído e que a violação só pode ser constatada posteriormente. Os direitos fundamentais são a positivação dos direitos mais importantes para uma sociedade, possuem um aspecto subjetivo e outro objetivo, assim servem ao indivíduo e à sociedade (LUÑO, 2011, p. 21).

Os direitos fundamentais decorrem dos direitos humanos, portanto, possuem historicidade, e têm como essência a dignidade humana, que norteiam as suas aplicações. Direitos fundamentais são princípios, otimizam interpretações como forma de se alcançar o melhor resultado, também porque legitimam o agir do cidadão e do Estado, em dimensão subjetiva e objetiva.

Desta forma, caso os princípios precisem ser interpretados e as regras aplicadas é fundamental uma hermenêutica apropriada, técnicas de interpretação constitucional para os princípios e convencional (tratados e convenções) para os direitos humanos, por isso a importância de um juiz que garanta direitos fundamentais (OLIVEIRA NETO, 2011, p. 551).

Como se observou os direitos fundamentais decorreram na consolidação de direitos humanos no ordenamento interno tendo como matriz a dignidade da pessoa humana e objetivando particularidades locais. Por isso, importante entender a origem dos direitos humanos, sendo que a sua consolidação se deu no ordenamento internacional após a segunda guerra mundial e as atrocidades que feriam a dignidade humana.

Assim, queria-se prevenir fatos deste jaez e por isso uma das propostas foi um sistema internacional de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2011, p. 175). Isto foi possível, consoante Cançado Trindade (1991, p. 5) a partir da superação da fase legislativa da reserva dos Estados com o reconhecimento gradual da capacidade processual das pessoas e a de agir de órgãos internacionais, tidos como de supervisão.

A Carta das Nações Unidas de 1945 deu origem a uma nova ordem internacional dos direitos humanos, que trouxe agências especializadas para realizar os seus objetivos de manutenção da paz e segurança internacional, cooperação internacional (econômica, social e cultural), padrão internacional de saúde, meio ambiente e proteção dos direitos humanos. Assim as Nações Unidas são compostas da Assembléia Geral, do Conselho de Segurança, Corte Internacional de Justiça, Conselho de Tutela, Secretariado e o Conselho Econômico e Social. Neste contexto pode-se avançar para a importância e reflexos dos direitos humanos, à partir desses órgãos internacionais.

Direitos Humanos e seus reflexos nas relações interpessoais

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, por seus países membros, aprovou os princípios de Siracusa que dispõem sobre limitação e revogação do pacto internacional de direitos civis e políticos, com base no próprio Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ratificado em 6 de julho de 1992, concretizados pelo Decreto 592 de 1992.

No art. 40 do referido pacto há a possibilidade de restrições, em casos excepcionais. Contudo, estas restrições não podem violar, tendo em vista a dignidade da pessoa humana: o direito a vida; a não ser submetido a tortura ou tratamento cruel ou degradante; a não possibilidade da escravidão, da prisão por mero descumprimento contratual, das condenações por atos ou omissão que não constituírem crimes, ou não lhes ser aplicadas benefícios nesta área por lei posterior; reconhecimento da personalidade jurídica e a liberdade de pensamento, consciência e religião.

Assim, para proteger estes direitos, em especial a vida, pode-se limitar direitos como a liberdade de ir e vir. Isto é possível a partir do Pacto de Siracusa, que em seu item 25 trata de questões de saúde pública, que podem ser invocados como motivo para limitar direitos a fim de permitir que os Estados adotem medidas para enfrentar ameaças graves à saúde da população ou de alguns de seus membros. Isto para impedir a propagação de doenças ou que possam impedir o tratamento de enfermos ou lesionados, tudo a partir de normas internacionais sanitárias, da Organização Mundial de Saúde (OMS), também da Organização das Nações Unidas. Por isso, a importância que se dava no início da pandemia da Covid-19 às declarações emitidas e documentos expedidos pela OMS.

O Pacto de Siracusa data de 1984 foi discutido durante a 41ª Assembleia Geral das Nações Unidas. Entidades internacionais apoiaram os juristas do direito internacional que estabeleceram os princípios. O Brasil participou da elaboração, ao lado do Canadá, Chile, Egito, Estados Unidos, França entre outros. A intenção concretizada nos artigos do referido documento foi de estabelecer um padrão internacional de limitação, em casos excepcionais, dos direitos e liberdades previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Portanto, o desafio é identificar os princípios e direitos reconhecidos por grande parte dos países que assinaram a convenção, bem como das limitações aos mesmos direitos e daqueles que não admitem restrições. Observar os requisitos quando houver necessidade da restrição e acompanhar para que tão logo seja possível as restrições deixem de ser exigidas.

Assim, deve-se ter em vista, conforme o Pacto de Siracusa, quatro objetivos que devem estar presentes para que a restrição seja possível de ser implementada: 1º) se a restrição que se pretende e os seus motivos estão presentes no Pacto; 2º) se há urgência para resposta à necessidade pública; 3º) se é legítima e 4º) se é proporcional, isto é, se é razoável e adequada.

O Pacto de Siracusa e os objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU

Outra pergunta que se poderia fazer: é possível conciliar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável-ODS, da Organização das Nações Unidas com o Pacto de Siracusa? Assim, surgem as questões que envolvem a excep-

cionalidade. Isto é, as restrições possibilitadas pelas condições excepcionais coadunam-se ou não com os objetivos de desenvolvimento sustentável ou estes somente se aplicariam em situações de razoável normalidade?

Em uma busca pelo aperfeiçoamento dos direitos humanos quer seja por maior implantação, quer por maior efetivação a Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável tratou da Agenda 2030, isto no ano de 2015, que por sua vez decorreu da Cúpula Rio + 20 em 2012, composto por mais de 70 países, incluindo o Brasil. Posteriormente em 2000 houve, pelos Estados membros da ONU, a expansão dos objetivos para o desenvolvimento do milênio (ODM).

Os objetivos de Desenvolvimento Sustentável entraram em vigor em 1º de janeiro de 2016 e estender-se-á até 2030, são 17, sendo 16 temáticos e 1 sobre a implantação, que se desdobram em 169 metas e 231 indicadores. Assim, a pretensão é a de estabelecer um plano para um futuro melhor para todos.

Por isso, pode-se observar que o Pacto de Siracusa estabelecido anteriormente às ODS deve respeitá-las, mesmo sendo regras restritivas para situações excepcionais. Obviamente não se aplicará igualmente em todas as situações, mas isto não quer dizer que ficariam suspensos durante excepcionalidades. Devem ser aplicados em relação ao desenvolvimento social, econômico e ambiental, tanto para a sociedade civil, quanto para os governos.

Os objetivos de Desenvolvimento Sustentável, extensão dos Objetivos para o Desenvolvimento Milênio visavam os países mais pobres já que procura: 1) erradicar a pobreza e a fome, nas suas piores formas; 2) educação básica para todos; 3) igualar os gêneros com o empoderamento feminino; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde das mães; 6) combater doenças como HIV/AIDS e malária e 6) tratar da sustentabilidade ambiental, garantindo-a. Portanto, as restrições do Pacto de Siracusa, conforme o próprio pacto, por tratar da vida deve se atentar aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

A pretensão dos ODS foi de tratar do que os ODM não alcançaram com especial atenção para consumo, clima, igualdade econômica, inovação, diversidade, paz e justiça. Para tanto, os objetivos devem se conciliar com a contemporaneidade, com a sociedade da informação e troca das mesmas, com a utilização da tecnologia e com atenção à inovação. Levy (1993, p. 7) tratou de novas maneiras de convivência nesta sociedade e Catalini *et al* (2004, p. 62) dos computadores como ferramentas de comunicação. Realidade que não pode se deixar de tratar, em especial, em relação a conflitos surgidos em decorrência da pandemia ou que nela deveriam ser solucionados. Portanto, as restrições trazidas pelo pacto de Siracusa e conforme o que foi visto em relação as ODS, fizeram surgir a necessidade de outras formas de solucionar conflitos para se alcançar os seus próprios objetivos, como a Justiça em si até a saúde e educação, dentre os demais.

Adaptação da mediação aos meios virtuais

Muitas transformações ocorreram na vida de muitas pessoas, nos mais diversos setores da economia em virtude da COVID-19, inclusive no sistema de justiça brasileiro. Logo no início da pandemia no Brasil, em 19 de março de 2020 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), determinou o trabalho remoto com a possibilidade de realização das audiências e atos processuais, virtualmente, em todo território nacional, por meio da Resolução nº 313, de 19 de março de 2020.

De forma emergencial juízes e servidores passaram a trabalhar no sistema de *home office*. De repente, foi necessário conhecer e utilizar vários tipos de plataformas que não faziam parte do cotidiano forense, a fim de que as comunicações fossem garantidas, uma vez que havia o isolamento social, com a restrição da circulação das pessoas.

Diante das mudanças as relações sociais sofreram grandes modificações e o Judiciário, em face do princípio da continuidade da prestação jurisdicional, não deixou de desenvolver seus serviços, de forma que o trabalho remoto e as videoconferências tornaram-se necessárias. Servidores e a comunidade em geral foram aprendendo a utilizar as plataformas, em grande parte, por conta própria.

Na área autocompositiva, os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC), que são unidades judiciárias idealizadas pela Resolução do CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, encarregadas de realizarem as audiências de mediação e conciliação, sob a responsabilidade de mediadores e conciliadores judiciais, também buscaram agilizar e continuar atuando na resolução de conflitos com a utilização de recursos tecnológicos. Aqui um novo e grande desafio, considerando que toda a aproximação das partes realizada pelos conciliadores e mediadores se dá a partir da presença física, da linguagem corporal muitas vezes até mais importante que a verbal, mas tudo precisava se adaptar.

Em pesquisa realizada com os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos no Brasil, antes do início da pandemia, Bordoni (2020, p. 229-241) informa que a maioria dos Centros Judiciários (77,82%), não utilizava a tecnologia para a realização de audiências de videoconferência, enquanto uma parcela menor (22,18%) conseguiu implementar esse serviço. Embora tenha sido constatado na pesquisa que o uso da tecnologia está presente nos Centros Judiciários, com a utilização do sistema eletrônico, bem como que a maior parte dos entrevistados a considera muito importante (60,76%) ou importante (35,07%). Apenas uma pequena parcela a considera de pouca importância (3,82%) ou sem importância (0,35%).

A pandemia e a quarentena mostraram a existência de alternativas, uma vez que a sociedade possui a capacidade de se adaptar aos novos modos de viver, quando é necessário, e existe um sentimento de que isto corresponde

ao bem comum. Nesse sentido, torna-se propício a reflexão de alternativas relacionadas ao modo de vida, de produção, de consumo e de convivência nesse início do século XXI (SANTOS, 2020).

O momento pandêmico abriu espaço para a modernização com o uso de plataformas virtuais. No período de pandemia, o Centro de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC) de Fortaleza, Estado do Ceará, no Brasil, a fim de fomentar os acordos, utilizou-se do ambiente virtual, o que resultou em um crescimento no número de audiências. Em julho de 2020, quando da implantação das sessões por videoconferência, foram agendadas 118 audiências. Em agosto de 2020 o número subiu para 410 e, em setembro de 2020 para 773 em setembro, o que representou um salto de 555% em três meses. (TJ-CE Notícias, 2020).

As audiências por videoconferências cresceram significativamente durante o período de trabalho remoto, tanto que o Centro de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC) de Fortaleza, que funcionava com dez salas virtuais, passou a ter mais oito espaços remotos a partir de junho de 2021 em um total de 18 ambientes para a realização de sessões virtuais de mediação e conciliação (TJ-CE notícias, junho de 2021).

O momento de pandemia, embora cheio de adversidades, trouxe por meio das atividades virtuais uma nova via para resolução das demandas que aportam ao Judiciário, proporcionando uma aproximação, auxiliada por um mediador ou conciliador, atendendo de forma rápida e com possibilidade de diálogo, pela via autocompositiva.

Embora aos litígios antigos, agreguem-se aos novos, alguns resultantes de situações específicas vivenciadas em virtude da pandemia, como os relacionados às consequências da demissão e repactuação de contratos trabalhista; renegociação de dívidas e tratamentos de saúde, dentre as demais situações que aumentaram ou surgiram durante a pandemia.

Os fenômenos sociais são complexos e decorrem muitas vezes de diversos fatores combinados, qualquer que seja, é difícil de ser explicado enquanto ainda está ocorrendo. As mudanças advindas da pandemia do novo Coronavírus vêm apontando para fortes rupturas entre o mundo que se conhecia, o que se teve contato durante os períodos de isolamento social e o que está por vir no pós-pandemia, nos mais diversos setores. Esse caminho, que não foi uma opção, mas a forma como as pessoas vão ou podem lidar com os conflitos, foi imposto, de certa forma, e cada um vem lidando conforme as suas habilidades, capacidades e resiliência. Essas mudanças que também afetam a esfera jurídica, vêm com a convocação para que sejam repensadas as formas como, tradicionalmente, lida-se com os conflitos (FILPO, 2020).

A realização de audiência de mediação e conciliação com o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis segue em busca da possibilidade que a tecnologia possui em fornecer maior alcance às atividades judiciais e atingir o maior número de pessoas, transpondo barreiras espaciais e temporais. As ferramentas voltadas à utilização da tecnologia tendem a ser ampliadas e

aperfeiçoadas, a fim de que a experiência vivenciada durante a pandemia seja adotada como continuidade de processo de aprimoramento das relações entre o Judiciário e o jurisdicionado.

A sociedade reaproximou-se pelo meio virtual nos momentos em que as restrições impostas por governos as impediam de reunir-se presencialmente. Da mesma forma, o Judiciário trouxe virtualmente as partes, de modo a não parar com as suas atividades e assim não gerar um problema social ainda maior, o que foi possível pela internet e pelos meios que estavam à disposição, mas que com a pandemia sofreram uma enorme utilização. A falta de outras opções por um lado gerou o acesso à Justiça por outro com agilidade, comodidade e transparência.

A partes e advogados experimentaram a possibilidade de não mais terem que se deslocar às sedes do Poder Judiciário, aos Fóruns, para obtenção de informações sobre a situação do processo ou para a prática de diversos atos processuais, acesso que antes o próprio judiciário restringia, o que trouxe dúvidas e desafios em relação a essa nova forma de relacionamento.

Os efeitos e desafios da utilização dos meios virtuais

Os meios virtuais trazem várias vantagens e facilidades uma vez que podem ultrapassar os marcos temporais e geográficos, de forma que uma pessoa acessa sua audiência por teleconferência de qualquer local e em qualquer horário, sem necessidade de deslocamento.

No entanto, quando se trata do assunto, surge o questionamento quanto à inclusão digital que se relaciona à capacidade das pessoas em acessar os meios virtuais sem qualquer tipo de limitação ou embargo. A exclusão digital, problema social no atual contexto, revela-se como um obstáculo muito além da utilização das redes sociais e que pode influenciar no exercício da cidadania.

As tecnologias de comunicação e informação (TIC) correspondem ao aparato tecnológico que proporciona a conexão às redes sociais e à internet e compõem-se de programas e aplicativos. Em 2014 a ONU publicou um relatório que tratava da promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão. Neste, reconheceu a importância da conexão via meios tecnológicos, já que, segundo o documento, desconectar pessoas da internet seria uma violação dos direitos humanos.

A exclusão digital pode relacionar-se a vários fatores. Um deles é a falta de equipamentos para o acesso à internet, como computador e celular, embora a pesquisa realizada pelo IBGE demonstre aumento na utilização de aparelhos celulares.

Segundo informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), do IBGE que pesquisou, no quarto trimestre de 2018, o acesso dos domicílios à Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), no Brasil, entre os anos de 2017 e 2018, o percentual de pessoas que possuíam

celular próprio subiu de 78,2% para 79,3%, chegando a 82,9% nas áreas urbanas e a 57,3% nas rurais. No mesmo período, o percentual de utilização da internet nos domicílios subiu de 74,9% para 79,1% (IBGE-PNAD, 2018). Referida exclusão também está relacionada a falta de acesso à internet, muitas vezes por falta de capacidade econômica para pagar pelo serviço.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) demonstrou que em 14.991 domicílios brasileiros não havia internet, sendo que se destacaram três motivos: para 84,4% seria a falta de interesse; para 34,7% o serviço de acesso à Internet comprometia a renda; em 25,4% nenhum morador tinha conhecimentos básicos para utilizar a Internet.

Ainda, 24,3% não utilizavam a internet por outros motivos apresentados, como indisponibilidade na área do domicílio (7,5%) ou alto custo do equipamento para conexão (4,7%) (IBGE-PNAD, 2018).

Outra possibilidade para contribuir com a exclusão social está na capacitação do usuário em utilizar das ferramentas tecnológicas e que atinge os menos escolarizados ou idosos, seja em relação aos textos e indicações na internet que muitas vezes são escritos em língua estrangeira, seja por serem complexos para estes usuários e, portanto, de difícil interpretação.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) o nível de instrução pode influenciar. No entanto, o uso da internet vem sendo disseminado e impulsiona também a sua utilização em segmentos de níveis de instrução mais baixos. Em 2018, o percentual de pessoas que utilizaram a internet e que estavam sem nível de instrução foi de 12,1%, enquanto aquelas que estavam no fundamental incompleto alcançaram 55,5% e no superior incompleto atingiu 98,3% (IBGE-PNAD, 2018).

A exclusão institucional causada também pelo difícil ou não acesso a internet compromete a cidadania uma vez que vários serviços públicos são oferecidos exclusivamente por meio virtual. Um exemplo disto, foi o agendamento das vacinas contra o Sars-Covid-19 na cidade de Fortaleza, sendo que o município lançou uma plataforma digital para o cadastro e a consulta em relação a vacinação e locais de aplicação. Hoje, em uma sociedade contemporânea, informações importantes estão e são obtidas com o uso da internet, como expedição de documentos e acesso às audiências virtuais.

A exclusão institucional, em que as pessoas precisam de algum acesso para obter determinado serviço e não conseguem, gera problemas, comprometendo a cidadania, pois em uma sociedade que se utiliza a todo momento desses recursos, como expõem Lemos e Lévy (2010, p. 151), as informações mais importantes estão na internet e podem auxiliar as pessoas mais pobres, já que relacionados à saúde, educação, desenvolvimento econômico e participação democrática. Portanto, desde a expedição de documentos ao acesso às audiências virtuais. Assim, a exclusão digital aumenta e cria novos problemas sociais.

A capacitação dos usuários, é o mínimo para que se possa avançar nas questões referentes ao acesso à Justiça, como exposto por Watanabe (1988,

p. 128), — não apenas possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição do Estado, mas viabilizar o acesso “à ordem jurídica justa”. Outras questões também surgem como a Lei Geral de Proteção de Dados, que deve caminhar conjuntamente (CHELIGA; TEIXEIRA, 2019, p. 90).

Em virtude de tudo isto, é importante o fortalecimento de políticas públicas que visem o acesso aos meios virtuais, o que passa por investimentos tanto do setor público, quanto do privado, em tecnologia que permita o acesso e o acesso de qualidade a todos, indistintamente, especialmente em áreas de menor poder aquisitivo.

Conclusão

A surpresa causada pela pandemia do novo Coronavírus (SARS-19) fez surgir a necessidade de medidas extremas a serem tomadas por governos e autoridades sanitárias. Após o momento inicial começaram a surgir questionamentos quanto a restrição dos direitos humanos e fundamentais e os conflitos entre as pessoas continuaram a existir, novos sob novos formatos surgiram e os antigos precisavam ser resolvidos.

Diante, também de determinações internacionais para o cumprimento dos direitos humanos, inclusive objetivos certos e determinados, surgiu a necessidade de um atuar diferenciado e possibilitado pelo uso da tecnologia.

Assim, as restrições a direitos humanos foram necessárias, mas foram fundamentadas em documentos internacionais como os princípios de Siracusa. Também, que a garantia dos direitos não deixou de ser prestada pelo Poder Judiciário, ao contrário, este se reinventou, passou a utilizar mais da tecnologia, inclusive isto fez com que muitas das ferramentas tecnológicas fossem mais bem aperfeiçoadas pelos seus desenvolvedores.

O Poder Judiciário passou a realizar atendimentos, audiências e inspeções pelos meios virtuais. A mediação como meio alternativo de resolução de conflitos foi implementada no meio virtual e o número de audiências cresceu 555% em três meses no Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos de Fortaleza, no Estado do Ceará, Brasil. Isto demonstra o potencial de atender as demandas e, vai além, pois atende aos objetivos essenciais da própria mediação onde as próprias partes ativamente resolverem suas demandas, o que faz com que se evite novos litígios e, atinja-se a efetiva pacificação social.

Também, observa-se como desafio da Justiça avançar de forma a minorar ao máximo a exclusão digital, que embora não se confunde com a exclusão social, não raro afetam o mesmo grupo de pessoas, como a grande maioria de moradores de rua, entre outras pessoas que compõem os grupos vulneráveis ou em situação de vulnerabilidade.

Respostas governamentais voltadas para a ampliação do acesso a dispositivos tecnológicos e a internet mostraram-se fundamentais, especialmente em momentos de restrições a direitos como o ir e vir ou quando do fechamento físico de determinados órgãos públicos. Também, que determinadas

políticas públicas podem ser concretizadas pelos meios virtuais, o que demandam investimentos.

O acesso ao Judiciário, o que pode se dar pelo acesso virtual aos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos possibilita o acesso à Justiça, garante a continuidade de serviço essencial, inclusive por ser responsável pela autocomposição em outros direitos fundamentais como o da saúde, dentre diversos outros. O direito a uma Ordem Jurídica Justa, com empréstimo da expressão utilizada por Kazuo Watanabe (1988) pode ser alcançado por meio de resolução autônoma de conflitos e garante os direitos humanos previstos nos documentos internacionais. O desafio dos direitos humanos conforme exposto por Bobbio (1992) são a sua efetivação, a pandemia demonstrou um novo caminho, o meio virtual, que também traz novos desafios alcançar a todos.

Referências

ALEXANDER, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva, Malheiros: São Paulo, 2008.

BRASIL. CNJ. Resolução nº 125, de 29 de setembro de 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 05 set. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 19. Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BORDONI, Jovina d'Ávila. O uso das tecnologias de informação e comunicação na resolução dos conflitos por meio da mediação e da conciliação: um estudo dos centros judiciários de solução consensual de conflitos no Brasil. 2020, 292p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional Público e Teoria Política) – Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CATALINI, Luciane *et al.* **E-commerce**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

CEARÁ. Justiça do Estado do Ceará. Audiências virtuais de conciliação no Cejusc de Fortaleza crescem 555% entre julho e setembro. **Notícias TJCE**, 08 outubro 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/audiencias-virtuais-de-conciliacao-no-cejusc-de-fortaleza-crescem-555-entre-julho-e-setembro/>>. Acesso em: 05 set. 2021.

CEARÁ. Justiça do Estado do Ceará. Novas salas virtuais do Cejusc de Fortaleza vão possibilitar até 92 sessões diárias de conciliação. **Notícias TJCE**, 01 junho 2021. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/novas-salas-virtuais-do-cejusc-de-fortaleza-va-possibilitar-ate-92-sessoes-diarias-de-conciliacao/>>. Acesso em: 05 set. 2021.

CHELIGA, Vinícios; TEIXEIRA, Tarcísio. **Inteligência artificial: aspectos jurídicos**. Salvador: JusPodivm, 2019.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Em tempos de covid-19, negociação, conciliação e mediação podem ser usados sem restrição!** 2020. Disponível em: <<https://>

www.researchgate.net/ publication/340514389_EM_TEMPOS_DE_COVID_19_NEGOCIACAO_CONCILIACAO_E_MEDIACAO_PODEM_SER_USADOS_SEM_RESTRICOES_IN_TIMES_OF_COVID-19_NEGOTIATION_CONCILIATION_AND_MEDIATION_CAN_BE_USED_WITHOUT_RESTRICTIONS. Acesso em: 05 set. 2021.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Dimensões de direitos humanos na resposta à COVID-19**. 23 mar 2020. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339654>>. Acesso em 20 out. 2021

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), 2018. **PNAD Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país**. 29-04-2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais>>. Acesso em: 08 set. 2021.

LEMONS, Andre; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulus, 2010.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: O futuro do pensamento na era da informática**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**, São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 9, n. 34, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001b, p. 168-183.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez; DÍAZ, Ramon Luis Soriano; TORRES, Carmelo José Gómez. **Diccionario jurídico: Filosofía y teoría Del derecho e informática jurídica**. Granada: Comares, 2004.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

NACIONES UNIDAS (UN). Consejo Economico y Social. Situacionon de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. 1984. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/1985/4>. Acesso em: 20 out. 2021.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdiccional. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011. Quadrimestral.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS – 1966. Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/pacto-internacional-dos-direitos-civis-e-politicos.html>>. Acesso em 20 out. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. São Paulo: Boitempo, 2020. E-Book.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GESTÃO PROCESSUAL ADEQUADA EM PROCESSOS ESTRUTURAIS: ESTUDO DE CASO DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADPF N. 709

Lilia Nunes Silva

Universidade Católica de Petrópolis, mestra em Direito e pesquisadora, Petrópolis/
BR. lilianuness@hotmail.com

Marcelo Pereira de Almeida

Universidade Católica de Petrópolis, professor permanente do PPGD e coordenador
de pesquisa científica, Petrópolis/BR. mpalmeida04@yahoo.com.br

Resumo:

A pandemia da COVID-19 expôs a importância do direito à saúde e, no Brasil, destaca-se a necessária tutela dos povos indígenas para garantia mínima deste direito fundamental social via políticas públicas eficazes ante a sua maior fragilidade. Como essa ainda não é a realidade, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Constitucional ADPF n. 709. No bojo da referida ação, observa-se um conflito multifacetado e de natureza estrutural, posto que presente a mutabilidade fática, várias possibilidades de solução e interesses diversos em jogo (conflituosidade e complexidade). O contexto reclama uma gestão processual diferenciada e com decisões de perfil mais dialógico, menos impositivo, proferidas após participação ativa dos sujeitos processuais relevantes no tema (indígenas, especialistas em saúde, órgãos públicos), tudo para que se alcance o objetivo de desenvolver adequadamente a política pública sanitária. O objetivo da pesquisa, portanto, é analisar as características das decisões proferidas na ADPF nº 709, seja pela relevância do tema tratado (direito à saúde dos povos indígenas), seja pelo caráter diferenciado do processo estrutural (processo que visa a reestruturação de políticas públicas). A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica e o estudo de caso.

Palavras-chave: Processos estruturais; Decisão judicial; Saúde indígena; Covid-19; ADPF 709.

Resumen:

La pandemia del COVID-19 puso de manifiesto la importancia del derecho a la salud y, en Brasil, se destaca la necesidad de proteger a los pueblos indí-

genas para garantizar en mínimo este derecho social fundamental a través de políticas públicas eficaces, dada su mayor fragilidad. Al no ser así, la Acción Constitucional ADPF n° 709 sigue en apreciación por el Supremo Tribunal Federal. En el marco de la citada acción, se observa un conflicto multifacético de carácter estructural, dado que existe mutabilidad fáctica, varias posibilidades de solución y diversos intereses en juego (conflictuosidad y complejidad). El contexto exige una gestión procesal diferenciada, con decisiones más dialogantes y menos impositivas, dictadas tras la participación activa de los sujetos procesales relevantes (indígenas, especialistas en salud, organismos públicos), todo esto para lograr el objetivo de desarrollar adecuadamente la política pública de salud. El objetivo de la investigación, por lo tanto, es analizar las características de las decisiones dictadas en la ADPF n° 709, sea por la relevancia del tema abordado (derecho a la salud de los pueblos indígenas), sea por el carácter diferenciado del proceso estructural (proceso dirigido a la reestructuración de las políticas públicas). La metodología adoptada fue la revisión bibliográfica y el estudio de casos.

Palabras-clave: Procesos estructurales; Resolución procesal; Salud indígena; Covid-19; ADPF 709.

Abstract:

The covid-19 pandemic exposed the importance of the right to health and, in Brazil, the need to protect indigenous peoples to ensure a minimum guarantee of this fundamental social right via effective public policies is highlighted, given their greater fragility. As this is not yet the case, the Constitutional Action ADPF n. 709 is pending before the Supreme Federal Court. In the context of the aforementioned action, a multifaceted conflict of a structural nature can be observed, given that there is factual mutability, various possibilities for a solution and diverse interests at play (conflict and complexity). The context calls for a differentiated procedural management with more dialogic, less impositive decisions, handed down after the active participation of the relevant procedural subjects (indigenous people, health specialists, public agencies), all in order to achieve the objective of adequately developing the public health policy. The objective of the research, therefore, is to analyze the characteristics of the decisions handed down in ADPF n. 709, whether due to the relevance of the theme addressed (indigenous peoples' right to health), or due to the differentiated nature of the structural procedure (process aimed at restructuring public policy). The methodology adopted was a bibliographical review and a case study.

Keywords: Structural procedure; Judicial decision; indigenous health; Covid-19; ADPF 709.

1) Introdução

O artigo busca apontar direções para a prolação de decisões adequadas ao perfil de demandas estruturais, sendo o presente um recorte da pesquisa desenvolvida pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Petrópolis no ano de 2021, no âmbito do Grupo de Pesquisa “OBSERVATÓRIO DE REFORMAS PROCESSUAIS”. Destaca-se também que a pesquisa teve suporte da PROSUC/CAPES, haja vista que a coatora Lília Nunes Silva era discente bolsista do PPGD.

O contexto temporal da pesquisa foi a pandemia de Covid-19 no Brasil em 2020 e analisada a ação constitucional Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 709, proposta no âmbito do Supremo Tribunal Federal e que objetiva o controle jurisdicional das políticas públicas sanitárias adotadas ou não pelo Governo Federal para a proteção dos povos indígenas.

O procedimento judicial objeto da pesquisa é público, em formato eletrônico e, em vista disso, de livre acesso aos interessados que buscarem no sítio eletrônico do tribunal, especialmente aos que tenham familiaridade com a área jurídica.

O objetivo da pesquisa foi analisar as características das decisões proferidas na ADPF n. 709, seja pela relevância do tema tratado (direito à saúde dos povos indígenas), seja pelo caráter diferenciado dos processos que tratam de litígios estruturais (visando a reestruturação de políticas públicas ou atividades de interesse público).

A relevância do tema se justifica pela excepcionalidade da intervenção judicial em políticas públicas, tendo em vista que, ordinariamente, a atribuição para as escolhas e execução de atividades de interesse público não cabe ao Poder Judiciário e, no caso investigado, a corte suprema brasileira assumiu a direção e acompanhamento da política pública sanitária de proteção dos povos indígenas.

Na primeira seção, serão pontuadas as questões basilares para compreensão dos litígios e decisões estruturais e, na segunda, realizado o estudo de caso das decisões proferidas na ADPF n. 709 até o dia 18.06.2021.

A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica e o estudo de caso.

2) Os litígios e as decisões estruturais

Os direitos fundamentais sociais podem ser tutelados pela via difusa, em demandas individuais, ou pela via coletiva, sendo os processos estruturais um dos meios para assegurá-los, sendo realidade no Brasil o perfil de demanda que busca a efetivação destes direitos.

As decisões proferidas em processos que discutem direitos dessa natureza e nos quais a sua efetivação não se resume numa solução de caráter estanque, podem ser chamadas de estruturais ou estruturantes, porque os tribunais, para garantir o seu cumprimento e respeito ao longo do tempo, não somente

reconhecem direitos e ordenam condutas aos responsáveis, mas também supervisionam as práticas e políticas adotadas pelas instituições que estão sob a tutela judicial.

Nesse contexto, importa alertar que a atuação jurisdicional de intervir em políticas públicas se legitima tão somente como *ultima ratio* e no objetivo de garantia e defesa de direito fundamental, pois não é sua atribuição fazê-lo por esta forma de intervenção, sob pena de substituir-se ao administrador eleito nas suas decisões de natureza discricionária (ALMEIDA; DEUS, 2019, p. 270).

Segundo Leandro Giannini, o controle judicial de políticas públicas se legitima ao atuar como ferramenta motora da participação cidadã rumo a reformas estruturais complexas, ilustrando a afirmação ao analisar um *habeas corpus* coletivo julgado pela Corte Suprema argentina. Seu argumento para isso é que, quando as omissões denunciadas na demanda são sistemáticas e decorrentes de deficiências estruturais do sistema, afetando de maneira relevante grupos de pessoas, a ordenação de condutas positivas dos juízes às entidades para fazer cessar as reiteradas vulnerações de direitos coletivos as legitimam e, assim, acabam transformando esse tipo de processo em litígios estruturais (GIANNINI, 2021, p. 151-152).

Nos processos considerados estruturais, os elementos da complexidade e da conflituosidade são de alta incidência (VITORELLI, 2019, p. 321) e, ainda que estejam sempre presentes em demandas de natureza coletiva, não se verifica na mesma proporção em outros tipos de demandas que envolvem coletividades.

Na temática da pesquisa realizada, esses dois elementos orbitam na esfera dos diretamente atingidos pela conduta dos agentes responsáveis pela política pública objeto da controvérsia. Compreende-se apenas ser possível construir um modelo de tratamento adequado para esses conflitos com atuação consciente dos órgãos judicantes quanto à complexidade dos litígios envolvendo o desenvolvimento de políticas públicas (variadas possibilidades de ação visando o resultado pretendido), tanto quanto da potencial conflituosidade entre os interessados/atingidos sobre qual a melhor estratégia de ação dos atores sociais envolvidos.

O litígio estrutural, portanto, tem como característica marcante ser um conflito de interesses policêntricos, na medida em que a coletividade ou os grupos atingidos podem possuir pretensões distintas quanto à solução do problema, sendo também atingidos de forma distinta. É mais, a violação de direitos causadora do litígio decorre do modo como dada estrutura burocrática funciona, razão pela qual necessita se reestruturar (VITORELLI, 2018, p. 154). Em linhas gerais, pontua-se que “essa reestruturação se dará por intermédio da elaboração de um plano aprovado pelo juiz e sua posterior implementação, geralmente ao longo de um considerável período de tempo” (VITORELLI, 2018, p. 157).

Dessa maneira, ainda que a atividade jurisdicional se faça proeminente,

terá cunho mais diretivo e propulsor das mudanças sociais almejadas, atuando de forma integrada aos sujeitos intervenientes da demanda estrutural que contextualizam a realidade fática e os meios de obtenção das soluções.

A decisão proferida em processos de natureza estrutural não corresponde ao julgamento de um conflito de interesses bipolarizado, tendo como resultado a imposição de condutas – ou a abstenção delas – ao vencido. Em outras palavras, aquele típico processo de perfil rivalizante, baseado na pretensão do autor contraposta à resistência do réu. O que se almeja é a reorganização ou estruturação de determinado ente ou estrutura burocrática de interesse público, isto é, um processo de implementação de direitos não antes concretizados em virtude do problema estrutural.

A atuação judicial que culmina no ato decisório, por esta nova perspectiva, há de ser redimensionada para não ser arbitrária (ultrapassando os poderes que a Constituição lhe concede) ou omissa (negando a implementação de direitos fundamentais sociais e/ou a cessação de sua violação).

Os interesses policêntricos, com a complexidade e a conflituosidade a eles inerentes, sugere intervenção processual que procure uma terceira via para se adequar às necessidades reais do caso, exigindo alguma forma de atuação continuada e sujeita a sucessivas adaptações (OSNA, 2021, p. 469).

À vista disso, é comum o emprego dos chamados provimentos em cascata para solução de problemas existentes no decorrer do processo. Primeiro, será proferida uma “decisão-núcleo”, de caráter mais genérico e “que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado”. A fim de implementar essa primeira decisão, faz-se necessária a prolação de outras decisões, para solucionar problemas e questões pontuais que surgirem ao longo do cumprimento da “decisão-núcleo”, assim como para especificar alguma prática devida (ARENHART, 2013, p. 12).

Não há uma decisão única, estabelecadora da solução e dos parâmetros para efetivação dos direitos reconhecidos. Até porque a complexidade e a mutabilidade fática presentes no conflito demandarão a adaptabilidade do procedimento, seja pelas necessidades já presentes, seja pelas que surgirem no curso da instrução e da implementação das medidas estruturais.

A metodologia das decisões em processos estruturais segue em uma dinâmica de tentativa-erro-acerto, onde, à medida que a cadeia de decisões se desenvolve, ocorre um processo de avanços e retrocessos na busca de proteção do direito afirmado (ARENHART, 2013, p. 13), com a seleção do melhor resultado e que atenda adequadamente aos fins propositivos do plano de ação. Como o provimento não se encerra de pronto, tratando-se de uma intervenção jurisdicional continuada, é exigida constante fiscalização e ajustes, e pode assumir, então, uma composição institucional periodicamente monitorada e revista circunstancialmente (OSNA, 2021, p. 470).

A única lógica que se agrega às pretensões de uma demanda estruturante, pelo exposto, é a de um processo dialógico, viabilizado pela plenitude de

participação dos atores sociais relevantes, seja como parte formal ou qualquer outra maneira de interação viabilizada ao longo do procedimento. Dentro de ambiente mais aberto, o objeto da cognição não permanece estático, de modo que se absorvam os elementos trazidos pelos sujeitos processuais para compor as melhores e possíveis estratégias a serem traçadas pela decisão judicial.

A necessária comunicabilidade entre os participantes do rito processual viabiliza ferramentas promotoras de consensos como a mediação, a conciliação, as audiências públicas e os diálogos institucionais, algumas das peças cruciais para a efetividade do processo e que consistem em facilitadores do encontro de soluções, desejavelmente que sejam compartilhadas entre os sujeitos envolvidos e assim alcancem o objetivo da ação.

Ao dotar-se de maior abertura dialógica, de vez que a tutela esperada é deveras complexa, trata dos aspectos de impacto social elevado e relacionados a diferentes valores coletivos mediante contribuição dos próprios envolvidos, para formação do provimento e seu contínuo aprimoramento. Seguindo este caminho, a atuação do Judiciário fica mais propensa a obtenção de consensos, tornando o processo um palco de negociações e debates prospectivos na busca de uma regulação razoável (OSNA, 2021, p. 470).

Os resultados desse processo, por conseguinte, mais colaborativo, é a construção da decisão, empregada como o termo genérico de uma série de provimentos judiciais, não estáticos e imutáveis, na busca de alcançar a finalidade social pretendida, tanto na fase de conhecimento como de execução.

3) Estudo de caso das decisões na ADPF n. 709

A análise do caso foca-se em questões relacionadas à legitimidade das partes (representação adequada); participação da sociedade; polaridades na demanda; existência de diálogo entre os sujeitos processuais (integração entre as partes diretas e influência das partes indiretas nos resultados do processo); perfil ativista ou contido do Ministro julgador; ambiente processual cooperativo; condução dialógica do processo; incidência de flexibilização subjetiva, do objeto de cognição e da estabilização da demanda; existência de ordens imperativas para implementação de medidas e, principalmente; a técnica decisória adotada.

Inicialmente, esclarece-se que os dados processuais foram coletados do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), onde foi realizada consulta processual com os dados de registro da ação e, no resultado encontrado, selecionou-se a aba de peças processuais, na qual estavam disponíveis em arquivo individuais de formato PDF todas as petições, documentos, intimações, ofícios, certidões e decisões (despachos e acórdãos).

Pois bem, em 1º de julho de 2020, a Articulação Dos Povos Indígenas Do Brasil (Apib) e os partidos políticos Partido Socialista Brasileiro (PSB), Rede Sustentabilidade (REDE), Partido Comunista Do Brasil (PCdoB), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido

Socialismo e Liberdade (PSOL) propuseram Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tendo por objeto o conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por Covid-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana, aos direitos à vida e à saúde, bem como ao direito de tais povos viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições.

Neste sentido, pleiteiam que o Governo Federal instale e mantenha barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos isolados e de recente contato; providencie o funcionamento efetivo de uma Sala de Situação para discussão e coordenação das ações necessárias, composta por representantes do Ministério Público Federal (MPF), Defensoria Pública da União (DPU) e dos povos indígenas, a serem indicados pela Apib; tome todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Arari-bóia, Munduruku e Trincheira Bacajá; determine que os serviços do Sistema de Saúde Indígena do SUS devam ser prestados a todos os indígenas no Brasil, inclusive os não aldeados (urbanos) ou que habitem áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas; determine ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) que, com auxílio técnico das equipes da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), e participação de representantes dos povos indígenas, elabore, em 20 dias, plano de enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas brasileiros e; determine aos órgãos competentes o cumprimento integral do plano, após a sua homologação, delegando o monitoramento do plano às entidades que o criaram.

Como visto, a ação em análise foi proposta por entidade nacional representativa dos povos indígenas do Brasil, que demonstrou sua representatividade, histórico na defesa dos direitos pleiteados e a composição decorrente de várias associações indígenas regionais, juntando estatuto e ata da última assembleia como prova. Em conjunto, alguns partidos políticos subscreveram a ação, sendo considerados legitimados universais para as ações constitucionais e, logo na inicial, ressaltou-se a desnecessidade de pertinência temática por este motivo.

As razões do pedido inicial basearam-se em: estudos científicos de Universidades e instituições socioambientais; nota pública emitida pelo Ministério Público Federal alertando sobre o descaso das autoridades responsáveis com a proteção dos povos indígenas; diretrizes internacionais sobre o tema; estatísticas, gráficos e tabelas baseadas em dados de órgãos de controle da vegetação nacional comprovando invasão crescente em terras indígenas e; relatos das lideranças comunitárias de contaminação por Covid-19, provenientes do desleixo nas ações do governo, das omissões no isolamento dos povos indígenas e a insuficiência das poucas medidas adotadas.

Interessante que praticamente todos os documentos e pareceres citados

na ação tem referência direta aos sítios eletrônicos de onde foram extraídos, o que torna fácil conferir a veracidade das informações e dar credibilidade aos argumentos.

No mesmo dia, o ministro relator Luís Roberto Barroso, em vista do requerimento de medida cautelar de urgência e situação descrita na petição inicial, ordenou a intimação da União, da Procuradoria-Geral da República (PGR) e da Advocacia Geral da União (AGU), para manifestação no prazo comum e impostergável de 48 horas sobre o pedido de cautelar, independentemente do recesso, para fins de abertura ao diálogo sobre a matéria antes de decidir o pedido cautelar de urgência.

A PGR se reservou ao direito de emitir parecer após a manifestação dos demais entes e, a AGU, apresentou manifestação pugnando pelo não conhecimento da ação pelo desatendimento ao Princípio da Subsidiariedade (ação não seria a *ultima ratio*) e ferir o Devido Processo Legal (tentativa de burlar instâncias); no mérito, o descabimento do pedido de atenção especializada a todo e qualquer indígena, mesmo os não aldeados, pois estariam esses últimos cobertos por outras ações de saúde pública; a ilegalidade de transferir o planejamento das ações de saúde às entidades declinadas na petição inicial; que os órgãos competentes já estão implementando as medidas sanitárias, alimentares e assistenciais adequadas, enumerando-as; que não é atribuição do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, seja pela separação entre os poderes, seja pela ausência das competências institucionais para fazê-lo adequadamente e; que ações para conter invasões já são realizadas, e outras, programadas.

Logo em 8 junho de 2020 o ministro relator proferiu decisão concedendo parcialmente a medida cautelar, para: reconhecer a legitimidade ativa da Apib; determinar a criação de barreiras sanitárias, em plano a ser realizado pela União em dez dias; ordenar a instalação da Sala de Situação para gestão participativa das ações, com membros da União, Ministério Público, Defensoria e representantes das comunidades indígenas; determinar a inclusão no Plano de Enfrentamento de medidas para contenção e isolamento dos invasores; estender os serviços especializados de saúde indígena aos que vivem em terras ainda não homologadas e, quanto aos urbanos, no caso de falta de disponibilidade do SUS e; que seja elaborado e monitorado um Plano de Enfrentamento de comum acordo entre União, Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) e povos indígenas no prazo de 30 dias.

Estabeleceu como premissas da decisão: a vulnerabilidade dos povos indígenas, especialmente quanto a saúde; o inafastável direito de participação das comunidades indígenas na formulação/execução das ações de saúde que lhes são destinadas e; os Princípios da Precaução e Prevenção, diálogo institucional entre os Poderes e diálogo intercultural com os povos indígenas.

Como se trata de um processo que, no período de coleta dos dados, já contava com 1.189 documentos, u seja, de intensa atividade processual, realiza-se um breve resumo dos atos processuais e, nas observações, salientados

os atos considerados mais relevantes e diretamente ligados aos pontos de estudo do caso.

O processo está sendo desenvolvido com a participação ativa de autoridades públicas jurídicas e científicas (MPF, DPU, CNDH, Fiocruz, Abrasco, CNJ, Conselhos Indígenas); informações constantes de vários Ministérios que integram o Governo Federal para subsidiar a União e; por dezenas de pedidos interventivos de *amicus curiae* de diversos segmentos sociais e suas respectivas manifestações (alguns deferidos e outro ainda não apreciados a época da coleta dos dados).

A União já apresentou cinco planos de enfrentamento, e que foram homologados apenas parcialmente por várias razões, principalmente de natureza técnica e/ou metodológica.

Os principais motivos da não homologação foram: não institui total ou parcialmente e/ou não comprova medidas concretas; não permite a efetiva participação dos representantes indígenas nas soluções apresentadas; ignora questões que foram determinadas na decisão judicial e as indicadas nos pareceres/relatórios dos especialistas e; são omissos em medidas essenciais para enfrentamento da doença nas comunidades indígenas.

Quanto à Sala de Situação que a decisão ordenou a implantação, apenas no primeiro mês que houveram três reuniões, nas quais a Apib informou que os representantes indígenas não tiveram voz e os membros da União foram hostis com eles, se limitando a descrever medidas tomadas sobre o tema (formato prestação de contas) e mantendo-se omissos sobre questões de grande importância e que estavam previstas na decisão.

Após as várias reclamações da Apib neste sentido, a União alegou, em outubro/2020, que as reuniões estavam sendo realizadas somente com as pessoas necessárias – aparentemente, só integrantes do Governo – e que os demais representantes poderiam enviar e-mails com sugestões.

Quanto às decisões, as características dos pedidos iniciais e as condutas das partes culminam em regular atividade judicial, principalmente pela necessidade de direcionar a União ao cumprimento efetivo de medidas para implementar as políticas públicas de proteção dos povos indígenas, diante da fiscalização intensa dos atores sociais participantes do processo e o agravamento da pandemia no país desde a propositura da ação.

Os dados referentes ao caso foram coletados entre 17 de junho 2021 e 21 de junho de 2021, tendo sido baixados 426 arquivos para análise, extraído resumo dos andamentos processuais e o procedimento ainda se encontra em instrução processual, sem julgamento marcado.

Devidamente apresentada a síntese da ação até a consolidação dos dados obtidos, passa-se à observação dos pontos de estudo do caso.

A ação foi proposta por vários Partidos Políticos, que não demonstraram a representatividade da sua legitimação para pleitear a reestruturação e a implementação da política pública sanitária, e também por uma entidade representativa dos interesses objeto da política pública, que instruiu a demanda

com variedade de provas da necessidade da tutela jurisdicional, obtidas em fontes diversificadas e essencialmente científicas, além da comprovação da representatividade adequada para com os atingidos (povos indígenas).

Quanto à participação de atores sociais, foi deferida a habilitação de várias entidades e associações como *amicus curiae* (algumas comunidades indígenas também), bem como a participação ativa dos especialistas da Fiocruz e da Abrasco, da Defensoria Pública da União, da PGR/Ministério Público Federal, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Direitos Humanos e os Conselhos Distritais Indígenas – Condisi (por seu presidente). Inclusive vários sujeitos processuais tiveram oportunidade de falar na sessão virtual plenária da corte em 3 de agosto de 2020, que foi convocada para referendar a medida cautelar deferida.

A atuação despolarizada de alguns sujeitos processuais é marcante no procedimento em estudo, com plena atividade processual das entidades técnicas e científicas e observância de seus pareceres pelo julgador, tanto que as decisões são, em grande parte, norteadas por eles.

O alto nível de complexidade e conflituosidade estão, de maneira cristalina, presentes no caso, marcadas pela mutabilidade fática quase diária, decorrentes do agravamento da pandemia, da intensificação dos fatores de risco às comunidades isoladas (incursões e exploração ilegais cada vez mais ocorrentes nas reservas), da necessidade de estratégias específicas para cada região do país e das políticas públicas ainda inexistentes, inadequadas e/ou insuficientes do Governo Federal – ao menos parcialmente.

A postura do ministro relator revelou-se mais atenta ao litígio estrutural apresentado pelos autores e expressamente alertou sobre a necessária condução dialógica do procedimento, com a intimação prévia dos entes requeridos para prestarem informações sobre o problema estrutural noticiado, a incitação ao diálogo e à colaboração entre os sujeitos processuais.

A União, por meio da AGU e ofícios de ministérios juntados ao processo com as petições, tem uma postura de aparente distanciamento das questões reclamadas pelos representantes dos povos indígenas (autor principal e *amicus curiae* habilitados) e resistência ao pleito, tal como se observa em litígios bipolares. É perceptível essa postura diante da reiterada impugnação das suas condutas e manifestações não somente pela Apib, como pelos participantes técnicos (MPF, DPU, CNJ, CNDH) e científicos (Fiocruz, Abrasco) em relação aos planos apresentados e medidas informadas em resposta às decisões e pedidos dos demais sujeitos processuais.

Aqui se percebe que o julgador identificou a existência de um litígio estrutural e, desde a primeira decisão, vem alertando as partes que a solução efetiva e plena apenas será obtida pelo diálogo e colaboração entre as partes.

Os sujeitos processuais também têm ciência do caráter diferenciado do procedimento, a exemplo da AGU que cita a abordagem processual com o desenvolvimento de planejamento e não cobrança de medidas imediatas em petição de 5 de fevereiro de 2021 (p. 14), e da PGR que declara que se trata de

uma lide estrutural em parecer de 04.21 (p. 6).

As técnicas decisórias adotadas alinham-se ao que foi levantado na pesquisa, conforme passa a explicar.

A primeira decisão reconheceu o estado de coisas desconforme à Constituição e aos Tratados Internacionais internalizados, exortou o Poder Executivo a implementar as medidas com um Plano de Enfrentamento e estabeleceu as diretrizes do plano conforme o pedido inicial, mas de forma mais genérica, não adentrando em todos os pontos invocados e valorizando os argumentos iniciais da União.

As demais decisões passaram a coordenar a implementação das medidas indicadas como necessárias, e se pautaram principalmente no que o autor Apib, as comunidades indígenas habilitadas como *amicus curiae* e os especialistas técnicos e jurídicos enfatizaram como graves falhas e omissões reiteradas do Governo Federal, eis que acompanhadas de provas contundentes, ocasionando ao longo do procedimento decisões mais imperativas para salvaguardar a vida e a saúde dos povos indígenas, tanto que as versões do plano apresentadas ainda não foram totalmente homologadas, e ordenadas alterações e inclusões constantes.

Mas as decisões não deixaram de guardar características mais conceituais e não diretamente invasivas, a exemplo da decisão proferida em 6 de agosto de 2020, que delineou o que se entende, de acordo com manifestações do autor Apib e pareceres técnicos, como barreiras sanitárias, para orientar a ação da União no sentido de efetivamente instituí-las.

Ocorre que, a alteração dos fatos ao longo do procedimento, muitas diretamente ligadas a atos do Governo Federal, tais como a inércia em ações para obstar as invasões e explorações ilegais cada dia mais intensas e agressivas, a não efetivação das barreiras sanitárias prioritárias previstas no plano nos prazos indicados, a não inclusão de indígenas não aldeados no plano prioritário de vacinação e atos normativos excludentes e prejudiciais à proteção dos povos indígenas, são fatores que levaram o julgador a tomar decisões expedindo ordens de cumprimento e até mesmo declaração de inconstitucionalidade de ato normativo.

Exemplo disso é a decisão proferida em 1 de dezembro de 2020 que, diante da denúncia, por vários sujeitos processuais, do descumprimento reiterado das determinações anteriores, ordenou-se a efetiva implementação das barreiras sanitárias de prioridade 1 e 2, além da realização de reunião da Sala de Situação com a participação dos demais sujeitos processuais, conforme previsto em decisões pretéritas.

Destarte, destaca-se a decisão proferida em 16 de março de 2021 que, dentre outros temas ligados implementação das medidas, determinou a abertura de crédito extraordinário para execução adequada do plano e suspendeu por inconstitucionalidade, inconveniência e violação à cautelar deferida a Resolução n. 4/2021 da Funai (publicada em 22 de janeiro de 2021), que substituiu o respeito à autodeclaração indígena e impôs critérios de heteroi-

dentificação a eles, o que fere tratados internacionais protetivos e limitam o acesso aos direitos – e às políticas públicas sanitárias especiais.

Desta decisão, especificamente, a União apresentou recurso (agravo regimental) ao argumento de que o trato de lides estruturais no país deve adequar-se à realidade jurídica nacional, que estabelece limites à atuação do Poder Judiciário (Separação entre os Poderes) e nisto se inclui a matéria orçamentária e; a violação do devido processo legal quanto a suspensão da Resolução da Funai, pela necessidade de pedido prévio de aditamento à inicial pelo arguente e oitiva do órgão editor do ato normativo.

Em 17 de maio de 2021 foi julgado o agravo regimental e esclarecido que não se pretendeu obrigar ou desobrigar a União à abertura de crédito extraordinário, mas ordenar o efetivo cumprimento da decisão, sendo opção da União fazê-lo com ou sem a abertura de crédito, mas que o faça e; mantida a suspensão da Resolução por entender que a edição do ato foi voltada ao descumprimento da cautelar deferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal e manifestamente violadora de norma internacional e Constituição Federal.

Quanto à flexibilização subjetiva e objetiva da demanda, observa-se que é dado espaço aos fatos novos e consequentes providências pleiteadas no decorrer do procedimento e, se considerados diretamente ligados ao objetivo inicial da ação, são apreciados como simples petição e incluídos na cognição judicial. A título de ilustração, salienta-se o pedido de inclusão de todos os indígenas no grupo prioritário de vacinação e o pedido de suspensão/reconhecimento de nulidade da Resolução da Funai, que foram apreciados e deferidos pelo ministro relator.

Percebe-se que a condução do procedimento está permeada pela tentativa de diálogo entre os sujeitos processuais, objetivando um processo colaborativo, adotando-se postura ativa na condução do procedimento, mas não propriamente um ativismo judicial.

Enfim, ainda que se esteja diante de um processo de caráter estrutural, a postura do ente público demandado manteve-se basicamente na lógica rivalizante de processo, não se insurgindo inicialmente porque as primeiras decisões foram mais exortativas. Contudo, diante da sua inércia, insuficiência e/ou inconcretude na adoção das medidas estruturantes, e a consequente tomada de decisões mais imperativas pelo Judiciário, a reação foi de clássica contraposição aos pedidos autorais, sem levar em consideração o objetivo maior de concretização de políticas públicas efetivas no combate à pandemia de Covid-19.

4) Algumas inferências

A gestão processual de conflitos de natureza estrutural deve possibilitar, sempre que possível, maior participação dos interessados e estimular o diálogo entre eles para construir soluções para a (re)estruturação do estado de coisas desconforme e que motivou a demanda judicial, e assim a decisão seja

efetiva e atinja seus objetivos.

Pode-se inferir das decisões proferidas na ação constitucional objeto do estudo de caso que o órgão judicial tentou pautar-se nestes parâmetros, contudo, a resistência dos responsáveis pela política pública que se almeja estruturar em deixar o perfil rivalizante típico dos processos tradicionais, pois aparentemente não estava sequer organizada para implementar as políticas públicas adequadas antes da demanda e não se abriu ao diálogo com outros sujeitos processuais sobre as reais necessidades dos atingidos, culminou em algumas decisões mais impositivas.

Ademais, outro fator que certamente influenciou em decisões dissonantes do que se espera em um litígio estrutural, foi a mutabilidade fática presente e que demandou a imposição de algumas condutas aos órgãos públicos (agravamento da situação de fragilidade e aumento de óbitos dos povos indígenas ao longo do procedimento).

Referências

ALMEIDA, M. P.; DEUS, F. B. Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequado. **Revista de Processo**, v. 289, p. 269-287, mar. 2019.

ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n. 709/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 18 jun. 2021.

GIANNINI, L. J. Litigio estructural y control judicial de políticas públicas lograr el equilibrio sin destruir la balanza. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 147-156.

OSNA, G. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 463-490.

VITTORELLI, E. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 7, p. 147-177, jan./jun. 2018.

VITTORELLI, E. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

EL DERECHO A UN MÍNIMO VITAL: TIEMPOS DE PANDEMIA Y SOCIEDAD GLOBAL

Antonio Mesa León

Universidad de Sevilla. Abogado. Doctorando en Derecho

Resumen:

El debate sobre el derecho a un mínimo vital ha generado gran controversia en la filosofía del derecho. Mientras no pocos autores defienden su inclusión en el catálogo de derechos humanos, no faltan posturas escépticas. La discusión debe reconducirse a la vista de las consecuencias de la reciente pandemia de COVID-19, que ha demostrado hasta qué punto nuestras sociedades democráticas son incapaces de garantizar a sus ciudadanos el mínimo necesario para una existencia digna. Es necesario retomar la teorización del derecho a un mínimo vital con una fundamentación en clave cosmopolita. En un mundo globalizado y cada vez más inseguro e inestable, donde el Estado del Bienestar se cuestiona, la garantía de los derechos humanos no puede depender de la geografía ni de los recursos económicos. El derecho a un mínimo vital no puede quedar al arbitrio de los Estados nacionales y debe construirse en el marco de una cultura jurídica cosmopolita.

Palabras clave: Cosmopolitismo; Derechos Humanos; Mínimo vital; Pandemia

1. Introducción

En los debates contemporáneos en el ámbito de la filosofía del derecho ocupa un lugar central la controversia concerniente al derecho a un mínimo vital. Ubicada dentro de las discusiones suscitadas en torno a la teoría de los derechos fundamentales, esta polémica presenta un interés crucial en nuestro tiempo por cuanto constituye un claro ejemplo de la colisión entre un paradigma genuinamente garantista y defensor de los derechos humanos y un conjunto de enfoques más o menos relacionados entre sí que pretenden relativizar u oscurecer el carácter vinculante y emancipatorio de estos derechos y su correlativa proyección política e institucional. La evolución de las diferentes tendencias dentro de la disciplina iusfilosófica, unida a la controversia ingente sobre la relevancia contemporánea de los esquemas heredados de la modernidad ilustrada y su posible crisis o superación, apunta cada vez con

mayor nitidez a una disyuntiva con la que los académicos deben enfrentarse: o bien las teorías sobre los derechos humanos progresan en su desarrollo hacia una orientación más tuitiva y universalista, adaptada a las condiciones de una sociedad global; o por el contrario se retrocede hacia etapas pasadas en la historia del pensamiento jurídico en la que los derechos se concebían básicamente como concesiones otorgadas por el poder legislativo estatal soberano. Disputar sobre la fundamentación, el alcance y los límites del derecho a un mínimo vital es, en consecuencia, esencial para dirimir el futuro de una disciplina que lucha por superar los límites del paradigma positivista estatista decimonónico, pero que al mismo tiempo se resiste a abandonar unos planteamientos que, anclados en la dinámica político-social del Estado nacional, continúan aportando cierta seguridad que hoy se nos antoja cada vez más demandada en el contexto de las transformaciones propiciadas por la globalización (De Julios Campuzano, 2000).

Pero por si lo anterior no fuera suficiente para justificar la importancia clave de la materia que nos ocupa, a ello debemos añadir el grave y profundo impacto provocado por la reciente pandemia de COVID-19. En efecto, puede argüirse con no poca plausibilidad que la crisis sanitaria mundial representa el último eslabón dentro de una prolongada cadena de descenso de nuestras sociedades democráticas hacia una situación que desde Ulrich Beck conocemos como la “sociedad del riesgo”. La creciente interdependencia global (que multiplica el potencial disruptivo de cualquier shock), la debilidad de los Estados y la proliferación de una técnica legislativa basada en la desregulación y el retroceso del derecho público (con la consiguiente merma de los derechos sociales y el auge de la desafección política), son todos ellos factores que podemos identificar dentro de esta tendencia (De Julios Campuzano, 2018). La pandemia ha reforzado la sensación de inseguridad y la falta de confianza en el futuro de buena parte de la ciudadanía, no ya por su carácter imprevisto y destructivo, sino por las deficiencias de la respuesta institucional que no pocos Estados han puesto en práctica. Resulta imposible dejar de constatar que el compromiso político con los derechos humanos y su protección efectiva en todo el mundo se han resentido notablemente como consecuencia de la crisis sanitaria, debido en gran medida a las decisiones y prioridades de los gobiernos nacionales (Belloso Martín, 2020). Todo ello no hace sino ahondar en el proceso de deslegitimación de las instituciones de la democracia liberal representativa que llevamos largo tiempo presenciando (De Julios Campuzano, 2000).

La teoría del derecho a un mínimo vital, por tanto, puede aportar considerables dosis de contenido emancipatorio a un paradigma de defensa de los derechos humanos debilitado en el presente escenario postpandemia, contribuyendo a asentarlos sobre fundamentos más sólidos. Empero, el propósito de este artículo no es ofrecer soluciones definitivas a esta poliédrica cuestión, sino meramente aportar un esbozo de las orientaciones básicas que la teoría podría tomar para integrarla dentro del proyecto contemporáneo para la

construcción de una cultura jurídica de carácter cosmopolita, al que destacados académicos han realizado contribuciones del máximo impacto (De Julios Campuzano, 2020).

De esta forma, el presente artículo comenzará con una sintética exposición del estado actual del debate respecto al derecho a un mínimo vital y la necesidad de defenderlo y fundamentarlo. Para ello se seguirán las reflexiones desarrolladas a este respecto por el profesor Antonio Enrique Pérez Luño, ilustre maestro de varias generaciones de juristas, que ha llevado a cabo recientemente una aportación inestimable a este problema. A continuación se justificará el imperativo de insertar la teoría del derecho a un mínimo vital dentro de un paradigma de cosmopolitismo jurídico, tomando como referencia las últimas contribuciones a este campo de la respetada filósofa Martha C. Nussbaum, al tiempo que se discutirán ciertos problemas y objeciones a una concepción cosmopolita del derecho a un mínimo vital, esbozándose algunas propuestas para una teorización más sólida. Por último se ofrecerán las conclusiones, en las que se sugerirá un posible camino a seguir para perfeccionar el abordaje de esta cuestión crucial.

2. La teoría del derecho a un mínimo vital

El profesor Pérez Luño se ha ocupado del derecho a un mínimo vital en una importante obra de actualidad, analizando los aspectos iusfilosóficos más candentes de la cuestión y ofreciendo una propuesta de fundamentación basada en las teorías de Jürgen Habermas y Agnes Heller (Pérez Luño, 2020). El proyecto puede parecer a priori contradictorio, como señala el autor, ya que la teoría de Habermas es de carácter discursivo, basada en presupuestos ideales, mientras que el pensamiento de Heller se apoya en el estudio de la realidad social empírica. En realidad, se trata de aproximaciones complementarias, y dicha complementariedad es precisamente la que justifica su ensamblaje en un armazón conjunto. Pues las construcciones discursivas habermasianas se basan, no en una razón filosófica pretendidamente pura que, guiada exclusivamente por amor al conocimiento, lleva a cabo desarrollos teóricos, sino que, por el contrario, Habermas presupone que todo conocimiento persigue un interés. En esta perspectiva es fácilmente reconocible la filiación marxista de Habermas. Con arreglo a este postulado, pues, la teoría de la acción comunicativa no contemplaría a un individuo ideal desprovisto de condicionantes prácticos, sino que asume expresamente que, en el mundo real, toda reflexión, por teórico que sea el modo en que se formule, parte de una situación material concreta. De este modo es posible reconciliar los dos enfoques: mediante el análisis de la realidad material que acomete Heller podemos justificar, de acuerdo con los mecanismos discursivos habermasianos, una teoría de los derechos humanos y, en concreto, el derecho a un mínimo vital.

La aportación fundamental de Heller en este sentido es señalar que lo que comúnmente suele llamarse “necesidad” agrupa, en realidad, diversas cla-

ses de necesidades que, siguiendo a Marx, pueden concebirse del modo siguiente. De un lado, existirían necesidades naturales, imprescindibles para la autoconservación de la vida humana; de otro lado, habría necesidades necesarias, que serían producto de la sociedad y para cuya apreciación serían especialmente relevantes los condicionantes de clase; finalmente, las necesidades radicales marcarían el horizonte a seguir para una sociedad que se hubiera liberado de toda alienación. Más allá de la teoría de las necesidades en sí, lo que nos interesa, según apunta Pérez Luño, es que mediante la combinación de este planteamiento con los datos proporcionados por la antropología, Heller es capaz de deducir la necesidad de determinados medios materiales para llevar una vida que pudiera valorarse como digna.

Lo anterior, sin embargo, no agota la fundamentación teórica del derecho a un mínimo vital. Antes al contrario, se puede decir que en realidad solo nos hemos aproximado a la superficie del problema. La cuestión clave que atañe a los profesionales de la filosofía del derecho es la siguiente: habiendo sentado que un mínimo de medios de subsistencia resulta necesario para que las personas vivan dignamente, cabe cuestionar que esta circunstancia por sí sola pueda fundamentar un derecho. Después de todo, si la dignidad viene condicionada por la economía, ¿no constituiría la escasez de medios económicos un límite infranqueable de toda provisión social destinada a mejorar la vida de la gente? Recuérdese a este respecto que muchos Estados carecen de la capacidad financiera necesaria para mantener un Estado del bienestar con el alcance de los que en general se disfruta en los países desarrollados. Más aún: en momentos de crisis económica, cuando las finanzas públicas se ponen a prueba, ¿cómo garantizar el nivel de cobertura social óptimo? Pareciera que, en la práctica, el derecho a un mínimo vital sería una entelequia, puesto que vendría limitado inexorablemente por la situación económica de cada sociedad. Cada Estado solo podría garantizar a sus ciudadanos el mínimo vital que fuera capaz de financiar.

A partir de este punto podemos vislumbrar la evidente conexión de esta objeción determinante con la actual coyuntura. En efecto, debido a la situación de pandemia, los gobiernos se han visto obligados a adoptar determinadas medidas que, con mayor o menor acierto, han tenido un impacto evidente en la garantía de los derechos fundamentales. A título meramente enunciativo se pueden señalar: la tutela sanitaria a personas especialmente vulnerables (sobre todo, ancianos y personas con determinadas afecciones médicas), las restricciones de movilidad (instrumentadas en algunos casos a través de mecanismos jurídicos cuya constitucionalidad ha sido discutida en sede judicial) y las medidas económicas dirigidas a aliviar la situación de quienes han perdido su empleo o se han visto obligados a cesar en su actividad empresarial. En cada uno de estos frentes, los resultados alcanzados en cada país no han sido homogéneos debido a la multiplicidad de medidas adoptadas, y dada la diferente situación económica, ha terminado verificándose en la práctica lo que anteriormente señalábamos: los medios financieros determinan el nivel

del mínimo indispensable para la dignidad humana.

El profesor Pérez Luño es plenamente consciente de estas dificultades y argumenta persuasivamente contra quienes pretenden, escudándose en las mismas, limitar el alcance y la eficacia del derecho a un mínimo vital o simplemente no reconocerlo como derecho, reduciéndolo a una mera meta programática. Señala que la excepción no se puede convertir en regla y que, si bien es cierto que en la práctica pueden existir circunstancias en las que el derecho a un mínimo vital no despliegue su máxima eficacia por causas extraordinarias y justificadas, y apunta asimismo que cabe pensar razonablemente en conflictos de derechos, si bien en este caso inclinándose en última instancia por sostener que el derecho a un mínimo vital debe primar sobre el resto por su carácter básico y esencial, con arreglo a un planteamiento dilemático. Lo esencial, a nuestro juicio, se encuentra en la consideración final que realiza Pérez Luño sobre el sentido del reconocimiento del derecho a un mínimo vital. A su entender, lo más importante es la vocación proyectiva de los derechos humanos, su horizonte emancipatorio. Verdaderamente, cuando reconocemos el valor de los derechos no lo hacemos porque de hecho en la realidad siempre se puedan ejercitar, sino porque se corresponden con metas axiológicas que el ordenamiento jurídico ha considerado necesario incorporar a su esfera tuitiva y dotarlas de la máxima protección y eficacia vinculante para los poderes públicos. El motivo por el cual no se puede renunciar al reconocimiento de los derechos humanos, tampoco en el caso del derecho a un mínimo vital, es que hacerlo supondría vaciar de contenido un pilar de legitimidad fundamental del ordenamiento y un principio ordenador indiscutido de nuestras sociedades modernas.

Las reflexiones de Pérez Luño nos permiten entender, en definitiva, que el derecho a un mínimo vital (como en general, podría argüirse, todos los derechos humanos) no consiste en la tutela meramente defensiva o reactiva de una determinada posición material de partida, sino que, por el contrario, se trata de un horizonte a conquistar; no una situación *a quo*, sino una meta *ad quem*. Desde este planteamiento, la pregunta que lógicamente se impone a continuación no puede ser otra: ¿de qué manera podemos garantizar la consecución de esa meta? ¿Cómo asegurar que el derecho a un mínimo vital sea una realidad efectiva que sus titulares puedan ejercer y no meramente un formalismo constitucional sin virtualidad práctica?

A nuestro entender, una teoría sólida del derecho a un mínimo vital debe estar adaptada a las condiciones de la sociedad global de hoy. La forma más fructífera de acometer esta tarea, se nos antoja, es edificar la fundamentación del derecho a un mínimo vital sobre una filosofía cosmopolita, apoyándonos en las teorías del cosmopolitismo jurídico que recientemente han adquirido un lugar preeminente en el ámbito iusfilosófico. En el siguiente apartado nos dedicaremos a ello.

3. Una base cosmopolita para el derecho a un mínimo vital

En los últimos años se ha intensificado el debate concerniente a los enfoques que buscan explorar los problemas de la filosofía del derecho desde un planteamiento cosmopolita, en especial en lo que se refiere a la teoría de los derechos humanos. Los autores que suelen encuadrarse dentro del llamado cosmopolitismo jurídico presentan, sin embargo, apreciables diferencias en sus propuestas, por lo que no cabe un tratamiento unívoco e indiferenciado. Como una primera aproximación, y a los meros efectos orientativos para los objetivos de este artículo, se podrían distinguir dos grandes tendencias.

De un lado, un cosmopolitismo que podría calificarse de radical, tendente a abogar por la supresión de los Estados nacionales o por la reducción de su papel a un mínimo, y favorable a un entendimiento de los derechos humanos en clave universalista en el que la idea de soberanía es relativizada o incluso rechazada. Dentro de este primer grupo se puede mencionar al profesor Luigi Ferrajoli, cuya teoría garantista supone una consagración del cosmopolitismo dentro de un molde iuspositivista, en el que los derechos humanos aparecen, no como principios inspiradores del ordenamiento jurídico, sino como normas plenamente vinculantes (Ferrajoli, 2011).

De otro lado, un cosmopolitismo que cabría denominar moderado, arraigado o realista, basado en la construcción de una cultura jurídica global a partir de, y no mediante la negación de, las instituciones estatales existentes, en un esquema en el que cabe una cierta labor de compatibilización de la exigencia de alcance universal de los derechos humanos con las tradiciones políticas locales (De Julios Campuzano, 2020). En estos planteamientos se sitúan autores como David Held y Martha Nussbaum, de cuyas teorías trataremos a continuación.

En su reciente obra *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*, Nussbaum ha desarrollado sus propuestas sobre la recuperación del pensamiento cosmopolita a partir de sus fuentes históricas y su adaptación a las condiciones de nuestra época (Nussbaum, 2020). El camino trazado por Nussbaum en este sentido es esencial para nuestra propuesta de fundamentación del derecho a un mínimo vital, puesto que contiene las semillas de una teoría de los derechos humanos que posea a su vez vocación universalista y la suficiente flexibilidad como para no depender de construcciones políticas utópicas.

Dos son, en este sentido, las aportaciones principales de Nussbaum, que conviene examinar de forma separada: (1) el anclaje material en el que funda su concepción de la dignidad humana; y (2) sus propuestas para una cultura jurídica global.

En cuanto a lo primero, señala Nussbaum, a partir de su estudio de los antecedentes históricos de la idea de dignidad, una característica del pensamiento clásico que podemos localizar en Cicerón y en la filosofía estoica y que se ha venido reproduciendo con mayores o menores matices en todos los autores posteriores que han tratado esta cuestión hasta la época contemporánea.

nea: el intento de construir una noción de la dignidad humana que no dependa de las condiciones materiales de la persona. Nussbaum reconoce que detrás de este planteamiento existía una vocación de evitar que la dignidad de las personas con menores recursos quedara menoscabada frente a la de los más potentados, pero el resultado no se puede calificar como satisfactorio, puesto que se trata de un enfoque reduccionista y excesivamente formal. En efecto, aunque en abstracto se pueda hablar de la dignidad humana sin referirnos a sus condicionantes concretos, el ejercicio efectivo de las posibilidades que se derivan de dicha dignidad requiere de unos mínimos medios económicos. Nussbaum parte en este sentido de su enfoque de las capacidades, desarrollado junto al economista Amartya Sen y gracias al cual se ha convertido en una figura de primer nivel en la filosofía actual. El enfoque de las capacidades nos permite advertir que la dignidad (y por ende, los derechos humanos) precisan de una actualización efectiva en la realidad material para que su proclamación no sea meramente retórica.

Una vez sentado el postulado anterior, es fácil percibir que el reconocimiento legal de los derechos humanos por medio de constituciones, declaraciones internacionales y otros instrumentos, no garantiza el disfrute efectivo de los mismos si no existe dicha base material mínima. Al respecto el panorama mundial no invita precisamente al optimismo, pues además de los problemas en los que se encuentran inmersos los países desarrollados (de los cuales la pandemia es solo la punta del iceberg), subsiste el hecho de la profunda desigualdad existente entre estos y el resto, con amplios sectores de la población del globo que se ven obligados a vivir en condiciones de miseria. Naturalmente, la realización práctica del ideal de defensa y garantía de los derechos humanos parece exigir un replanteamiento del orden político y económico mundial, y este es el segundo aspecto sobre el cual interesa llamar la atención de la teoría de Nussbaum.

Para empezar, es preciso asentar el principio de que los deberes de ayuda material tienen alcance y eficacia que supera el ámbito territorial de los Estados nacionales, puesto que si aceptamos que únicamente tenemos el deber de ayudar a nuestros conciudadanos en situación de necesidad, no cabría hablar de una protección de la dignidad humana a nivel mundial. Nussbaum acomete en este sentido una crítica de las posiciones cosmopolitas clásicas que tendían a otorgar a estos deberes una obligatoriedad más restringida que a los deberes de justicia. Sin embargo, esto solo es el principio, pues aunque podamos justificar la proyección universal de esta obligación de ayuda al prójimo, la estructura institucional mundial continúa basándose en la soberanía de los Estados, lo que pone severos límites a todo proyecto cosmopolita. ¿Cómo subsanar estas dificultades?

Nussbaum parece confiar en la posibilidad de una arquitectura jurídica global inspirada por principios cosmopolitas y que sea a su vez compatible con el mantenimiento de las instituciones de gobierno representativo que permiten a los pueblos ser dueños de su propio destino. Señala que a efectos

prácticos parece registrarse un consenso nada despreciable entre las diferentes tradiciones locales (ya sean políticas, religiosas o culturales) en lo referente a valores éticos básicos, por lo que cabría esperar que el proyecto cosmopolita pudiera implementarse por la vía de la consagración de un mínimo catálogo común de derechos fundamentales, con un ordenamiento jurídico internacional asociado vinculante para los Estados y con capacidad de garantizar estos derechos en todo el mundo. El derecho a un mínimo vital sería parte de este esquema, y este nuevo orden cosmopolita debería impulsar una reforma global del sistema económico que permitiera corregir las desigualdades y carencias que sufren buena parte de la población mundial.

A nuestro juicio, la base conceptual para la fundamentación del derecho a un mínimo vital es sólida, pues ciertamente no cabe imaginar una concepción de los derechos humanos que no tenga una aspiración universalista, no solo por razones intelectuales, sino también como consecuencia de los cambios suscitados por el imparable proceso de globalización. Dado que nuestra sociedad es global, la teoría de los derechos humanos también debe serlo.

No obstante, subsisten determinados problemas en un enfoque como el esbozado. En el apartado siguiente los expondremos y trataremos de darles respuesta.

4. Conclusión: algunos desafíos y propuestas

El problema fundamental que permanece insuficientemente abordado en la teoría de los derechos humanos, y por tanto también en la controversia sobre el derecho a un mínimo vital, es el siguiente: a pesar del esfuerzo por asentar una base cosmopolita de la dignidad humana, los planteamientos prevalentes sobre el cosmopolitismo adolecen de una cierta limitación en la apreciación del potencial de la idea de soberanía de los pueblos como vehículo para un horizonte realmente emancipador.

En efecto, resulta esencial que el universalismo de los derechos humanos sea un verdadero universalismo y no la mera imposición de una ideología local particular. Un proyecto cosmopolita no puede cerrar los ojos a la existencia de condicionantes de tipo geopolítico que limitan la posibilidad de que los países subdesarrollados participen en el proceso de desarrollo de una cultura jurídica global desde una posición de igualdad con respecto a los países que poseen las economías dominantes. Por este motivo, no se puede prescindir o minimizar la noción de soberanía, porque a pesar de sus deficiencias y peligros, sigue conformando un núcleo de legitimidad que permite que los pueblos resistan opresiones e injusticias.

En este sentido, estimamos que el proyecto de construcción de un ordenamiento jurídico cosmopolita debe partir, no de un ente global todopoderoso y fiscalizador, sino de la iniciativa de los propios pueblos, mediante la elaboración de propuestas de democracia local de base, que permitan una verdadera participación política de todas las personas en la dirección del proceso

globalizador (Sánchez Rubio, 2019). Una auténtica ciudadanía global requiere un espíritu cívico global, y dicho espíritu no puede fabricarse e imponerse por decreto de un modo mecanicista. Tal solución supondría recaer en los viejos defectos del positivismo legalista decimonónico. Antes al contrario, la aspiración debe ser al autogobierno y la emancipación de los pueblos. Solo un cosmopolitismo arraigado, estrechamente vinculado a la responsabilidad ciudadana y cimentado sobre una sociedad democrática puede hacer realidad la noble aspiración de garantizar el derecho de todas las personas a una existencia digna.

Referências

BELLOSO MARTÍN, Nuria. **Una teoría del derecho para un escenario (pos) pandémico**. En SÁNCHEZ RUBIO, David, y SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (editores), **Temas de teoría y filosofía del derecho en contextos de pandemia**, Madrid, Dykinson, S.L., 2020.

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. **En las encrucijadas de la modernidad**. Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2000.

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. **Los derechos humanos en la sociedad del riesgo. Crisis del Estado, justicia intergeneracional y medio ambiente**. En **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, número 37, Valencia, 2018.

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. **Revisando paradigmas. A propósito de la crisis del coronavirus**. En SÁNCHEZ RUBIO, David, y SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (editores), **Temas de teoría y filosofía del derecho en contextos de pandemia**, Madrid, Dykinson, S.L., 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. En **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, número 34, Alicante, 2011.

NUSSBAUM, Martha. **La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal**. Barcelona, Paidós, 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El derecho a una existencia digna en tiempos de pandemia**. En SÁNCHEZ RUBIO, David, y SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (editores), **Temas de teoría y filosofía del derecho en contextos de pandemia**, Madrid, Dykinson, S.L., 2020.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Derechos humanos (vaciados), constitucionalismo (oligárquico y de los negocios) y democracia (sin demócratas) en el mundo contemporáneo**. En DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (editor), **Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global**, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA INTERNALIZAÇÃO NOS ORDENAMENTOS COMO SUBSTRACTUM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE EM PERSPECTIVA LUSO- BRASILEIRA

Guilherme Saldanha Santana

Universidade Ceuma. Bacharel Direito pela Universidade Ceuma. Historiador Universidade Estadual do Maranhão. Especialista em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Mestrando em Direito e Afirmação de Vulneráveis pela Universidade Ceuma.

Resumo:

O ensaio pretende reflexão da Dignidade Humana entre as dimensões dos Direitos Humanos no cenário internacional e a recepção nas Constituições dos Estados de Brasil e Portugal pelo processo de fundamentalização, questionando a limitação do conceito de cidadania através de uma análise histórica sobre documentos internacionais inauguradores dos Direitos Humanos até a identificação da Dignidade Humana no Direito Internacional. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Carta da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as Cartas Constitucionais atuais de Brasil e Portugal serão utilizados para análise. Nos ordenamentos jurídicos domésticos discorreremos sobre a recepção da Dignidade Humana como Direito Fundamental nas Constituições e as eficácias vertical e horizontal deste direito. Por fim, observamos as percepções do Cidadão no plano doméstico e do Indivíduo no plano internacional.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direitos fundamentais; Dignidade; Soberania; Cidadania

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo provocar uma breve reflexão da Dignidade da Humana aparente entre as dimensões dos Direitos Humanos no cenário internacional e sua recepção nas Constituições dos Estados de

Brasil e Portugal por meio de sua fundamentalização, questionando a limitação do conceito de cidadania.

Partiremos de uma sintética análise histórica sobre os documentos internacionais que inauguram os Direitos Humanos até a identificação da Dignidade Humana como princípio de Direito Internacional e Interno reflexo do Pós-Segunda Guerra Mundial e do genocídio cometido pelos alemães delimitando os Estados de Portugal e Brasil para presente análise.

Entre os instrumentos normativos que iremos inicialmente convidar ao debate destacamos a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ e as Cartas Constitucionais atuais de Brasil e Portugal.

Uma vez contextualizado o tema adentraremos aos cenários domésticos de cada Estado para discorrermos a recepção e assimilação da Dignidade Humana nos ordenamentos jurídicos dos Estados supramencionados, tal qual a transformação da mesma em Direito Fundamental nas Constituições.

Observadas as peculiaridades da tutela da Dignidade Humana em cada Estado, cumprirá uma análise basilar sobre as eficácias vertical e horizontal deste Direito Fundamental, como consequência do Poder Vinculativo aparente da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Por fim, uma discussão entre as percepções de Cidadão, no plano doméstico, e Indivíduo, pelo parâmetro internacional, analisando a recepção constitucional do princípio, aparente a condição dos dois no mesmo cenário, devendo ser tutelada no plano interno e global pelo Estado.

1. Contexto histórico.

A periodização histórica utilizada no presente artigo, é alternativa à seção de períodos da História Ocidental tradicional, evitando a divisão da humanidade em Pré-História, Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea com demarcações temporais, gerações ou sobreposição de acontecimentos.

Portanto, não se identifica a observação de que a escrita e o sedentarismo rompem a Pré-História, que a Civilização Clássica nasce sobre pressupostos Gregos e Romanos, que a Idade Média pode ser compreendida como período de “Trevas”, que a Modernidade seja reflexa apenas da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão², ou da Revolução Industrial e mesmo que o Mundo Contemporâneo seja o fim de tudo ou começo infinito da presente geração.

Nos instiga de menos precisão, mas intensa conformidade, analisar a História Ocidental pela perspectiva das “Ondas de Evolução” de Alvin Tof-

1 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos – **Assembleia Geral da Onu.** (10-12-1948).

2 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão – **Assembleia Nacional Francesa.** (27-08-1789).

fler³, pela qual a Primeira Onda seria reflexa da Revolução Agrícola, a Segunda Onda consequência da Revolução Industrial e a Terceira Onda produto da Revolução da Comunicação e esta subproduto da Revolução Tecnológica.

Assim como a compreensão contemporânea da doutrina do Direito de coexistência das Dimensões de Direitos Humanos, nos engendra a ótica de Ciro Flamarion Cardoso⁴, a não linearidade entre os desenvolvimentos dos diversos Estados do Cenário Internacional, vez que as Civilizações do Mundo Ocidental não tem o processo evolutivo estático e definitivo, mas pelo contrário, é justamente o dinamismo e a coexistência de diversas civilizações em estágios de desenvolvimento diferentes que permite a construção e o relacionamento dos Estados, com ordenamentos jurídicos alinhados no plano internacional, ainda que sob interpretações adversas.

De certo, que aos Direitos Humanos será reservada a mesma percepção de coexistência, partindo ainda da Liberdade como inauguradora dos preceitos jurídicos emblemáticos de uma Sociedade Moderna, desejando a autonomia civil, política e, principalmente, individual do cidadão em relação ao Estado, sem qualquer perspectiva de finitude absoluta.

Da Liberdade à Igualdade, e desta à Fraternidade, o percurso traçado pelos instrumentos jurídicos, tais como a Declaração de Independência dos Estados Unidos⁵ – precedida pela Declaração de Direitos de Virgínia⁶ – ou mesmo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, transparecem ações humanizadas, identificam personagens históricos, aproximam dois continentes e exprimem em efetividade um processo de Globalização inaugurado com as grandes navegações.

Como *Liberté*, *Egalité* e *Fraternité* são frutos da Revolução Francesa e a ascensão e participação dos Jacobinos e Girondinos ao poder – reformulando o anterior Contrato Social de obediência real – a Dignidade Humana inaugura uma resposta incisiva e urgente a um Pós-Segunda Guerra traumático para o Mundo, indispensável identificar a Carta das Nações Unidas⁷ como instrumento norteador da mesma, provocando um Tratado, ou um Contrato de cunho internacional que garantisse uma tolerância e governabilidade ao Mundo, uma tutela aos indivíduos doméstica e global, mas que ao mesmo tempo demarcasse a todos os Estados os vencedores da Grande Guerra.

Uma vez os indivíduos tutelados no plano internacional, seja pela Carta da ONU, ou pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) – ainda que desta se conclua Poder Vinculativo anômalo – os Estados signatários se tornam corresponsáveis pela garantia dos Direitos Humanos em todas as suas dimensões e suas Cartas Constitucionais começam a observar como fundamentais.

3 TOFFLER, Alvin – **A Terceira Onda**, 1980.

4 CARDOSO, Ciro Flamarion – **No limiar do Século XXI**, 1996. p. 15.

5 DECLARAÇÃO de Independência dos Estados Unidos da América. (04-07-1776).

6 DECLARAÇÃO de Direitos de Virgínia. (12-06-1776).

7 CARTA das Nações Unidas e 1945, 2 de junho – **Assembleia Geral da Onu**. (01-06-1945).

O processo de fundamentalização dos Direitos Humanos é perceptível nas Cartas Constitucionais de Brasil e Portugal, sendo expresso, em seus primeiros artigos, a convalidação dos mesmos nos espaços domésticos e a atribuição da categoria de Direitos Fundamentais, ou seja, percebidos e garantidos aos Cidadãos.

Em 1976 entra em vigor a atual Constituição da República Portuguesa⁸, doze anos mais tarde, em 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil⁹, as duas inauguradas em seus primeiros títulos pela expressão “Princípios Fundamentais”, contemporâneas ao seu próprio tempo, observadoras das Organização das Nações Unidas e vislumbrando a Dignidade Humana como novo panorama jurídico e político Mundial.

Aparente os Direitos Fundamentais aos Cidadãos de cada Estado, nos desperta a Eficácia dos mesmos tanto no plano Horizontal (entre particulares), quanto no plano Vertical (entre Estado e cidadãos). O Estado garantidor, responsável maior pela tutela dos Direitos Fundamentais no plano doméstico, será também o violador de tais garantias, estas seriam então relativizadas, nos termos sua equiparação valorativa.

A multipolarização, a diversificação dos atores internacionais e o processo de Globalização assumem um protagonismo gigantesco com as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação e a *internet* proporciona o alcance do imediato entre Estados e indivíduos é criado um novo ambiente de relacionamento: o espaço virtual, e neste os tratados de situação estática, tais como o estabelecimento de fronteiras, não parecem surtir efeitos, um evidente novo Mundo composto de uma miscelânea de gerações de pessoas diferentes.

No supramencionado contexto virtual, os inimigos dos Estado parecem invisíveis, uma nova corrente migratória desperta uma preocupação mundial com os indivíduos, mas ao mesmo tempo proporciona um resgate a movimentos reacionários, conservadores sobre pressupostos nacionais, sobre critérios de cidadania.

2. Dos Direitos Humanos aos fundamentais.

Observando a ordem cronológica dos instrumentos de Direitos Humanos supramencionados tenta-se extrair os principais pontos para construção de um argumento construtivo e objetivo, que identifique a recepção e assimilação nas Constituições de Brasil e Portugal dos Direitos Humanos sob o panorama de Fundamentais e que possa permitir uma análise crítica sobre uma cidadania no ambiente doméstico preponderante ao *status* de indivíduo.

Para tanto, utiliza-se do apanhado de Flávia Piovesan¹⁰ ao identificar os

8 CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 1976 25 de abril – **Diário da República** I, N.º86 (10-04-76).

9 CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de outubro – **Diário Oficial da União**, N.º 191-A (05-10-88), p.01.

10 “Começo com a primeira indagação, como compreender o legado da Declaração de 1948 e começo afirmando que, enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem

Direitos Humanos declarados em 1948 no panorama contemporâneo, pela mais vasta compreensão da Doutrina.

Percebidas as características perenes de construção dos Direitos Humanos, identificados com a ação humana no tempo, em escalas evolutivas sociais paralelas, mas consubstancialmente diferentes entre os Estados, opta-se pela nomenclatura de dimensões para poder-se observá-los em convivência, partindo da busca pela Liberdade até a identificação da Dignidade do Pós-Segunda Guerra Mundial.

Neste diapasão Valério Mazzuoli¹¹ destaca a Liberdade orientada nos direitos civis e políticos, a Igualdade no espectro dos direitos econômicos, sociais, culturais e coletivos, a Fraternidade vislumbrando o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e a comunicação e por fim a Solidariedade.

2.1 A Declaração de independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Os dois documentos são reflexos de mesmo contexto histórico e, ainda que construídos a um oceano de distância, coadunam com a interlocução de seus atores: Thomas Jefferson e Marques de Lafayette, vez que ambos estiveram tanto na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América quanto na produção da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão símbolo da Revolução Francesa.¹²

Lynn Hunt destaca a perspicácia das duas Declarações como proclamadoras dos Direitos Humanos no cenário internacional, instrumentos duradores, inspiradores e consubstanciados em um novo Contrato Social, uma nova forma de enxergar o indivíduo, as verdades evidentes da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América¹³.

quando devem e quando podem nascer. Diz Bobbio que os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt os direitos humanos não são um dado, mas são um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Compõe esse construído axiológico, fruto da nossa história, do nosso passado, do nosso presente, a partir sempre de um espaço simbólico, de luta e ação social. Para Joaquín Herrera Flores os direitos humanos compõem a nossa racionalidade e resistência, traduzindo esses processos que abrem e consolidam espaço de luta pela dignidade humana, invocando uma plataforma emancipatória voltada de um lado à proteção à dignidade humana e por outro à prevenção ao sofrimento humano. Não apresentam uma história linear. Não são a história de uma marcha triunfal nem tampouco são a história de uma causa perdida de antemão, mas a constante na luta pela afirmação dos direitos humanos é serem a história de um combate, de uma luta e de ações sociais.” (PIOVESAN, 2009. p.107)

11 MAZZUOLI, Valério – **Curso de direitos humanos**. 4. Ed. São Paulo: Ed. Método, 2017. ISBN 978-85-309-7543-2

12 HUNT, Lynn – **A invenção dos direitos humanos; uma história**, 2009. p.13 e 14.

13 “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em

Desta Declaração alguns aspectos são indispensáveis de serem mencionados, a elevação do homem ao protagonismo do Contrato Social, a procura incansável pela felicidade individual, a equiparação de todos nos termos da Igualdade, e a Liberdade – libertadora – que define não homem, mas o permite viver.

Não bastasse a menção a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, cumpre mencionar o caráter precursor da Declaração de Direitos da Virgínia¹⁴ expressando ainda em seu artigo primeiro não apenas a Igualdade e Liberdade dos homens, mas a independência e garantias de Direito aos mesmos.

As verdades evidentes da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, exprimiam o desejo de libertação de um povo de seus colonizadores, por outro lado a Assembleia Nacional Francesa propunha uma mudança de paradigma social, um novo contrato com mesmos indivíduos, transportou a soberania anteriormente identificada na figura do Rei, à nação, afastando os Primeiro e Segundo Estados identificando a universalidade dos direitos dos cidadãos a contraposição ao *Ancien Régime*.

Os Direitos Humanos invadem a Europa, o centro do Mundo Ocidental, impactam o relacionamento dos Estados, a Revolução Francesa permeia diante do seu lema constituinte de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, o homem no centro das atenções dos das três declarações acima mencionadas.¹⁵

A Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão interpõem uma ruptura com o Antigo Regime, equiparam os indivíduos independente de seus laços de parentesco, afastam privilégios e transformam os Direitos mais humanos, nos termos do “Art.1.º Os Homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-

tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. Na realidade, a prudência recomenda que não se mudem os governos instituídos há muito tempo por motivos leves e passageiros; e, assim sendo, toda experiência tem mostrado que os homens estão mais dispostos a sofrer, enquanto os males são suportáveis, do que a se desagrar, abolindo as formas a que se acostumaram. Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objecto, indica o desígnio de reduzi-los ao despotismo absoluto, assistem-lhes o direito, bem como o dever, de abolir tais governos e instituir novos Guardiães para sua futura segurança. Tal tem sido o sofrimento paciente destas colónias e tal agora a necessidade que as força a alterar os sistemas anteriores de governo. A história do actual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidas injúrias e usurpações, tendo todos por objectivo directo o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os factos a um mundo cândido” (DECLARAÇÃO de Independência dos Estados Unidos da América. (04-07-1776).)

14 DECLARAÇÃO de Direitos de Virgínia. (12-06-1776).

15 “Como resultado, a publicação da declaração galvanizou imediatamente a opinião pública mundial sobre o tema dos direitos, tanto contra quanto à favor. Num sermão proferido em Londres em 4 de novembro de 1789, Richard Price, amigo de Benjamin Franklin e crítico frequente do governo inglês, tornou-se lírico a respeito dos novos direitos do homem. “Vivi para ver os direitos dos homens mais bem compreendidos do que nunca, e nações ansiando por liberdade que pareciam ter perdido a ideia do que isso fosse”.” (HUNT, 2009. p.p 13/14)

se na utilidade comum”¹⁶. Entretanto, os Direitos Humanos não findam à sua constatação, mas apenas iniciam sua peregrinação.

2.2 Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No período entre guerras, a recessão Norte Americana após crise de 1929 até a implementação do *new deal* – provocador do *welfare state* – tal qual o fortalecimento de movimentos Nacionalistas dos Estados do Velho e Novo Mundo e a consolidação de Regimes Fascistas, permitiram um ambiente internacional suficientemente instável para o desencadeamento da Segunda Grande Guerra Mundial.

A Carta das Nações Unidas é considerada o primeiro instrumento internacional de tutela, promoção e universalização dos Direitos Humanos nos pressupostos da Dignidade¹⁷. Entretanto, seu gênero contratual da mesma espécie, é inerente à sua formalidade de tratado internacional, estabelece uma discussão sobre um ambiente tolerante e pacífico de perspectiva global, ao tempo que comunica e ratifica aos Estados os vencedores da Grande Guerra, conclamando uma aliança militar, jurídica e econômica, nos termos de seu preâmbulo.

Os Cidadãos tutelados pelos limites de seus Estados, ou os homens e mulheres – Indivíduos – protegidos pela Carta, são detentores de Direitos Humanos que devem ser garantidos e observados em resposta aos Estados infratores, nos cenários domésticos ou mesmo internacional, como observa Mazzuoli¹⁸.

Os Direitos Humanos são apresentados pela Carta das Nações Unidas em um panorama horizontal de compreensão, sendo imprescindível sua eficácia *erga omnes* sua característica imperativa à todos os Estados da Comunidade Internacional, mesmo que não sejam signatários da mesma.¹⁹ A “Carta das Nações Unidas, já por si, contém normas substantivas sobre os direitos do homem”.²⁰

Ainda que Ana Maria Martins questione as omissões do presente do-

16 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão – **Assembleia Nacional Francesa**. (27-08-1789).

17 MARTINS, Ana Maria Guerra – **Direito Internacional dos Direitos Humanos**, 2017. pág. 100.

18 “O respeito as liberdades fundamentais e aos direitos humanos, com a consolidação da Carta das ONU, passou a ser preocupação internacional e propósito básico das Nações Unidas. Nesse cenário, os problemas internos dos Estados e suas relações com seus cidadãos passam a fazer parte de um contexto global de proteção, baseado na cooperação internacional e no desenvolvimento das relações pacíficas entre as Nações. Daí o motivo de a Carta da ONU, desde o seu segundo considerando, ter ficado impregnada da ideia de respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos) (MAZZUOLI, 2017. P. 74)

19 MARTINS, Ana Maria Guerra – **Direito Internacional dos Direitos Humanos**, 2017. p. 123-124.

20 MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Internacional**, 2016. P.334.

cumento como a “definição do conceito de direitos humanos, um catálogo de direitos humanos, a identificação do conteúdo de cada direito, a menção dos mecanismos de implementação e os mecanismos de garantia, destinados a assegurar a observância dos direitos humanos”²¹, o Art. 1.º, §3º da Carta das Nações Unidas é límpido quanto a promoção dos Direitos Humanos e a cooperação entre os Estados e servirá como fundamento encontrado na doutrina jurídica para suprir a inépcia formal do Poder Vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O Sistema de Proteção Global de Direitos Humanos, ou Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos é observado por Paulo Portela como inaugurador, “ponto de partida” do “parâmetro mínimo” a ser observado para proteção e efetivação da Dignidade Humana por todos os Estados e povos.²² Para Lafer²³, a DUDH é “um evento inaugural de uma nova concepção da vida internacional”.

Entretanto, uma ausência de um Poder Vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) é comumente discutida na Doutrina internacional, ainda que surja em contexto de interpretação da Carta das Nações Unidas, conforme supramencionado, ao que se percebe é que o documento jurídico que trata dos Direitos Humanos por essência e surge por meio de Declaração justamente para atender em um plano mais global por meio da interpretação e assimilação dos mesmos.

Jorge Miranda apresenta a Declaração dos Direitos Humanos como Princípios Gerais²⁴, assim sendo, Fonte de Direito Internacional, com estatura paralela aos Tratados nos termos do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu Art. 38, “c”²⁵.

Njal Hostmaelingen identifica o caráter normativo da DUDH, convergindo com a percepção e boa parte da Doutrina sobre a fundamentalização dos Direitos Humanos no cenário doméstico dos Estados, não possui apenas a estatura de recomendação jurídica internacional, mas a assimilação por Convenções Internacionais e Constituições dos próprios Estados membros permite a assimilação de um Poder Vinculante pelo caráter material²⁶.

Diante as diferentes percepções da natureza jurídica da Declaração Uni-

21 MARTINS, Ana Maria Guerra – **Direito Internacional dos Direitos Humanos**, 2017. pág. 123-124.

22 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves – **Direito Internacional Público e Privado**. 9. Ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. p. 869.

23 LAFER *apud* MAZZUOLI, Valério – **Curso de direitos humanos**, 2017. p. 84.

24 “A Declaração é um documento político – e não jurídico – e não há nenhum mecanismo específico de monitoramento associado a ela. No entanto, a Declaração é a base de muitas outras convenções legais vinculativas que foram adoptadas, tanto a nível regional como mundial” (MIRANDA, 2016. p. 335)

25 ESTATUTO da Corte Internacional de Justiça – **Assembleia Geral da ONU**. (01-06-1945)

26 “A Declaração é um documento político – e não jurídico – e não há nenhum mecanismo específico de monitoramento associado a ela. No entanto, a Declaração é a base de muitas outras convenções legais vinculativas que foram adoptadas, tanto a nível regional como mundial.” (HOSTMAELINGEN, 2016. p.17).

versal dos Direitos Humanos, não podemos desconsiderar sua importância como fonte Direito Internacional, seja pela assimilação principiológica, ou seja, pela percepção consuetudinária, mesmo que possa ser argumentado sua orientação pré-jurídica, não há um questionamento de sua natureza imperativa de normas de *jus cogens*.²⁷

Da mesma forma que a Doutrina Internacional percebe os Tratados Internacionais, como gênero e espécie de Documentos Jurídicos Internacionais, pode-se argumentar que a positivação dos Direitos Humanos nas Constituições dos Estados, permitiria a estes a classificação em gênero, enquanto aos Direitos Fundamentais seria destinada a nomenclatura de espécie. Os Homens, Indivíduos, anteriores aos Homens, Cidadãos.

José Joaquim Canotilho, ao analisar o chamado Constitucionalismo Global (Direito Internacional Constitucional), consequência da assimilação dos Direitos Humanos pelos Estados, percebeu um “colapso do constitucionalismo” vez que a adesão indiscriminada a Tratados Internacionais não garante a observação destes no cenário doméstico.²⁸

Paulo Portela, por sua vez, observa como pilar da Sociedade Internacional a Dignidade Humana, identificando este princípio como norteador de um ambiente internacional de valoração dos Direitos Humanos e passível de convivência e governabilidade²⁹.

A Dignidade Humana assume um protagonismo nos ordenamentos jurídicos internacional, perpassando pela coexistência das Dimensões dos Direitos Humanos, convalidado pela Recepção das Cartas Constitucionais dos Estados Ocidentais e intencionalmente disposto nos Títulos que tratam dos Direitos Fundamentais destas.

2.3 Os direitos fundamentais, constituição do Brasil e de Portugal

Os Direitos Humanos assumem um gigantesco protagonismo jurídico, seja pelos documentos jurídicos internacionais, seja por sua positivação nas

27 MARTINS, Ana Maria Guerra – **Direito Internacional dos Direitos Humanos**, 2017. p. 126-127.

28 “Um número significativo de estados tem aderido aos grandes pactos internacionais sobre os direitos humanos. A doutrina começa a falar de constitucionalismo global, centrado no núcleo essencial dos pactos sobre direitos individuais e políticos e sobre direitos económicos, sociais e culturais. A paradoxia reside nisto: bondade dos direitos fora das fronteiras; maldade dentro das fronteiras constitucionais internas. Poder-se-ia objectar que, na ordem internacional, se protege os direitos humanos com a <<suavidade>> da *soft law* internacional, e que, nas ordens constitucionais internas, se pretende garantir e proteger direitos fundamentais postuladores da validade e eficácia da *hard law* estatal. A duplicidade moral do <<discurso>> esconde-se na paradoxia: a <<fé>> nos direitos fundamentais exigirá apenas a existência de um <<direito pobre>> - sobretudo quando se visa garantir <<direitos dos pobres>>” (CANOTILHO, 2008. pp.134/135)

29 “A Carta das Nações Unidas não consagra direitos, nem cria órgãos de especificamente voltados a promover a observância dos direitos humanos no plano internacional. Entretanto define que a dignidade humana é um dos fundamentos da paz e do bem-estar no mundo e atribui, portanto, à promoção dos direitos humanos o caráter de tema prioritário da sociedade internacional.” (PORTELA, 2017. p. 868).

Constituições do Estados. São norteadores da percepção de justiça social e reestruturaram a denominação do Direito das Gentes, vez que compreendem os indivíduos como atores internacionais.

Cristina Queiroz observa os Direitos Humanos legitimados e tutelados em um plano internacional, global de autodeterminação coletiva, uma positivação do cenário doméstico e internacional.³⁰ Para tanto, Flávia Piovesan destaca um constructo axiológico dos Direitos Humanos, não findos, mas perenes em formação, que se fundamentam na Dignidade Humana.³¹

No ordenamento jurídico português, Ana Maria Guerra Martins, partirá da recepção das normas de Direito Internacional geral ou comum, estabelecida no Art. 8.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, para identificar a contemplação expressa das normas de Direito Internacional Consuetudinário Universal e identifica o Poder Vinculativo da DUDH – assimilada por vários atores internacionais – e expressa na CRP³².

O Art. 16º da Constituição da República Portuguesa, observa não apenas os Direitos Fundamentais aparentes na mesma, mas também aqueles presentes nos ordenamentos jurídicos internacionais. Da mesma forma, apresenta a recepção formal da Declaração Universal dos Direitos Humanos. É uma retomada dos Direitos Fundamentais em resposta ao regime fascista, derrubado pela Revolução dos Cravos mencionado próprio preâmbulo da Carta.

No espaço normativo brasileiro é latente, ainda no Art. 1 da Constituição Federal do Brasil, o alinhamento com dos Direitos Humanos Internacionais, não apenas com a Carta das Nações Unidas, recepcionada pelo Dec. N.º 19.841/1945³³, mas ainda, com Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – e seu Poder Vinculante anômalo – tal qual pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969.

A assimilação curial com os Direitos Humanos é expressa desde o Título Princípios Fundamentais – consagrando as dimensões do Estado Democrático de Direito brasileiro³⁴ – perpassando pelos Direitos e Garantias Fun-

30 QUEIROZ, Cristina – Direito Constitucional Internacional. Lisboa: Ed. Petrony, 2016. p. 70.

31 “Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.

Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido.” (PIOVESAN, 2006. p. 07)

32 “A questão que se coloca é a de saber quais as normas internacionais de proteção de direitos humanos que possuem natureza consuetudinária universal. Como exemplo ilustrativo podemos referir a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual, independentemente de sua origem – uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas – foi adquirindo um carácter vinculativo, por força da sua aplicação pelos diversos actores internacionais, sendo hoje considerada, pela maioria da doutrina, como Direito Internacional Consuetudinário geral.” (MARTINS, 2017. p 111).

33 DECRETO de promulgação da Carta das Nações Unidas – **Diário Oficial da União** de 1945-10-20.

34 PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**,

damentais do emblemático Art. 5º da Constituição do Brasil, e sendo complementado em grande parte dos dispositivos constitucionais brasileiros.

Flávia Piovesan, além de identificar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como a “primeira a elencar o princípio, como princípio fundamental a reger o Estado nas Relações Internacionais” destaca o protagonismo concedido por esta aos Direitos Humanos, sinalizando não apenas uma recepção em Direitos Fundamentais, mas atribuindo àqueles a capacidade de reger as relações internacionais.³⁵ Coadunando, Mazzuoli destaca sobre a Declaração de 1948 e a Constituição do Brasil de 1988³⁶.

Indispensável brevemente mencionar, sobre a eficácia dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, estabelecendo o papel dos Estados em seus cenários domésticos como garantidores e provedores destes direitos aos seus cidadãos, mas também no plano internacional, observando e proporcionando aos indivíduos um *status* de equiparação, nos termos dos Contratos Sociais modernos, fruto da identidade do Mundo Ocidental construído pelas Revoluções Modernas.

Os Direitos Humanos inerentes à condição de Indivíduo, transmutam-se em Direitos Fundamentais nas Constituições mencionadas estabelecendo um caráter imperativo na atividade do Estado provedor e garantidor de direitos tais quais a saúde, educação, trabalho, cultura, lazer aos seus cidadãos. A eficácia vertical no relacionamento entre Estado e Cidadãos de não agressão aos Direitos Fundamentais assim como a preservação destes no tempo das relações entre os particulares.

O Estado, compreendido também como garantidor da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre seus particulares, observa agora no plano horizontal a própria contundência de suas desigualdades estruturais sejam nos âmbitos econômico, político ou social, como discorre J. J. Canotilho.³⁷

Os particulares relacionam-se e este relacionamento está sujeito à controvérsias capazes de violar dos Direitos Humanos e ou Fundamentais, no espaço familiar, nas relações de emprego ou mesmo nas relações de consumo.

Cumprir destacar que a Constituição da República Portuguesa de 1976 apresenta em seu Art. 18 a eficácia direta dos Direitos Fundamentais, singu-

2009. p.26.

35 *idem*. p. 37.

36 “No âmbito do direito interno brasileiro a Declaração de 1948 serviu de paradigma para Constituição Federal de 1988, que literalmente “copiou” vários dos seus dispositivos, o que demonstra que o direito constitucional brasileiro atual está em perfeita consonância com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.” MAZZUOLI, 2017. p. 97)

37 “Se no paradigma tradicional, o governo, em sentido amplo, é erigido a vilão exclusivo do drama dos direitos, liberdades e garantias, agora procura-se saber se nos interstícios da liberdade intersubjectiva, se nos espaços disponíveis da autonomia contratual, se nas linhas horizontais das relações igualitárias jurídico-civis, alguém afivela a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual amputações, mais ou menos subteis, da esfera de protecção dos seus direitos fundamentais”(CANOTILHO, 2008. p. 86.)

larizando a mesma como uma das poucas que estabelece expressamente um Sistema de Proteção destes direitos em relação aos particulares ou poder público, percebe Ademir Júnior³⁸

Após à apresentação dos Direitos Humanos e de sua positivação nos Estados de Brasil e Portugal, a provocação quanto a garantia deles nos cenários domésticos e internacional. Ainda que os instrumentos normativos pretendam o respeito destes em todas as dimensões, o mundo globalizado proporciona diferentes processos evolutivos sociais entre os atores internacionais, não sendo possível estabelecer uma assimilação instantânea de todos os Direitos Humanos.

3. Direitos Humanos ao indivíduo e ao cidadão.

A afirmação da Dignidade Humana em resposta à Segunda Guerra Mundial, tal qual a primazia que este princípio absorve nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal, coaduna com a Europa reconstruída, dentro de um ambiente multipolarizado, consolidado pela União Europeia, e vivendo contemporaneamente ao avanço das Nova Tecnologias de Informação e Comunicação e a democratização da *internet*, neste mundo globalizado que a dignidade humana comunga com o ser indivíduo e ser cidadão, onde todos tem a capacidade real de interligação de interação, são singulares em suas constituições, e iguais em seus direitos.

Consoante as diferenças e particularidades de constituição dos indivíduos, ao mundo jurídico observa a igualdade de direitos, mesmo nas restrições de cidadanias impostas por nossos Estados, tal qual apresentado pelos ordenamentos jurídicos internacionais acima e nas Constituições de Brasil e Portugal.

Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil, expresse como Princípio Fundamental do Estado no Art. 1.º, II, “a cidadania”, III, “a dignidade da pessoa humana” ou posteriormente condicione a cidadania ao alistamento eleitoral, a chamada Constituição Cidadã, garante em seu Art. 5º, *caput* “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”, equiparando aos estrangeiros aos cidadãos.

Na Constituição da República Portuguesa o Art. 4.º define a cidadania portuguesa “São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional.” e é da mesma forma entendida aos estrangeiros no Art. 15. Assim como, a Dignidade da Pessoa Humana é expressa ainda no Art. 1.º dando a importância objetiva ao presente artigo.

Os critérios de cidadania supramencionados são infensos aos da demo-

38 JÚNIOR, Ademir de Oliveira Costa – **A eficácia vertical e horizontal dos Direitos Fundamentais.**

cracia clássica ateniense na Grécia, dispensa uma análise histórica jurídica sobre a percepção de cidadão, mas apenas observar a amplitude dos critérios estabelecidos em Portugal e Brasil convergentes ao seu próprio tempo, um mundo globalizado no qual a diferença entre Indivíduos e Cidadãos, poderia provocar o enfraquecimento de todo um combate dos Direitos Humanos.

A mutação da percepção de cidadania é que nos interessa. Se o cidadão grego era autóctone, homem, maior de idade, livre e possuía riquezas, uma cidadania censitária. Ao cidadão contemporâneo dos Estados de Brasil e Portugal é reservada uma assimilação ao indivíduo, como qualquer indivíduo detentor de direitos humanos e por consequência fundamentais.

A dignidade humana é “*unus pro omnibus, omnes pro uno*”. A compreensão de um por todos, garantida de todos por um. O Indivíduo internacional e os Cidadãos são tutelados pelos Estados, nos limites de seus espaços e na amplitude de seus compromissos internacionais. Ambiente Internacional Macro, ordenamentos internos observando os Direitos Humanos, a Dignidade.

Conclusão

1. O presente estudo provocou a possibilidade de diferentes percepções entre Direitos Humanos Internacionais e Direitos Fundamentais, a inquietude que o cenário internacional Ocidental perpassava por um movimento político conservador alinhavado pelo acesso instantâneo à informação, que transformou o mero Indivíduo em receptor, transportador e emissor de opiniões, construindo uma espécie de movimento reverso à Globalização, instituído na valoração dos espaços domésticos, da identidade nacional e de uma postura adversa a universalização;

A análise dos documentos internacionais de Direitos Humanos, a percepção doutrinária sobre o tema e principalmente a recepção constitucional de Brasil e Portugal, sob a nomenclatura de Direitos Fundamentais, nos indicaram as reflexões: Seria tão diferente a percepção entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos ora questionada? A observação constitucional não seria justamente a convalidação e atribuição de importância no plano interno, daqueles constituídos pela ação do homem e para o homem em resposta a exploração humana?

3. As premissas sobre os critérios de cidadania induziram o estudo na diferenciação entre Cidadão e Indivíduo – objeto constitucional dentro dos limites políticos, jurídicos e sociais dos Estados, observando então não apenas a diferença entre pessoas, mas também na formação dos próprios Estados, e seus Ordenamentos Jurídicos, que deveriam preterir o Indivíduo ao Cidadão;

4. A doutrina despertou o posicionamento contraposto à premissa, para tanto, nem só Indivíduo e Cidadão são observados como iguais nos Ordenamentos Jurídicos internos de Brasil e Portugal, como são tutelados no plano internacional por todos os Documentos Jurídicos de Direitos Humanos. Ou seja, os Direitos Fundamentais existiam pelas assimilações dos Direitos Hu-

manos, por sua positivação e afastar o Indivíduo Internacional do Cidadão, crendo em cenário doméstico preponderante ao espaço internacional era retroceder juridicamente.

5. Por fim, seria impossível insistir em argumento conflituoso entre o Cidadão e o Indivíduo internacional, ou enxergar diferenças substanciais entre os Direitos Fundamentais e Humanos, nos cumpriria apenas identificar que as releituras doutrinárias, tal qual os documentos jurídicos internos fortalecem cada vez mais a percepção de um Mundo Internacional, globalizado, onde a nacionalidade atribui a Dignidade Humana a singularidade do Cidadão, contudo não o exclui de ser indivíduo. Direitos Fundamentais inspirados nos Direitos Humanos Internacionais. O Mundo de todos, um Mundo para todos;

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-2033297-9

CARDOSO, Ciro Flamarion - **No limiar do Século XXI**. In Revista Tempo (Federal Fluminense). Rio de Janeiro. Vol.1 nº 2, 1996. p. 7-30.

HOSTMAELINGEN, Njal – **Direitos Humanos num relance**. Lisboa: Ed. Sílabo, 2016. ISBN 978-972-618-835-3.

HUNT, Lynn – **A invenção dos direitos humanos; uma história**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2009. ISBN 978-85-359-1459-7

MARTINS, Ana Maria Guerra – **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Ed. Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-2768-5

MAZZUOLI, Valério – **Curso de direitos humanos**. 4. Ed. São Paulo: Ed. Método, 2017. ISBN 978-85-309-7543-2

MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Internacional**. 6. Ed. Cascais: Ed. Principia, 2016. ISBN 978-989-716-143-8

PIOVESAN, Flávia – **Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea**. Caderno de Direito Constitucional, EMAGIS, Porto Alegre, Módulo V, p. 05-26, 2006. p. 07.

PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07413-2

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves – **Direito Internacional Público e Privado**. 9. Ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1079-6

QUEIROZ, Cristina – **Direito Constitucional Internacional**. Lisboa: Ed. Petrony, 2016. ISBN 978-972-685-230-8

TOFFLER, Alvin – **A Terceira Onda**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1980.

A TECNOLOGIA VAI AO ENCONTRO DA VIA DOS DIREITOS: O ACESSO TECNOLÓGICO À JUSTIÇA E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Wilson de Freitas Monteiro

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG). Pesquisador e Extensionista do Programa RECAJ-UFGM: Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos

Resumo:

Este resumo objetiva apresentar a noção de acesso à justiça pela via dos direitos e a pertinência dessa noção, no que tange a busca pela garantia da efetividade dos direitos. Em virtude da percepção cada vez maior de novas tecnologias na sociedade contemporânea, como a Inteligência Artificial, pretende-se analisar as interações de referida tecnologia no Poder Judiciário brasileiro sob a ótica do acesso via direitos. No que tange os aspectos técnicos do resumo, adota-se a vertente metodológica jurídico-social. Quanto ao tipo de investigação adotado, foi selecionado o jurídico-projetivo

Palavras-chave: Acesso à justiça; Via dos direitos; Novas tecnologias; Inteligência Artificial.

Introdução

O tema da pesquisa que se pretende desenvolver é o uso da Inteligência Artificial como meio de resolução de conflitos sob a perspectiva do acesso à justiça pela via dos direitos, no Brasil. A justificativa da relevância temática se pauta pelo problema fundamental da investigação proposta, qual seja: em que medida a Inteligência Artificial pode ser utilizada como via de efetivação do acesso à justiça, no Brasil, ao interpretar e resolver conflitos, sem catalisar violações a direitos atinentes aos sujeitos do conflito?

Como objetivo geral da pesquisa, tem-se: analisar os processos de incorporação de Inteligências Artificiais no Poder Judiciário, com vistas a promover o acesso à justiça pela via dos direitos. Desta forma, na construção do presente estudo, discutir-se-á que esta interpretação do acesso intenta garantir a efetividade dos direitos, por intermédio da informação e da socialização

com o condão de promover o recurso a uma instância judicial ou entidade à qual se reconheça legitimidade para suprimir eventual litígio, bem como a partir da efetiva reparação da injustiça ou desigualdade proveniente da violação do direito.

Assim, no presente trabalho, traz-se a ideia do efetivo acesso pela via dos direitos, que indica a possibilidade de participação na conformação do próprio direito, o que cria novas categorias de direito que, assim, são reconhecidas pelo Poder Judiciário (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014). Posto isso, o Judiciário brasileiro tem incorporado mecanismos tecnológicos capazes de figurar como uma via dos direitos, quais sejam, os aparatos de Inteligência Artificial, com o objetivo de otimizar o labor de seus servidores e a prestação jurisdicional à sociedade.

Desta feita, hodiernamente, já existem autômatos executando atividades humanas, inclusive, o ato de julgar. No entanto, partindo da perspectiva de que uma Inteligência Artificial se trata de uma sequência de instruções pré-determinadas, é inegável a plausibilidade de se ver uma máquina resolvendo os conflitos postos para exame da jurisdição, no Brasil, como pretende-se discutir no presente artigo.

Para se desenvolver a melhor execução do trabalho de investigação, o presente estudo pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), o tipo jurídico-projetivo. A técnica metodológica selecionada para a investigação proposta é a pesquisa teórica.

Breves comentários sobre o acesso à justiça pela via dos direitos

O acesso à justiça é a pedra de toque de todo regime democrático que intenta garantir direitos e não apenas proclamá-los. Nos anos 1980, com a publicação dos resultados do Projeto Florença, Cappelletti e Garth (1988) delimitaram três “ondas renovatórias” do acesso, são elas: (i) acesso ao Poder Judiciário pelos mais pobres, (ii) legitimação e proteção dos direitos coletivos e (iii) ampliação das formas de solução de conflitos. Em sequência, na década seguinte, Economides (1999) desenvolveu a ideia de uma quarta onda, norteadas pela necessidade de se reinterpretar a educação jurídica.

Contudo, o acesso à justiça precisa ser compreendido como uma conquista social e não apenas como um mero dado histórico. Nesse sentido, é necessário promover o acesso contra uma cultura de desigualdade social e como política pública, para tanto, a “via dos direitos” (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014) se revela um caminho adequado, que implica em reconhecer um processo de acesso à justiça contemporâneo, dinâmico e pautado em seu entendimento enquanto um direito fundamental. Assim sendo, é possível trabalhar o acesso à justiça pela via dos direitos e sua interação com a tecnologia, principalmente a Inteligência Artificial.

Partindo de uma concepção pós-liberal, Avritzer, Marona e Gomes

(2014) estabelecem que o acesso à justiça pela via dos direitos, se manifesta com a ampliação da efetivação dos direitos e da possibilidade de participação na conformação desses. Substancialmente, o acesso pela via dos direitos intenta garantir a efetividade dos direitos, através da informação, da socialização que permita o recurso a uma instância ou entidade a qual se reconheça legitimidade para solucionar um conflito, além da efetiva reparação da injustiça ou desigualdade decorrente da violação do direito.

Nesse sentido, é interessante trazer a noção de Fraser (2008), de reconhecimento como uma condição necessária para que todos os membros de um grupo sejam interpretados como parceiros integrais na interação social. Assim, o sistema de justiça é posto na fronteira da comunidade política, ao passo que também inclui e exclui alguns indivíduos e grupos da possibilidade de acessá-lo e/ou contestá-lo, haja vista que enfrentar a injustiça implica em permitir a organização e a participação na conformação do próprio direito (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014).

Desta forma, é imperativo agregar a cena digital à via dos direitos, em virtude do alto número de novas tecnologias interagindo com o sistema de justiça (v.g. o *Big Data* e a Inteligência Artificial). Por consequência, tem-se o acesso tecnológico à justiça, que não se restringe às vias formais, se manifesta em diversos cenários e necessita da contemplação às subalternidades da sociedade (LARA, 2019).

O acesso à justiça pela via da Inteligência Artificial no Poder Judiciário brasileiro

No tangente ao acesso tecnológico à justiça, Leme (2019), fez as vezes de mapear os contornos sociais deste novo desdobramento do acesso à justiça pela via de direitos, a partir das questões trabalhistas referentes aos motoristas do aplicativo multiplataforma Uber. Como ambiência de processamento das relações modernas, a teórica delimita a sociedade do controle - corpo social onde tudo é visto e monitorado em decorrência da presente era digital - como o espaço de processamento das relações envoltas pelas novas tecnologias e elucida a importância de se caminhar para uma sociedade menos desigual e sem o tratamento do trabalho humano como meio de exploração.

Nesse sentido, conveniente elucidar o mapeamento da quinta onda renovatória de acesso à justiça, levantada ao final da década de 2010, por Lara (2019). O mais recente desdobramento do movimento do acesso à justiça tem origem na captura de dados sensíveis, por intermédio das tecnologias de *big data*, manifestando-se na busca de efetivação dos direitos, especialmente os direitos sociais.

Tangenciando a perspectiva do acesso tecnológico à justiça, Sena e Leme (2018) afirmam que se percebe atualmente uma necessidade de alfabetização informacional para capacitar cidadãos a manipularem objetos tecnológicos, de modo a promover um uso consciente da tecnologia, vez que dificilmente há

que se falar em acesso tecnológico à justiça desvencilhado de conhecimento informacional. Referida perspectiva dialoga com o pensamento de Alves, Batista e Monteiro (2012), que reconhece o homem tecnológico como o homem rendido à manipulação da subjetividade pelo capital, cuja disputa íntima o dilacera, apontando, por consequência, a necessidade de controle social como questão estratégica de emancipação humana.

Na crescente da discussão, adentrando a temática da Inteligência Artificial, quanto ao componente “inteligência” que lhe é atribuído, adota-se a ideia de Shinohara (2018), que compreende a *machine learning* – em tradução livre, aprendizagem de máquina – como uma subárea da Ciência da Computação, com forte poder de ser associada ao dia a dia dos profissionais do Direito. Mencionada aprendizagem busca ensinar os computadores a atuarem de maneira natural, sem demonstrar que estão executando algo que foram previamente programados, por intermédio de uma combinação de tecnologias permissivas à tomada de decisões via algoritmos, corroborando a ideia de que computadores são desprovidos de senso crítico para interpretar o mundo, como os seres humanos fazem.

Com relação à discussão sobre as chances de as máquinas sobrepujarem os humanos, traz-se a visão de Kaplan (2016), que interpreta a possibilidade de a Inteligência Artificial superar o ser humano, como ferramentas de auxílio em atividades que, anteriormente, prescindiam da inteligência humana. Conforme expõe o teórico, as máquinas são programadas para executarem atividades bem definidas e não aquelas que estão envoltas por subjetividade.

Quanto à proximidade cada vez maior da Inteligência Artificial ao Direito, Hafner (2001) afirma que este é um domínio cada vez mais permissivo ao uso daquela. Para comprovar a afirmativa, mapeia-se o processo de entrosamento em caráter progressivo da adoção de algoritmos atrelado ao trabalho forense, principalmente nos locais de ofício da magistratura.

Concernente ao escopo social em que a Inteligência Artificial moderna está pautada, apresenta-se o conceito de sociedade em rede. Castells (2016) afirma que esta é estruturada de acordo com suas funções dominantes e se processa ao redor de redes, sendo uma sociedade capitalista em sua manifestação moderna. Para o autor, esta forma de sociedade não é produzida pela informação tecnológica, contudo é um novo espectro social que não existiria se não fosse a era digital, sendo mais que uma transformação morfológica usual.

Também é válido trazer a recente noção de capitalismo de vigilância, conceito esculpido por Zuboff (2019), a partir do mapeamento do contemporâneo processo de recessão democrática em escala global ou, ao menos, uma “desconsolidação” de democracias ocidentais que por muito tempo foram consideradas imunes a ameaças antidemocráticas. De acordo com Zuboff, o ideal democrático não é mais um imperativo sagrado, mesmo para os cidadãos de sociedades democráticas maduras, ideia esta que pode perfeitamente ser exemplificada com o cenário da democracia brasileira que se tem

hoje.

No tocante à disciplina dos direitos humanos – esta intrínseca ao acesso via direitos –, traz-se a perspectiva de novos direitos humanos a serem reconhecidos e garantidos, desenvolvida por Yuste (2020), os quais ele denomina de “neurodireitos”. O teórico afirma esta necessidade ao argumento de que as novas tecnologias de Inteligência Artificial poderão, cada vez mais, acessar, manipular e mudar os conteúdos da mente. Para o cientista, esta nova categoria dos direitos humanos deve ser amplamente reconhecida por protegerem não apenas o indivíduo, mas também o seu cérebro, uma vez que as novas máquinas podem acessar, manipular e mudar comportamentos e conteúdos pré-existentes na mente humana, seja de maneira direta ou indireta, como já se percebe pelo alto uso de tecnologias pelos indivíduos. Os neurodireitos mapeados são: (i) o direito à privacidade mental; (ii) o direito à identidade mental; (iii) o direito ao livre-arbítrio; (iv) o direito à proteção contra a manipulação; e (v) o direito ao acesso justo e igualitário às tecnologias de ampliação mental, dizendo, os dois últimos, respeito à sociedade e os demais aos indivíduos.

Contudo, nesta conjuntura moderna que se forma da convergência Direito/Tecnologia, há questões assustadoras e O’Neill (2016) demonstrou algumas delas, a partir do mapeamento em torno do uso de *big data* e algoritmos em diversos campos do espectro social, como os afetos ao Direito, o que pode levar a decisões que prejudicam os hipossuficientes, reforçam as variadas formas de racismo e amplificam o cenário de desigualdade social. Para O’Neill a perversidade de decisões proferidas por uma Inteligência Artificial está no fato de os sistemas de análise de dados serem propulsores cabais de barreiras que marginalizam e impedem a integração dos sujeitos subnotificados, a partir da habilidade que programas de *big data* tem de estigmatizar indivíduos em categorias e de impulsionar alienações de grupos inteiros, impedindo o acesso a direitos e oportunidades.

Desta forma, tem-se que a disciplina da Inteligência Artificial e a dos direitos humanos já apresentam intrínseca relação e caminham para uma compreensão conjunta. Por esta razão, é basilar a análise também associada ao acesso à justiça, essencialmente pela via dos direitos, haja vista que, conforme afirma Santos (1996), o acesso ao direito e à justiça é a haste de qualquer regime democrático e a democracia inexistente dissociada do respeito à garantia dos direitos humanos.

Nesse sentido, resta claro que o acesso tecnológico à justiça tem origem na coleta de dados, característica do referido *big data*, que permite a descoberta de padrões digitais e correlações inicialmente nebulosas, bem como auxiliam na tomada de decisões pelo indivíduo no meio digital (LARA, 2019). Nessa crescente, atualmente, o Direito tem se tornado um campo cada vez mais aberto à tecnologia, como se percebe, por exemplo, com a edição da Resolução nº 332 de 21 de agosto de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso

de Inteligência Artificial no Poder Judiciário.

Sobre a referida resolução, em seu primeiro ponto está disposto “que a Inteligência Artificial, ao ser aplicada no Poder Judiciário, pode contribuir com a agilidade e coerência do processo de tomada de decisão”. A mesma resolução também delimita “que, no desenvolvimento e na implantação da Inteligência Artificial, os tribunais deverão observar sua compatibilidade com os Direitos Fundamentais” (BRASIL, 2020).

No entanto, não se pode olvidar que a inserção de mecanismos tecnológicos nos tribunais não é uma novidade da segunda década do século XXI. Como expõem Andrade, Rosa e Pinto (2020), “a introdução da inteligência artificial nas práticas jurídicas resulta de décadas de estudos voltados à otimização do tempo e à uniformização de procedimentos para conferir maior harmonização e integração administrativa no Poder Judiciário brasileiro”.

A Inteligência Artificial no Poder Judiciário brasileiro

É válido salientar – dentro de uma concepção parafraseada da cibernética que bem se aplica ao Direito – (2019) bem delimitou o conceito de Inteligência Artificial, sendo essa o braço da Ciência da Computação que se propõe a desenvolver mecanismos eletrônicos com habilidades de simular a capacidade humana de interpretar, raciocinar, resolver problemas e tomar decisões. No entanto, não é correto afirmar que tais mecanismos sejam inteligentes, haja vista que a inteligência é um atributo da psique humana, sendo que “na verdade, os dispositivos que operam com a chamada Inteligência Artificial nada mais manifestam que as respostas previstas em suas linhas de programação.” (LARA, 2019, p. 89).

Nessa crescente, o pontapé inicial da discussão sobre emparelhamento do poder de decisão de uma máquina ao de um ser humano está posicionada na capacidade - ou ausência desta - de um autômato executar a tarefa de julgar de maneira satisfatória para os sujeitos do conflito, ato fundamentalmente dependente da habilidade cognitiva inteligente. No entanto, tendo por paradigma que um mecanismo de Inteligência Artificial, nos moldes da conjectura atual, se trata de um *software*, não há obstáculos para reconhecer a plausibilidade da existência de uma tecnologia com o poder de promover resoluções de conflitos, nos moldes do que já existe, com base em uma programação prévia.

Atualmente, o Poder Judiciário brasileiro tem utilizado programas de Inteligência Artificial ditas “fracas”, sobretudo na realização análise preditiva processual, essa se estruturando por intermédio da procura pela correspondência (GUIMARÃES, 2019). Nesse sentido,

o silogismo aristotélico pode ser lido em quatro vertentes (silogismo científico, dialético, poético e retórico). De todas essas possibilidades, no entanto, apenas a primeira, denominada pelo próprio Aristóteles de “silogismo científico”, serve para a inteligência artificial “fraca”, pois utiliza a dedução, a argumentação lógica e, no campo da inteli-

gência artificial, pode ser vista como a análise de algoritmos realizada por “*softwares*”. Esse silogismo científico trabalha com alto grau de previsibilidade, permitindo saber, dada uma determinada configuração algorítmica, qual resultado será alcançado (GUIMARÃES, 2019, p. 1569).

Em termos práticos, a Inteligência Artificial atua no Poder Judiciário replicando uma ação dependente da atividade cognitiva inteligente, ao reproduzir a compreensão de determinado objeto, com o intuito de chegar a todos os possíveis raciocínios. À essa altura, os silogismos se formam a partir das redes de algoritmos que são inseridos na máquina (GUIMARÃES, 2019).

Já existem exemplos de Inteligências Artificiais atuando em demandas postas a exame jurisdicional, por programação decorrente das respectivas redes de algoritmos. No Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, foi implantado o sistema Elis, um mecanismo que tria os processos e, na sequência, elabora uma minuta de sentença (MADEIRO, 2020). Em nível federal, existe o VICTOR, o invento tecnológico do Supremo Tribunal Federal, programado para ler os recursos extraordinários que chegam à suprema corte brasileira (BRASIL, 2018).

Entretanto, embora seja promissora a inclusão de mecanismos de Inteligência Artificial no Poder Judiciário brasileiro, este processo ganha contornos críticos que precisam ser analisados do ponto de vista ético, quando posicionados perante o acesso à justiça via direitos. Diz-se que a introdução de mecanismos biônicos nos meios de resoluções de conflitos presentes no Judiciário, voltados à melhor prestação jurisdicional, traz à tona uma questão para além da permissibilidade da substituição de mão de obra humana por máquinas: o perigo de catalisação de desigualdades sociais (LARA, 2019).

De acordo com Sena e Monteiro (2021, p. 9-10),

A razão pela qual a resolução de um conflito processada por uma Inteligência Artificial em um sistema democrático é inegavelmente perigosa se pauta em um anseio desmedido e acrítico pela automatização, por tudo aquilo que máquinas podem trazer ao labor nos tribunais, sem uma problematização real e ampla com a sociedade e não só com os usuários mais próximos do sistema de Justiça. O encantamento pelo auxílio de robôs previamente programados para replicar padrões de dados anteriormente coletados implica em afastar processos de reconhecimento dos indivíduos, considerando que a justiça, por mais que tenha suas burocracias, é construída caso a caso, o que demanda uma análise humana, mesmo que em funções que possam ser interpretadas, a *priori*, como repetitivas e de mera produção em massa. O que não se constitui, com toda certeza, da prática judiciária de solucionar conflitos, uma vez que cada conflito é único e, por mais que existam dados repetidos, ao final, não são idênticos.

Na crescente do passado, para se compreender os problemas em torno da primazia exacerbada no uso de autômatos no Judiciário brasileiro, é ne-

cessário entender todo a projeção que o uso das Inteligências Artificiais “fracas” tem, para evitar um cenário de desamparo aos direitos sociais. Com isto, legitimar a Inteligência Artificial como um instrumento passível de resolver conflitos consiste em reconhecer o uso de máquinas na atividade judiciária enquanto um caminho de reorientação do trabalho de todos os operadores do Direito, haja vista que a seara jurídica transcende os limites da magistratura.

Conclusão

Pelo exposto, para promover o acesso à justiça pela via dos direitos, é necessário que as informações relativas às garantias e possibilidades de tutelas dos indivíduos lhes sejam transmitidas de maneira clara e inteligível. Sob esta perspectiva, em seu viés tecnológico, o acesso via direitos passa a se manifestar cada vez mais nos ambientes digitais, em decorrência das modernas interações tecnológicas que, a cada dia, o impedem de se restringir apenas aos meios tradicionais.

Nessa toada, os desafios e as potencialidades do acesso perante tecnologias como a Inteligência Artificial são inúmeros. Com isso, toda cautela é necessária, quando o que se está em discussão é a reorientação paulatina do empenho realizado nos tribunais, sendo imprescindível a atenção aos jurisdicionados que terão seus conflitos resolvidos por uma Inteligência Artificial.

Conclui-se, preliminarmente, que as ações de Inteligências Artificiais nos tribunais devem ser informadas aos jurisdicionados do modo mais claro possível, com a garantia da análise pontual de cada conflito posto para exame. Assim, designar às máquinas a palavra final em soluções heterocompositivas não apenas configura um cenário de prestação jurisdicional desvencilhado da via dos direitos, como também afasta expectativas prévias com relação a quem colocará fim ao conflito, como a atenção aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Referências

ALVES, Giovanni; BATISTA, Roberto Leme; MONTEIRO, Arakin (Orgs.). **Trabalho e Sociabilidade**: Perspectiva do capitalismo global. Bauru: Canal 6, 2012.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. **Legal Tech: analytics**, inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada. Revista Direito GV (Online), v. 16, p. 1-22, 2020.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. **Cartografia da Justiça no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Projeto VICTOR do STF é apresentado em congresso internacional sobre tecnologia. **Portal Notícias STF**. 26 set. 2018 (f). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390818>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 332, de 21 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 24 nov. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2016.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia. In: Dulce Chaves Pandolfi, José Murilo de Carvalho, Leandro Piquet Carneiro, Mario Grynszpan. (Org.). **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FRASER, Nancy. **Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world**. Columbia University Press, 2008.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1555-1588, set.-dez, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5.ª Ed. São Paulo: Ed. Almedina, 2020.

HAFNER, Carole. *Legal reasoning models*. International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences, 2001. Disponível em: www.ccs.neu.edu/home/hafner/hafnerlegal.doc. Acesso em: 24 nov. 2021.

KAPLAN, Jerry. **Artificial Intelligence: What everyone needs to know**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

LARA, Caio Augusto Souza. **O acesso tecnológico à justiça: por um uso contra-hegemônico do big data e dos algoritmos**. Tese (doutorado) – Orientação: Adriana Goulart de Sena Orsini. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2019.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Da Máquina à Nuvem: caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber**. São Paulo: Ed. LTr, 2019.

MADEIRO, Carlos. **Seu processo mais rápido: robôs já assumem burocracias da Justiça do país**. Portal Uol, São Paulo, 03 mar. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/03/03/os-robos-vaos-salvar-das-burocracias-do-judiciario.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. Nova York: Broadway Books, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SENA, Adriana Goulart de, Orsini; LEME, Ana Carolina Reis Paes. Acesso Tecnológico à Justiça. In: Lucélia de Sena Alves, Adriana Goulart de Sena Orsini. (Orgs.).

Reflexões acerca do Acesso à Justiça pela via dos direitos. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2018, p. 189-210.

SENA, Adriana Goulart de, Orsini; MONTEIRO, Wilson de Freitas. A Inteligência Artificial como meio de resolução de conflitos e o acesso à justiça pela via dos direitos. In: Adriana Goulart de Sena Orsini; Dorinethe dos Santos Bentes; Nancy Vidal Meneghini. (Orgs.). **Acesso à justiça, Inteligência Artificial e tecnologias do processo judicial – I.** Belo Horizonte: Skema Business School, 2021. v. I. p. 5-12.

SHINOHARA, Luciane. Inteligência Artificial, *Machine Learning* e *Deep Learning*. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital aplicado 3.0.** São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

YUSTE, Rafael. **'Os neurodireitos são os novos direitos humanos', diz cientista espanhol.** [Entrevista concedida a] Paula Sperb. Folha de S. Paulo, São Paulo, 26 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2020/08/os-neurodireitos-sao-os-novos-direitos-humanos.shtml>. Acesso em: 25 nov. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power.* New York: PublicAffairrs, 2019.

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: OS DESAFIOS ENFRENTADOS DURANTE A PANDEMIA NO ESTADO DO MARANHÃO

Rafaela de Araújo Duarte

Servidora Pública Estadual – Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão; Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA; Pós-graduanda em Direito Público e Direito Constitucional.

Rosélia Araujo Rodrigues dos Santos

Mestranda em Direito e Afirmação de Vulneráveis pela Universidade CEUMA; Advogada; e Professora Universitária.

Resumo:

O presente artigo busca analisar os desafios enfrentados na efetivação das audiências de custódia no Estado do Maranhão durante a pandemia da Covid 19, mais precisamente no período de Março de 2020 a Maio de 2021. Para que esse trabalho fosse possível, foram realizadas pesquisas de cunho documental, observando os principais normativos que versam sobre o assunto, traçando um panorama histórico, perpassando pelos “primórdios” desse instituto até chegarmos aos dias atuais. A problemática dessa pesquisa advém da vulnerabilidade da população carcerária em relação às garantias de seus direitos fundamentais firmados, e buscou-se responder quais os principais efeitos percebidos pela atuação do Estado no sentido de assegurar os direitos desses vulneráveis. Como resultado do estudo, tem-se que o afastamento da audiência de custódia na forma presencial repercute na diminuição do alcance do sistema de garantia processual e de proteção dos direitos humanos à população encarcerada.

Palavras-chave: Audiência de custódia; Direitos Humanos; Recomendação 62; Pandemia; Sistema Prisional.

1. Introdução

Essa pesquisa teve como ponto inicial a relevância social do tema da audiência de custódia e sua relação com a proteção a essa parcela da população, já tão marginalizada, de forma que a proteção que lhes é assegurada deve

dar-se integralmente, considerando tanto as normas constitucionais quanto as normas postas em tratados e convenções internacionais, tendo em vista a complexidade da implantação de mecanismos no sistema prisional brasileiro, o que aponta, ainda, a relevância jurídica do estudo.

Quando da implementação das audiências de custódia, é importante frisar que alguns paradigmas foram rompidos frente à ordem anterior, em especial, na oportunidade do Estado de evitar tratamentos desumanos, permitindo que a voz do custodiado fosse ouvida perante o magistrado, para que seus direitos e liberdades primários fossem resguardados.

Dessa forma, o trabalho buscou examinar os efeitos percebidos pela atuação do Estado no sentido de assegurar os direitos da população carcerária em relação às garantias de seus direitos fundamentais firmados pelo aspecto convencional e constitucional. Para tanto, o estudo foi realizado tendo como bases o recorte temporal de Março de 2020 a Maio de 2021 e os relatórios da Unidade de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – UMF/TJMA-, bem como os dados gerados pelo SISTAC/CNJ, sistema próprio do Conselho Nacional de Justiça para fiscalizar, auferir e controlar as audiências de custódia em todo o país.

2. Audiência de custódia: conceito e linha do tempo

A audiência de custódia, conforme descrito no artigo 1º da Resolução n. 213/2015, do CNJ, consiste no ato de “que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”. Ademais, o artigo 13 da referida resolução preconiza que “a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva”, fazendo entender que a audiência de custódia não deve ficar restrita somente à prisão em flagrante, mas em toda prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou definitiva. Recentemente, em 2020, o STF ratificou tal entendimento, no julgamento do AgRg Rcl 29.303/RJ, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que as audiências de custódia devem ser feitas em todas as modalidades de prisão, ou seja, prisão em flagrante, prisões cautelares (temporárias e preventivas) e para cumprimento de pena. Ademais, determinou que a decisão tivesse efeito *erga omnes*, se estendendo a todos os outros Tribunais do país.

Conforme Lorena Ocampos:

“Audiência de custódia é o instrumento voltado para conferir imediatidade no processo penal, especificamente no seu momento mais crítico, em que a liberdade é cerceada. Consiste em um instrumento de porta de entrada do sistema de justiça criminal que pode ser definido na condução da pessoa presa, sem demora, à presença de uma

autoridade judiciária que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa técnica (Defensoria Pública ou advogado constituído), exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, bem como apreciar se os direitos fundamentais da pessoa presa foram respeitados, sobretudo no que diz respeito à presença de abusos desde o momento de sua prisão até a realização da audiência.” (OCAMPOS, 2021, pág. 20 e 21).

Deve-se ressaltar, sobretudo, a importância desse instituto para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visto que a audiência de custódia tem como condão principal averiguar as circunstâncias em que ocorreram a prisão, se houve tortura e/ou maus-tratos e, ainda, auxiliar na redução do número de presos provisórios – gargalo do sistema carcerário brasileiro –, pois o magistrado, no curso da audiência de custódia, deve analisar se a prisão foi legal (caso não seja, deverá ser relaxada), se será convertida em preventiva ou se poderá ser concedida liberdade provisória àquele momentaneamente custodiado, de acordo com o art. 310, do Código de Processo Penal.

A audiência de custódia, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – este último tendo sido incorporado no ordenamento brasileiro através do Decreto 592/1992 –, oportuniza à pessoa presa provisoriamente o rápido contato com o magistrado, que decidirá sobre os aspectos formais da prisão realizada, promovendo a reprimenda da arbitrariedade ou ilegalidade das prisões cautelares e a tutela de seus direitos fundamentais. No Brasil, no entanto, somente em 2015 ela foi, de fato, efetivada no sistema judicial, com a Resolução n. 213, de Dezembro de 2015, do CNJ, apesar dela ter iniciado a ocorrer em alguns estados desde o início do referido ano. Em 2019, a Lei 13.964, mais conhecida como Pacote Anticrime, introduziu a nomenclatura do termo “audiência de custódia” no CPP nos artigos 287 e 310.

Em 2020, com a declaração da pandemia da Covid-19 pelo SARS-CoV-2, houve a edição de algumas recomendações pelo CNJ, como a Recomendação n. 62, em março de 2020, que, em seu art. 8º, recomendou que Tribunais e magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerassem a pandemia da Covid-19 como motivação idônea para a não realização de audiências de custódia. A Recomendação foi alterada pela de número 68/2020, mantendo-se a possibilidade de suspensão das audiências de custódia. Somente em novembro de 2020, na 322ª Sessão Ordinária, o CNJ editou a Resolução 357, que permite a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial, enquanto durar a pandemia do novo coronavírus. Recentemente, em julho de 2021, o STF autorizou, através de uma liminar julgando a ADIn 6841, a realização de audiências de custódia por videoconferência enquanto perdurar a pandemia da covid-19. Seis ministros já votaram por referendar a decisão,

porém o ministro Gilmar Mendes pediu vista.

3. A necessidade da presença na audiência de custódia e a diminuição do alcance da mesma durante a pandemia

A audiência de custódia tornou-se um instrumento indispensável para o efetivo cumprimento e a valorização dos Direitos Fundamentais dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil e nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, sendo esta uma das finalidades da mesma: ajustar o processo penal brasileiro aos tratados, convenções e pactos internacionais de direitos humanos.

Ademais, uma segunda finalidade da audiência de custódia, e essa talvez seja a que carrega a essência desse instituto, é que o preso seja conduzido à figura do magistrado em até 24h da sua prisão, ou seja, evidencia a necessidade de um “encontro” presencial entre aquele que teve sua liberdade cerceada e aquele que deve julgá-la, ainda com a presença de outras figuras indispensáveis para o regular procedimento, como o advogado (ou defensor) e o promotor. Tal método mostra-se considerável para superar a “fronteira do papel”, de acordo com Lorena Ocampos:

“Outra finalidade da audiência de custódia revela-se na importância de se promover um encontro da pessoa presa com a autoridade judicial, de modo a superar a “fronteira do papel”, não sendo mero envio do auto de prisão em flagrante na forma prevista na legislação interna até a Lei nº 13.964/2019, com vigência a partir de 23 de janeiro de 2020. Como demonstrado (...), até a implementação das audiências de custódia, em 2015, as prisões em flagrante eram analisadas somente com base no auto de prisão em flagrante. Encontrar alguém deve nos levar a pensar em um diálogo, em uma conversa, em um momento de troca de informações e de relatos. O ambiente da audiência não deve impedir esse encontro, ao contrário, deve incentivá-lo.” (OCAMPOS, 2021, pág. 45).

Destarte, antes de 2015, quando se deu a implementação das audiências de custódia enquanto procedimento padrão após a prisão, a autoridade judiciária realizava a análise do Auto de Prisão em Flagrante (APF), ou seja, a decisão do magistrado era feita com base numa análise puramente documental, de um documento confeccionado de forma unilateral pela autoridade policial. Desse modo, não havia o contato imediato do acusado com o juiz, que somente ocorria de fato meses – ou até anos – após a prisão, quando era realizada a audiência de instrução e julgamento. Isso impedia que a autoridade judiciária tivesse uma visão mais completa da situação, bem como de toda a complexidade dos fatos apresentadas, pois o foco da análise era o auto de prisão em flagrante, o “papel”.

A partir da realização da audiência de custódia, o juiz obteve uma melhoria nesse procedimento, visto que pôde analisar de forma minuciosa a si-

tuação da pessoa presa, observando com seus próprios olhos as características pessoais do preso, o seu estado emocional e físico, bem como escoriações na pele ou qualquer desequilíbrio em sua pessoa etc. Essa mudança procedimental possibilitou ao acusado uma via mais humanizada com o seu julgamento, na qual ele poderia falar em defesa própria, na presença de seu advogado ou defensor, as circunstâncias de sua prisão, se ocorreu de forma legal ou se houve agressão, maus tratos, tortura, entre outras situações. Bandeira, Jesus e Silvestre destacam que:

“o contato com a pessoa presa obriga os juízes a olharem para o custodiado e verem as condições de cada um — de certa forma, expõe como a pessoa está. Se está machucada, em certa medida isso constrange o magistrado a dizer algo sobre aquele quadro, a questionar sobre uma possível agressão policial. A avaliação das prisões realizada por meio do papel invisibiliza situações como essa, que, no fundo, não seriam de interesse do juiz avaliar?”. (BANDEIRA; JESUS; SILVESTRE; 2020)

Compreende-se que o direito à presença em audiência de custódia é um direito fundamental do preso, pois esta é uma ferramenta eficaz na humanização do processo penal por meio do olhar do juiz para a pessoa que encontra-se ali, custodiada/presa, além de fortalecer a efetivação de princípios tão importantes para o processo penal, como a publicidade, a celeridade, a ampla defesa e o contraditório. Ademais, com a audiência de custódia pretende-se, sobretudo, assegurar ao preso o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal.

O encontro com o magistrado permite também que sejam analisados os casos de vulnerabilidade de cada cidadão, como população em situação de rua, situação de pobreza, uso de drogas e/ou álcool, pessoa com transtorno mental etc., sejam as vulnerabilidades individuais, sociais, coletivas ou pragmáticas. Isso faz com que o procedimento adotado pelo juiz leve em consideração todos esses fatores, ponderando cada caso com a decisão mais acertada e, caso necessário, inserindo o custodiado em programas de política pública para que receba o tratamento adequado. Percebe-se, assim, a importância da audiência de custódia para proteção e visibilidade concreta de uma categoria de indivíduos vulnerabilizados pela dura realidade do cárcere brasileiro.

Em novembro de 2020, o CNJ publicou um manual que trata da proteção social nas audiências de custódia, indicando parâmetros a serem seguidos no serviço de proteção aos custodiados e orientando a forma de atuação da autoridade judiciária nos casos em que constata-se a vulnerabilidade do preso. Destaca, ainda, a responsabilidade do Poder Judiciário, juntamente ao Poder Executivo, de contribuir com a proteção social dos custodiados/encarcera-

dos, sobretudo daqueles que constam no rol de maior vulnerabilidade.

Diante do que já foi dito, percebe-se que as audiências de custódia são de grande importância para a proteção da dignidade da pessoa humana, em inúmeros fatores relacionados, principalmente no que diz respeito à questão da tortura. Ademais, subentende-se que para que a audiência de custódia atinja sua finalidade ela deve ser presencial, com vistas a possibilitar que o juiz, o defensor e o promotor consigam visualizar a figura do preso como pessoa que é, e não somente como um número/uma estatística ou uma “folha de papel” (análise do APF).

4. As audiências de custódia no estado do Maranhão durante o período da pandemia, mais precisamente entre março de 2020 a maio de 2021

É nesse sentido que com o início da pandemia da Covid em março de 2020, o CNJ recomendou, através da Recomendação n. 62/2020, que as audiências de custódia fossem suspensas para conter o avanço dos casos de covid, sobretudo em relação à vulnerabilidade dos encarcerados. De março a novembro de 2020, quando o CNJ editou a Resolução 357/2020, as audiências de custódia foram suspensas no Estado do Maranhão, voltando-se à prática anterior de análise dos autos de prisão em flagrante, o que impede um olhar apurado do juiz sobre o preso, bem como impossibilita ao encarcerado a denúncia de irregularidades no momento da prisão ou de relatos de tortura e/ou maus-tratos. Em novembro de 2020, com a edição da Resolução 357/2020, o CNJ permitiu que as audiências de custódia ocorressem por videoconferência, enquanto permanecesse o período pandêmico.

É interessante pontuar que, naquele momento de gravidade da situação pandêmica, a audiência de custódia por videoconferência serviu para que a autoridade judicial tivesse ao menos um contato ínfimo com o preso, não ficando restrito somente à análise dos autos de prisão, mas portanto deve-se ressaltar que a audiência de custódia por videoconferência não atinge por completo uma de suas finalidades, que é apurar relatos de torturas e/ou maus-tratos decorrente dos agentes no momento ou logo após a prisão. Por isso, a audiência de custódia por videoconferência deve ser tratada com muita cautela e utilizada somente em casos de extrema necessidade, quando não seja realmente possível fazer de forma presencial. Ela deve ser a exceção, e não a regra.

No Estado do Maranhão, a análise de dados sobre as audiências de custódia deu-se a partir de relatórios gerados pela UMF-TJMA (cruzando informações da SEAP e do SISTAC/CNJ) e relatórios gerados pelo próprio SISTAC (sistema desenvolvido pelo CNJ com a finalidade de registrar as audiências e a produção das atas resultantes delas). Através dos relatórios da UMF, as audiências ficaram suspensas desde março de 2020 (quando saiu a Recomendação n. 62/CNJ) e somente a partir de fevereiro de 2021 os relatórios

passaram a ser produzidos novamente, com dados das audiências de custódia realizadas tanto na Central de Inquéritos de São Luís quanto no restante do estado do MA.

De acordo com notícia publicada no site do CNJ, no Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), a primeira audiência de custódia de forma remota foi realizada no dia 11 de dezembro na Central de Inquéritos e Custódia da cidade de Imperatriz (MA). Para realizar, o tribunal adotou uma série de cautelas para preservar o direito da pessoa detida, como salas monitoradas e com câmeras, com a pessoa presa filmada no caminho da audiência, sendo acompanhado por seu representante e podendo pedir presença do Ministério Público para denunciar eventuais maus tratos, além de a pessoa passar por exame de corpo de delito antes de entrar na sala de videoconferência. (CNJ, 2021).

De acordo com dados retirados do SISTAC/CNJ (2021), na qual verifica-se que no período de março de 2020 a maio de 2021, ocorreram no Brasil 54.734 audiências de custódia, e dessas somente 1.556 foram feitas no estado do Maranhão. Das audiências de custódia realizadas no Maranhão no período referido, em 260 delas houve relatos de tortura/maus-tratos, o que corresponde a quase 17% das audiências ocorridas. A isso soma-se o fato de que numa audiência de custódia por videoconferência, o preso não se sente totalmente confortável para denunciar possíveis violações ocorridas, pois que o próprio ambiente muitas vezes não lhe “passa” confiança/segurança.

Complementando os dados acima, a tabela abaixo traz de forma detalhada os números das audiências de custódia, de acordo com os dados inferidos do SISTAC/CNJ. Conforme o sistema, em março de 2020 houve uma ocorrência de 261 audiências de custódia, o que contrasta com os meses seguintes (de abril a novembro de 2020), já com a suspensão das mesmas, devido à crise pandêmica. A partir de dezembro de 2020, quando elas passaram a ser realizada por videoconferência, pode-se observar um crescimento em relação aos meses anteriores. Porém, todos os meses em que foram realizadas audiências de custódia, foram também depurados relatos de torturas pelos custodiados, conforme se apura das 260 ocorrências apontadas entre o período estudado, apesar da dificuldade de relatar tais fatos em meio a uma audiência virtual.

SISTAC – CNJ						
	Total de audiências	Prisão Domíliciar	Liberdade Concedida	Prisão Preventiva	Serviço Social	Relato Tortura/ Maus tratos
MARÇO 2020	261	1	122	138	3	30
ABRIL 2020	3	0	1	2	0	0
MAIO 2020	3	0	1	2	0	1
JUNHO 2020	2	0	1	1	0	0
JULHO 2020	1	0	0	1	0	0
AGOSTO 2020	1	0	1	0	0	0
SETEMBRO 2020	1	0	1	0	0	0
OUTUBRO 2020	8	0	5	3	0	0
NOVEMBRO 2020	0	0	0	0	0	0
DEZEMBRO 2020	67	0	30	37	2	15
JANEIRO 2021	133	1	69	63	15	20
FEVEREIRO 2021	154	0	98	56	11	36
MARÇO 2021	345	1	180	164	22	62
ABRIL 2021	224	1	103	120	29	34
MAIO 2021	353	1	156	196	20	62

Fonte: SISTAC/CNJ (2021).

Nesse ponto é importante, mais uma vez, destacar que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão. Nas palavras da professora Lorena:

A presença física permite não somente que se investigue vestígios visuais (além do laudo do IML feito por peritos, o juiz pode fazer essa detecção na audiência), mas pressupõe a possibilidade de o preso se sentir em um ambiente seguro e favorável ao relato de torturas, maus tratos ou outros tratamentos degradantes. Ademais, o contato virtual, por meio de uma tela de computador ou de televisão, não é suficiente ou adequado porque impossibilita a percepção do caso e do acusado pelo julgador.³¹⁰ Como, então, apurar marcas de violência à distância, se a presença física é a melhor forma de verificar os vestígios? Como romper a barreira do papel e das telas para a consagração efetiva da oralidade? (OCAMPOS, 2021, pág. 98).

De acordo com artigo da professora Manuela Abath Valença (2021), nos países em que a videoconferência passou a se destacar nos procedimentos criminais, “houve críticas direcionadas ao seu potencial violador de direitos dos apresentados, além de representar uma perda de força e de oportunidade sobretudo para o preso e para a sua defesa técnica, o que poderá resultar em mais decretações de prisão preventiva”. Portanto, ao tratarmos da audiência

de custódia, não é possível conceber que a videoconferência atenda às finalidades e aos objetivos específicos do instituto, pois a audiência de custódia deve garantir que o preso seja posto na presença do juiz, para que este último possa ouvi-lo.

Considerações finais

O Brasil quando aderiu à audiência de custódia tinha como principal finalidade preservar a integridade física e psicológica do preso, assegurando-o tratamento digno quando da prisão.

Nesse sentido, atos normativos internos e tratados firmados, trouxeram mecanismos de apresentação do preso ao magistrado para acompanhar as primeiras ocorrências após a prisão, inclusive, permitindo-o avaliar se caberiam outras medidas diversas da prisão ou, até mesmo, assegurava a ciência sobre maus tratos ou torturas no momento da prisão.

Ocorre que a pandemia trouxe uma realidade compromissada em que o Estado adotasse medidas urgentes para contenção da contaminação por contato, o que autorizou a Resolução nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça que suspendeu, em todo Brasil as audiências de custódias.

Assim, durante o período de 2020, o Maranhão seguiu a suspensão determinada pelo Conselho Nacional de Justiça. Apesar desse retorno ter ocorrido percebe-se, no Brasil, uma certa resistência ao retorno das atividades de apresentação do custodiado de forma presencial. Acreditando-se que seria, a apresentação virtual, uma alternativa viável e compatível com o instituto da custódia.

O equívoco das medidas é o não reconhecimento da apresentação do preso à autoridade judiciária presencialmente como sendo um direito fundamental, que está alicerçado na proteção ao vulnerável constante na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não está sendo efetivada, ao contrário, está sofrendo retrocesso. A conclusão que se pode perceber é que a vulnerabilidade do custodiado foi comprometida com a suspensão das audiências de custódia, causando um enfraquecimento da política.

Referências

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **Maranhão realiza audiências de custódia por videoconferência**. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/maranhao-realiza-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia/>>. Acesso em 05 out. 2021.

BANDEIRA, Ana Luiza; JESUS, Maria Gorete; SILVESTRE, Giane. “Pandemia, prisão e violência: Os efeitos da suspensão das audiências de custódia na cidade de São Paulo”. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Reflexões na Pandemia**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2020/09/SILVESTRE-JESUS-BANDEIRA-Pandemia_pri-sa.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62**, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 68**, de 17 de junho de 2020. Acrescenta o art. 8º-A à Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar a vigência por noventa dias. Brasília: de 2020. Conselho Nacional Justiça, Disponível em: de <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3364>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213**, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: 2015. Conselho Nacional Justiça, Disponível em: de <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 357**, de 26 de novembro de 2020. Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>> Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos na audiência de custódia**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de proteção social na audiência de custódia: parâmetros para o serviço de atendimento à pessoa custodiada**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_protecao_social-web.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. SISTAC. **Estatísticas sobre audiências de custódia**. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488=-480e40-ef-a6fa46-7a89074abd&sheet-ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: parâmetros gerais**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_juridico_1-web.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação, Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 29.303/RJ**, Relator Min. Edson Fachin, julgado em 10 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fachin-extensao-audiencias-custodia.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

OCAMPOS, Lorena Alves. **O direito à presença em audiência de custódia como direito fundamental: uma análise do cenário do Distrito Federal em 2019-2020**. 2021. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/3232>>. Acesso em: 14 set. 2021.

VALENÇA, Manuela Abath. **Audiências de custódia por videoconferência: o que está em jogo?** Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-23/valenca-audiencias-custodia-videoconferencia>> Acesso em: 27 abr. 2021.

A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES À CRIOGENIA HUMANA E À MANIPULAÇÃO GENÉTICA

João Ricardo Fornazari Bini

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, graduado em Direito pela Unicuritiba, Curitiba.

Resumo:

O presente trabalho analisou a judicialização dos direitos fundamentais nos casos de criogenia humana e manipulação de material genético de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. O tema é atual e revela importância porque serve para resguardar a segurança jurídica das decisões que vem ocorrendo nos Tribunais pátrios. O objetivo geral consistiu em analisar a judicialização e aplicação dos direitos fundamentais na criogenia e manipulação genética, com aplicação nos tratos doutrinário, legislativo e judicial, com análise dos entraves para o seu cumprimento e consequências jurídicas. O estudo ocorreu de modo exploratório e qualitativo, com pesquisa bibliográfica, documental e análise de conteúdo de fontes levantadas em casos e jurisprudência que confrontam a aplicação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Criogenia humana; Manipulação genética; Segurança jurídica.

Introdução

1.1 Criogenia e genética (breve histórico)

Segundo Santos (2020), citado por Casella e Ferreira (2020), Robert Ettinger criou o procedimento de criogenia humana no ano de 1970. Essa técnica consiste no uso de temperaturas extremamente baixas para o congelamento de pacientes, com o objetivo de restaurar no futuro a vida com preservação da saúde por meio da tecnologia e da medicina. Mesmo sem comprovação científica de retorno à vida, essa técnica é bastante utilizada nos Estados Unidos e, como existem estudos apontando a possibilidade de regeneração celular e tecidual, a recuperação de pacientes criopreservados poderia ser possível com o desenvolvimento da Nanotecnologia.

Ramos e Benedito (2019, pg. 25) citam que “criogenia consiste na colo-

cação do cadáver dentro de um tanque de nitrogênio líquido, a uma temperatura de -196°C . A ideia é que o corpo permaneça congelado para que futuramente possa ser trazido novamente à vida”. Em complementação, as autoras referem que as duas maiores clínicas de criogenia dos Estados Unidos da América (EUA), a *Alcor Life Extension Foundation* e a *Cryonics Institute* defendem essa técnica apontando justificativas. A primeira clínica, para justificar esse procedimento, elenca três elementos básicos: a vida pode ser interrompida e reiniciada se sua estrutura básica for preservada; a vitrificação pode preservar bem a estrutura biológica do corpo humano e; a ciência é capaz de prever métodos para reparar a estrutura no nível molecular. Por outro lado, a *Cryonics Institute* argumenta que a criogenia fornece o panorama da imortalidade, com o objetivo de fornecer uma segunda chance de vida às pessoas.

As etapas do processo de criopreservação de corpos são duas, ou seja, a primeira é a criogenia em si e, a segunda, o processo reverso, o descongelamento. Contudo, essa segunda etapa permanece como um grande desafio pelo tempo dispensado, pois para que se obtenha sucesso futuro, o processo deve ser iniciado imediatamente após a morte, para que células não sejam comprometidas (RAMOS; BENEDITO, 2019).

De outra banda, a manipulação genética consiste na modificação dos genes em determinado organismo, que se encontra fora do seu processo de reprodução natural. Por meio de conhecimentos científicos como a genética, a biologia e outros, esse processo de modificação reformula, reconstitui ou reproduz uma combinação de genes, e até mesmo pode criar seres vivos. Nesse aspecto, a manipulação genética envolve o estudo do genoma para se ter conhecimento de pré-disposição a determinadas doenças, bem como a análise de gametas que permite definir qual é o mais saudável para uma possível fecundação ou também para a modificação de características indesejadas de um embrião na procura de uma cura a determinadas doenças. Entretanto, a manipulação genética terapêutica, usada para tratamentos, difere de uma experimentação genética, que é a fase anterior e com efeitos desconhecidos (EGG, 2002).

Para Barbas (2007), a ciência do século XIX foi a química, enquanto que a física foi a do século XX, com a extraordinária modificação do átomo. No século XXI, a genética tomou frente e a autora refere que ainda assistiremos aos mais inusitados acontecimentos, por meio da manipulação dos genes de todos os seres vivos, incluindo o próprio homem. Ainda, afirma que a genética é a quarta evolução da Medicina, sendo que o combate a infecções através de medidas sanitárias foi a primeira, seguida pelo aperfeiçoamento da cirurgia com auxílio da anestesia, da vacinação e do recurso aos antibióticos.

Vale lembrar que a descoberta do DNA aconteceu na cidade de Nova Iorque, em 1944 por O. T. Avery, e permitiu um conhecimento mais claro do mecanismo de transmissão dos caracteres hereditários. Porém, somente no ano de 2000 é que a primeira sequência do genoma humano foi publicada e, em 2001, o mapa do código genético humano foi divulgado em diversos paí-

ses ao mesmo tempo (BARBAS, 2007).

Com efeito, a União Europeia defende que a prevenção e a terapia de doenças hereditárias podem ser possíveis através do conhecimento de mecanismos da função genética e da construção de um mapa genético e fisiológico detalhados, bem como a sequenciação de áreas com especial interesse clínico, isto é, o estudo do genoma humano (BARBAS, 2007). Contudo, Maluf (2020) cita que os documentos referentes aos direitos humanos e bioética de cunho internacional são inúmeros e, em 1990, foi lançado nos Estados Unidos da América (EUA) o Projeto Genoma Humano, o qual foi caracterizado como um consórcio internacional e, no Brasil, segundo Barbas (2007) a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, iniciou a coordenação do PROJETO GENOMA-FAPESP sete anos depois, com o sequenciamento da *Xylella fastidiosa*.

Entretanto, para Goulart e colaboradores (2010), esse projeto causou grandes expectativas no campo da pesquisa, principalmente com a possibilidade de rastrear genes associados a doenças ou a aspectos comportamentais, permitindo, assim, uma intervenção genética para resolução de problemas relacionados a esses distúrbios.

1.2 A bioética e o biodireito (princípios)

A bioética, segundo Maluf (2020, pg. 18), é conceituada como sendo:

“[...] o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia e direito que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental, considera, portanto, condições onde não existe consenso moral como a fertilização in vitro, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células-tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações”.

Em outras palavras, a autora sintetiza a citação de Leo Pessini, caracterizando a bioética como o estudo da “moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida”. Entretanto, refere que a ética é aplicada de maneiras diferentes entre vários países, considerando-se valores como ideologia, religião e cultura.

Ainda para Maluf (2020,), o biodireito tem como objetivo principal a vida, tendo como princípio que a verdade jurídica não deve se sobrepor à ética e ao direito, bem como a evolução científica não deverá acobertar crimes contra a dignidade humana ou representar destinos da humanidade sem limitações.

“O biodireito pode ser definido como o novo ramo de estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e

Cabe aqui ressaltar que Maluf (2020) aponta o biodireito como “regulamentação jurídica da problemática da bioética”, visto que simples relações entre ética e direito são interligadas, sendo que a primeira é a prática do direito e esse, por sua vez, é a manifestação positiva da ética. Assim, a bioética encontra-se em associação com cinco tópicos, sendo: ética, direitos civil, penal, ambiental e constitucional.

Ainda nesse contexto, define que o biodireito possui vários princípios básicos, podendo ser numerados como oito. O primeiro deles trata da autonomia, sendo ligado ao autogoverno humano, estabelecendo que toda decisão clínica sobre tratamentos e experimentos deve ser tomada em comum acordo com o médico. O segundo, da beneficência, refere-se ao bem estar do paciente frente à conduta médica ou experimento, e considera que o profissional da saúde irá desenvolver seu trabalho respeitando os princípios morais da pesquisa científica. A sacralidade da vida é o terceiro princípio, o qual valoriza a proteção à sobrevivência em atividades médico-científicas, em pertinência ao art. 5º da Constituição Federal, enquanto que a dignidade humana (quarto princípio) deve ser sempre respeitada nas práticas médicas e biotecnológicas. A imparcialidade da distribuição de riscos e benefícios de todos os participantes de uma pesquisa e práticas médicas, nacionais ou internacionais, é referida como o quinto princípio e, o sexto, da cooperação entre povos, aborda o livre intercâmbio de experimentos científicos e do auxílio tecnológico mútuo entre países, respeitando tanto a preservação ambiental quanto dos seres vivos. O princípio da precaução (sétimo) preconiza que sejam tomados cuidados prévios em práticas médicas e biotecnológicas acerca de atividades que poderiam causar danos, seja ao homem, espécies ou ao meio ambiente, enquanto que o princípio da ubiquidade, o último, remete o meio ambiente com presença em todos os lugares e a genética permanentemente íntegra, valorizando a proteção às espécies, ao meio ambiente, à biodiversidade e ao patrimônio genético (MALUF, 2020).

1.3 Reprodução humana assistida e genoma humano

O filósofo grego Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.) já demonstrava preocupações com a definição de vida, afirmando, em sua obra *De anima*, que a sua presença e da alma estão intimamente ligadas, ou seja, tudo que possui alma tem vida.

Com os novos valores éticos e morais em relação aos conhecimentos técnico-científicos, foi observado que a não fertilidade poderia estar ligada a distúrbios psiquiátricos, tais como depressão e ansiedade e, portanto, o entendimento mais profundo do processo da reprodução foi se tornando cada vez mais desafiador para as ciências. Sob esse aspecto, a ciência continuava com buscas incessantes pela resposta sobre a origem da vida e como controlar esse

processo, até nascer o primeiro bebê de proveta, na Inglaterra, em 1978 e, no Brasil, em 1984. A partir daí, foram criadas várias técnicas para buscar o tratamento e a cura da infertilidade, dentre elas a fertilização *in vitro*, a doação de gametas, o útero de aluguel ou o seu transplante.

As técnicas para a Reprodução Assistida (RA) são várias, como por exemplo, procedimento cirúrgico, coito programado, transplante de útero, indução de ovulação e outros. Porém, na fertilização *in vitro*, é usado um conjunto de técnicas em que células germinativas femininas e masculinas, os gametas, são acondicionadas em meio específico e, caso aconteça uma fecundação, após dois ou três dias os embriões são criopreservados ou depositados no útero através da vagina da mulher. Em contrapartida, na inseminação artificial, espermatozoides são introduzidos no trato genital feminino e, no procedimento de injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), este é aplicado diretamente no citoplasma do gameta feminino (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

Como as técnicas de RA evoluíram rapidamente e acabaram por levantar importantes questionamentos a partir do primeiro nascimento de um bebê por meio delas, a ciência foi obrigada a buscar explicações para o que colocava como fato. Assim sendo, o Conselho Federal de Medicina (CFM) lançou a primeira resolução dispondo sobre as normas técnicas de RA em 1992 (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

Em relação às técnicas reprodutivas, especialmente a reprodução *in vitro*, Cohen e Oliveira (2020) citam que os avanços tecnológicos resultaram não somente na solução da infertilidade, mas também em uma variada gama de alternativas, entre as quais:

“1. A criopreservação de espermatozoides e embriões, embora reúna grandes desafios éticos, como o uso de gameta masculino pós morte ou o abandono de embriões excedentes por alguns casais e sem uma definição de qual o seu destino; 2. A micromanipulação de células, em que é possível injetar um único espermatozoide no interior do óvulo para reverter os casos severos da baixa contagem masculina; 3. [...] o maior desafio reprodutivo reside nas formas de preservar a fertilidade feminina, pois as mulheres tendem a desejar a gravidez mais tarde, quando a viabilidade dos óvulos declina” (COHEN; OLIVEIRA, 2020, pg. 355-357).

É importante destacar que, para França (2020), o descarte de embriões remanescentes é uma questão frágil na RA, principalmente quando usada a técnica de fertilização *in vitro*.

Conforme Barbas (2007) e Goulart e seus colaboradores (2010), toda a informação hereditária de um organismo está codificada em moléculas presentes no núcleo das células, ou seja, no Ácido Desoxirribonucleico (DNA) ou, em alguns casos de vírus, no Ácido Ribonucleico (RNA). Essa informação é denominada genoma, o qual é único e não se repete, como também é

específico a cada indivíduo e considerado como o suporte do corpo e a estrutura do ser humano. Portanto é merecedor de ser tutelado e gozar de dignidade humana (BARBAS, 2007).

“O genoma humano é o compêndio de toda a herança genética herdada de seus pais, pelo ser humano, no momento da concepção. É a herança genética que contém as instruções do que virá a acontecer ao longo da existência do ser humano; qual será sua estatura, a cor da sua pele, seus cabelos e os olhos, se será afligido por doenças fatais e por quais delas, dentre outras tantas informações” (OLIVEIRA, 2001, pg. 49).

Respeitando os valores éticos, sócio culturais, econômicos e religiosos, cada país precisa tutelar, tanto a nível de DNA e RNA quanto sob o aspecto intangível, o genoma de cada indivíduo. Portanto, o direito a esse genoma humano enquadra o estatuto jurídico do homem nos moldes de um tecido jurídico justo, absorvendo a ideia de igualdade e fraternidade provenientes da dignidade da pessoa humana. Então, o Direito ao genoma, como sendo originário desde a concepção, classifica-se como um direito essencial da personalidade, com caráter inalienável, irrenunciável e imprescritível (BARBAS, 2007).

A referida autora ainda cita que assim como ocorre em Portugal, várias legislações consideram a autonomia de uma pessoa somente após o nascimento, o qual é identificado como um marco decisivo para tal e que seres humanos ainda são dependentes da mãe quando ainda se encontram no interior de um útero.

“O artigo 66.º do actual Código Civil actual estatui que a personalidade só se adquire no momento do nascimento completo e com vida. O Sistema Português considera que só há personalidade se houver vida, independentemente da sua duração. Ou seja, o nado-morto não é pessoa. A ordem jurídica embora não reconheça o nascituro um sujeito de direito leva em consideração o fato de que, futuramente, o será. Na orientação o nascituro é nomeadamente, titular de uma vocação sucessória e pode receber doações. A proteção dos direitos dos nascituros é matéria de fato que transcende a própria personalidade” (BARBAS, 2007, pg. 183).

A nível filosófico essa problemática traz inúmeras consequências por estar intimamente ligada com opções essenciais do Direito do genoma, tornando primordial uma análise, mesmo que superficial, do personalismo jurídico.

Para que a tutela dos direitos do homem (ou a promoção da mesma) encontre fundamento na sua própria essência, cabe ao direito seu enquadramento nos princípios de um autêntico humanismo. Assim sendo, e tendo em vista que as preocupações do Biodireito espelham as do Direito em relação ao peso dos jogos e na avaliação de interesses sociais em causa, o Direito não é obrigado a sensibilizar a Humanidade visando uma nova ordem de valores,

na qual Direito, Biodireito e Ciência precisam caminhar juntos e harmoniosamente. Assim, não cabe ao Direito ficar indiferente perante novas conquistas científicas que colocam em causa não só os direitos fundamentais dos homens, mas também a sua própria essência genômica (BARBAS, 2007).

1.4 Clonagem (normativas no Brasil e outros países)

Proibida em vários países, Barbas (2007) fez uma síntese legislativa em relação à clonagem humana reprodutiva, apontando vários fatores em comum entre os mesmos:

“I. A nível internacional existe um consenso quase generalizado relativamente à proibição da clonagem reprodutiva. II. Nessa linha, o artigo 11.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, adoptada pela UNESCO em 11 de Novembro de 1997, consagra que as práticas contrárias à dignidade humana, como a clonagem de pessoas, não devem ser permitidas [...] IV. A Organização Mundial da Saúde, na resolução adoptada na 50.ª Assembleia Mundial da Saúde, em 14 de maio de 1997, preconizou que a utilização da clonagem para reproduzir pessoas não é aceitável no plano ético e é contrária à integridade do ser humano. V. O Parlamento Europeu, na Resolução sobre Problemas Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética, de 16 de Março de 1989, sustentou ser a proibição penal a única reacção possível à eventual criação de seres humanos por clonagem assim como de todas as experiências que tenham por fim a reprodução de seres humanos por este método. VI. Na resolução de 11 de Março de 1997, especificamente dedica à clonagem humana, o Parlamento Europeu recomenda aos Estados e membros que não permitam a clonagem de seres humanos [...]. VII. Por seu turno, a convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 4 de Abril de 1997, não proíbe especificamente a clonagem. Porém, parece fazê-lo de forma implícita, já que no artigo 1º estatui que “As partes na presente Convenção protegem o ser humanos na sua dignidade e identidade a garantem a toda pessoa, sem discriminação, o respeito da sua integridade e dos seus outros direitos e liberdades relativamente da biologia e da medicina [...] VIII. O artigo 1º do Protocolo Adicional, sobre a interdição à clonagem de seres humanos, assinado, em Paris, em 12 de Janeiro de 1998 veda toda e qualquer intervenção cuja finalidade seja a criação de um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humanos, vivo ou morto. Segundo o preceituado no n.º 2 do artigo 1º a expressão ser humano “geneticamente idêntico” a outro ser humano significa um ser humano que tem em comum com outro o mesmo conjunto de genes nucleares. IX. Segundo o preceituado no n.º 2 do artigo 3.º da carta do Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 7 de Dezembro de 2000, em Nice, deve ser respeitada, no domínio da medicina e da Biologia, a proibição da clonagem reprodutiva de seres humanos” (BARBAS, 2007, pg. 467-469).

Na Espanha e na Itália, a clonagem reprodutiva de seres humanos é proibida pelas *Ley 14/2006* e *Legge 19 febbraio 2004, n.º 40*, respectivamente,

enquanto que na Alemanha a “Lei de 13 de Dezembro de 1990 – *Gezetz Zum Schutz von Embryonen* – n.º 6, pune com pena de prisão ou multa, todo aquele que provoque artificialmente o aparecimento de um embrião humano com a mesma formação genética que um outro embrião, feto ou defunto”. Essa mesma lei alemã ainda pune todo indivíduo que transferir para uma mulher um embrião ou mesmo promover/participar de experiências científicas.

Na França, a *Loi n.º 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique*, igualmente proibiu a clonagem, modificando o próprio Código Civil e a Lei de Saúde Pública, enquanto que o artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa determina que a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica, serão protegidos por lei (BARBAS, 2007, pg. 470).

“O n.º 1 do artigo 5.º da Proposta Portuguesa de Lei n.º 135/VII sobre Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, de 30 de Julho de 1997, proíbe o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida com o objetivo deliberado de criar seres humanos idênticos, designadamente por clonagem, ou de dar origem a quimeras ou de intentar a fecundação interespécies. Esta Proposta de Lei, após ter sido discutida na Assembleia da República, deu origem ao Decreto n.º 415/VII, de 17 de Junho de 1999, que visava regulamentar as técnicas de procriação medicamente assistida. No entanto, o Decreto foi vetado pelo Presidente da república no dia 30 de Julho de 1999” (BARBAS, 2007, pg. 473).

No Brasil, a penalidade para clonagem humana está prevista na Lei 11.105/2005:

Artigo 36.º Clonagem reprodutiva 1 - Quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. 2 - Na mesma pena incorre quem proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões” (BRASIL, 2006).

1.5 Dignidade humana, personalidade jurídica e filiação

A dignidade humana é protegida pela Constituição Federal, porém mesmo estando inserida entre os direitos fundamentais estabelecidos, não se apresenta como suficiente diante da realidade das investigações científicas. Portanto, segundo Oliveira (2001), é vislumbrada considerando-se o objetivo de coibir excessos jurídicos, ou mesmo carência de norma infraconstitucional que regule essa matéria.

É percebida, em muitos países, uma enorme preocupação com o estabelecimento de filiações que correspondam à verdade biológica e, em diversos ordenamentos jurídicos, essa descoberta (a verdade genética da progenitura)

constitui uma garantia fundamental do homem. Sendo assim, o estabelecimento dessa filiação sempre constituirá o objeto de opções fundamentais em relação aos elementos que devem embasar o parentesco. Isso em função dos valores e de interesses relevantes diante do tempo e do espaço, eis que o direito da criança é considerado um dos primeiros, quando a verdade genômica assume um lugar de destaque. Porém não pode ser o único dado a ser considerado (OLIVEIRA, 2001).

Como o Direito ao genoma origina-se na concepção e é classificado como um direito essencial da personalidade, e também detentor de caráter inalienável, irrenunciável e imprescritível, a integridade do genoma participa diretamente na dignidade da pessoa. Assim sendo, o respeito ilimitável pela integridade de cada herança genética reflete, de maneira especial, o respeito pelo ser humano, ao mesmo tempo em que uma falta de respeito à integridade genômica da pessoa pode ser traduzida igualmente à dignidade humana (BARBAS, 2007).

Todo legislador, para Barbas (2007), não distingue o tipo de inseminação que se trata, se homóloga ou heteróloga, mas poderá dizer que abrange as duas. Em outras palavras, quando o cônjuge permitiu legalmente uma inseminação que sobre ele recai, mesmo resultando no nascimento de um filho por meio de inseminação artificial com sêmen de terceiro (heretóloga), a norma da verdade social prevalece em detrimento da realidade científica. Porém, o artigo 1.859 do Código Civil possibilita ao perfilhante impugnar, a qualquer momento, a paternidade que se estabeleceu mesmo que ele tenha consentido nessa perfilhamento.

“O n.º 1 do artigo 1796.º do Código Civil consagra o princípio de que a maternidade resulta do nascimento e depende de simples declaração desde que observado o estipulado nos artigos 1803.º a 1805.º daquele Diploma. Isto é, a filiação jurídica (materna) corresponde à filiação biológica oriunda do nascimento” (BARBAS, 2007, pg. 522).

Em Portugal, a coincidência entre filiação natural e jurídica é considerada como princípio absoluto, porém, no Brasil, o Código Civil, em seu art. 1.839, determina que o cônjuge não pode impugnar a presunção de paternidade sobre ele recaída, caso tenha consentido a inseminação artificial. “A ninguém pode ser negado o direito de saber a forma como foi gerada ou o direito de se conhecer a si próprio ou a definição integral da sua identidade genômica” (BARBAS, 2007, pg. 523).

“O artigo 20.º da Lei 32/2006, de 26 de Julho sobre Procriação Medicamente Assistida, determina que nos casos de inseminação artificial heteróloga de que resulte o nascimento de um filho, é este tido como filho do marido ou daquele que vive em união de fato com a mulher que foi inseminada, desde que tenha prestado seu consentimento nos termos fixados nesta Lei e sem prejuízo da presunção consagrada no artigo 1826.º do Código Civil. De acordo com o artigo 21.º (exclu-

são da paternidade do doador de sêmen) da referida Lei o doador não pode ser considerado pai da criança que vier a nascer” (BARBAS, 2007, pg. 535).

No Brasil, o art. 21 da Lei 32/2006 estabelece que a criança é filha do falecido, porém com algumas exceções previstas nesse mesmo Diploma e, no art. 22 prevê a permissão da transferência *post-mortem* de embriões. Entretanto, no art. 26, que trata da fertilização *in vitro post-mortem*, fica determinado que se aplica com as necessárias adaptações preceituadas nos artigos 22 e 23 e, em relação à inseminação/implantação artificial *post-mortem*, podem ser elencados inúmeros problemas, visto que é tecnicamente possível criogenizar indefinidamente um espermatozoide, durante quanto tempo terão que esperar os sucessos virtuais do *de cuius* para abertura de uma herança equacionada (BARBAS, 2007).

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, V – havido por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido” (FRANÇA, 2020, pg. 383). (BARBAS, 2007, pg. 522).

Sendo assim, um indivíduo poderá receber a condição da paternidade plena de uma criança gerada mediante o emprego de técnica de RA, porém, uma legislação específica para tal ainda é inexistente e se torna extremamente necessária, porquanto atualmente referido assunto é tratado somente através da Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, de 27 de maio de 2021.

1.6 Alguns aspectos legais

“Com o avanço cada dia mais eloquente dos direitos humanos, o ato médico só alcança sua verdadeira dimensão e o seu incontestável destino com a obtenção do consentimento do paciente ou dos seus responsáveis legais. Assim, em tese, todo procedimento profissional nesse particular necessita de uma autorização prévia. Isto atendo ao *princípio da autonomia* ou da *liberdade*, pelo qual todo indivíduo tem por consagrado o direito de ser autor do seu próprio destino e de optar pelo caminho que quer dar a sua vida” (FRANÇA, 2020, pg. 29).

Para França (2020), a ausência de um consentimento pode caracterizar infração aos preceitos da ética médica, com exceção nos casos onde sejam constatadas situações eminentes de perigo. Para tal, é exigido um termo de consentimento esclarecido.

Em relação à assistência médica, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Recomendação nº 1/2016, que dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido, o qual deve ser redigido de maneira clara e simples; ser pertinente e suficiente em relação às justificativas; esclarecer quais os riscos, efeitos colaterais, complicações, duração e cuidados necessários. É viável que essa autorização seja por escrito, de maneira que permita um bom entendimento pelo paciente, evitando-se termos científicos, redigido com a utilização de fonte compatível à leitura e sem espaços em branco. Quando escrito, deve ser assinado pelas partes, e é denominado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Quando seu formato é verbal, o que acontece na maioria dos casos, o fato deve ser devidamente registrado no prontuário médico. Sendo assim, o paciente ou seu representante legal assume a responsabilidade de cumprimento das recomendações que lhe foram apresentadas. Entretanto, essa permissão nem sempre exclui a responsabilidade médica, visto que a ninguém é dado o direito de violação das regras norteadoras da ordem pública. Ainda, ressalta que o consentimento, mesmo no formato escrito, não evita a ilegalidade jurídica.

Com efeito, muitos países mantêm uma enorme gama de perfis genéticos armazenados, como por exemplo, EUA e Reino Unido, e, a partir daí, órgãos periciais ligados ao sistema policial começaram a defender a necessidade da existência de um banco de perfis genéticos para que pudesse reprimir ou mesmo diminuir a criminalidade em relação ao tema. Com esse mesmo intuito, a coleta de dados biológicos tornou-se obrigatória, mas ainda necessita ser melhor avaliada por conta de possíveis colisões com a liberdade individual (FRANÇA, 2020).

“O Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, órgão ligado à Secretaria de Segurança Pública, através da Resolução n.º 10, de 28 de fevereiro de 2019, dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos a coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos” (FRANÇA, 2020, pg. 236).

França (2020) ainda cita que processos que permitem armazenar material genético em bancos de dados de suspeitos, indiciados ou autores de crimes graves, e possuem DNA à disposição de autoridades, tramitam no Senado Federal e na Câmara dos Deputados.

“A agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), POR MEIO DE resolução AC/ANVISA n.º 23, de 11 de maio de 2011, aprovou novas regras para tratar dos bancos de células e tecidos germinativos (BCTGs) no sentido de dar maior segurança principalmente nas práticas de técnicas de reprodução assistida e nas pesquisas com células-tronco. Essa Resolução revoga as regras dispostas na RDC/33, de 17 de fevereiro de 2006” (FRANÇA, 2020, pg. 393).

Os preceitos legais e éticos devem ser respeitados em relação à doação de células, tecidos germinativos e embriões, bem como a garantia de sigilo deve ser mantida e o TCLE assinado pelo médico, paciente ou doador, ainda antes do início de uma coleta de dados (FRANÇA, 2020).

2. Considerações finais

O ordenamento jurídico brasileiro deparou-se com a criogenia pela primeira vez em 2012, quando da discordância das filhas de Luiz Felipe de Andrade Monteiro em relação ao congelamento de seu corpo após sua morte. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em virtude da ausência de legislação pertinente, demonstrou-se instável em relação ao caso e os relatores precisaram transpor o âmbito da jurisdição brasileira.

Como a Bioética e o Direito têm a função de impor limites ao trabalho da biociência, bem como à utilização posterior de resultados científicos, é imprescindível o respeito aos princípios da bioética e os da lei, para a proteção do homem em toda a sua dimensão.

Esses princípios devem nortear o desenvolvimento de tratamentos ou pesquisas envolvendo seres humanos que utilizem a biotecnologia de modo geral. Entretanto, sempre existem aspectos positivos e negativos que permeiam todo esse desenvolvimento, o que torna necessário um rígido controle para a coibição de excessos.

Tanto o desenvolvimento de pesquisas científicas sobre criogenia e manipulação genética, quanto seus empregos, precisam ser assegurados para que a ciência continue em processo de evolução. Porém, é importante ser colocado em discussão profunda o tipo de avanços que precisam ser alcançados e qual a melhor maneira para uma eficiente normatização.

Atualmente no Brasil, a Resolução 466/2012 (que revogou a 169/96) do Conselho Nacional de Saúde (CNS), bem como a Recomendação 1/2016 e a Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina normatizam as pesquisas científicas e a assistência médica, respectivamente, em especial o quando há o emprego de técnicas inovadoras. Referidos documentos respeitam os preceitos da dignidade humana, bem como obedecem às diretrizes emanadas de declarações pertinentes, como por exemplo o Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores), o Acordo Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1992), e outros.

Em relação ao emprego de técnicas de RA, o CFM lançou a Resolução 1957/2010 (atual Resolução 2.294/2021), que dispõe sobre o emprego dessas condutas. Contudo, os limites jurídicos dessa Resolução, cuja normatização é direcionada para a prática médica, e, mesmo sendo consideradas as questões éticas, o avanço tecnológico e o panorama atual das relações socioafetivas (vínculo afetivo em relações de paternidade ou maternidade não estabelecidas

geneticamente), a sua aplicação retrata um vazio legal, pois não há lei específica que discipline o tema.

Com efeito, é nítida a possibilidade que manipulações genéticas aconteçam de maneira desenfreada no mundo científico, fato que é espelhado pela importância de novas pesquisas para a sociedade, mesmo sendo esclarecidas as possíveis consequências (positivas ou negativas) e o que podem acarretar. Isso que faz com que o mundo jurídico estabeleça leis para regulamentar novas condições similares (ou não) e solucionar situações que têm gerado muitas lacunas no meio científico, filosófico e jurídico.

Deste modo, somente com a edição de lei específica sobre os direitos fundamentais inerentes à criogenia humana e à manipulação genética, respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana no campo da bioética, é que poderá ocorrer legalmente o progresso da ciência do material genético com a preservação de princípios e valores elementares do ser humano.

Referências

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do Genoma Humano**. Dissertação - Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Almedina, 2007.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>

CASELLA, Àssima Farhat Jorge; FERREIRA, Jéssica Pinto. Criogenia e os impactos no direito sucessório. **DSpace Doctum**: Repositório Institucional, Universidade Juiz de Fora, Direito. Jan/2020, Disponível em < <http://hdl.handle.net/123456789/3472> >.

COHEN, Cláudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. **Bioética, direito e medicina**. Barueri, Manole, 2020.

EGG; Ricardo Acastro. **Manipulação genética de seres humanos: limites**. Monografia (Graduação em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 59. 2020.

FRANÇA; G. V. **Direito médico**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2020.

GOULART; C. V. et al. Manipulação do genoma humano: ética e direito. **Rev. Ciênc. saúde coletiva**. n. 15 (1), 1-9, Jun /2021. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/csc/a/Cx48fS9WCxjr7yjCPKynMQC/?lang=pt>>.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Simone Born. Manipulação genética e dignidade humana: da bioética ao direito. (Dissertação). Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001.

RAMOS, Benedito. De Frankenstein à criogenia: dando vida a corpos inanimados. **Rev. de Direito de Família e Sucessões**. Goiânia, n. 1 (5), 21-39, Jan/Jun. 2019.

SOARES, J. K. A. Caso criogenia: subjetividade jurídica e preservação da autonomia da vontade. **Rev. Direito Civil**. n. 192, 1-28, 2021. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/caso-criogenia-subjetividade-juridica-e-preservacao-da-autonomia-da-vontade/>>.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 4 VI CIDHCoimbra 2021

Organizadores:

Vital Moreira

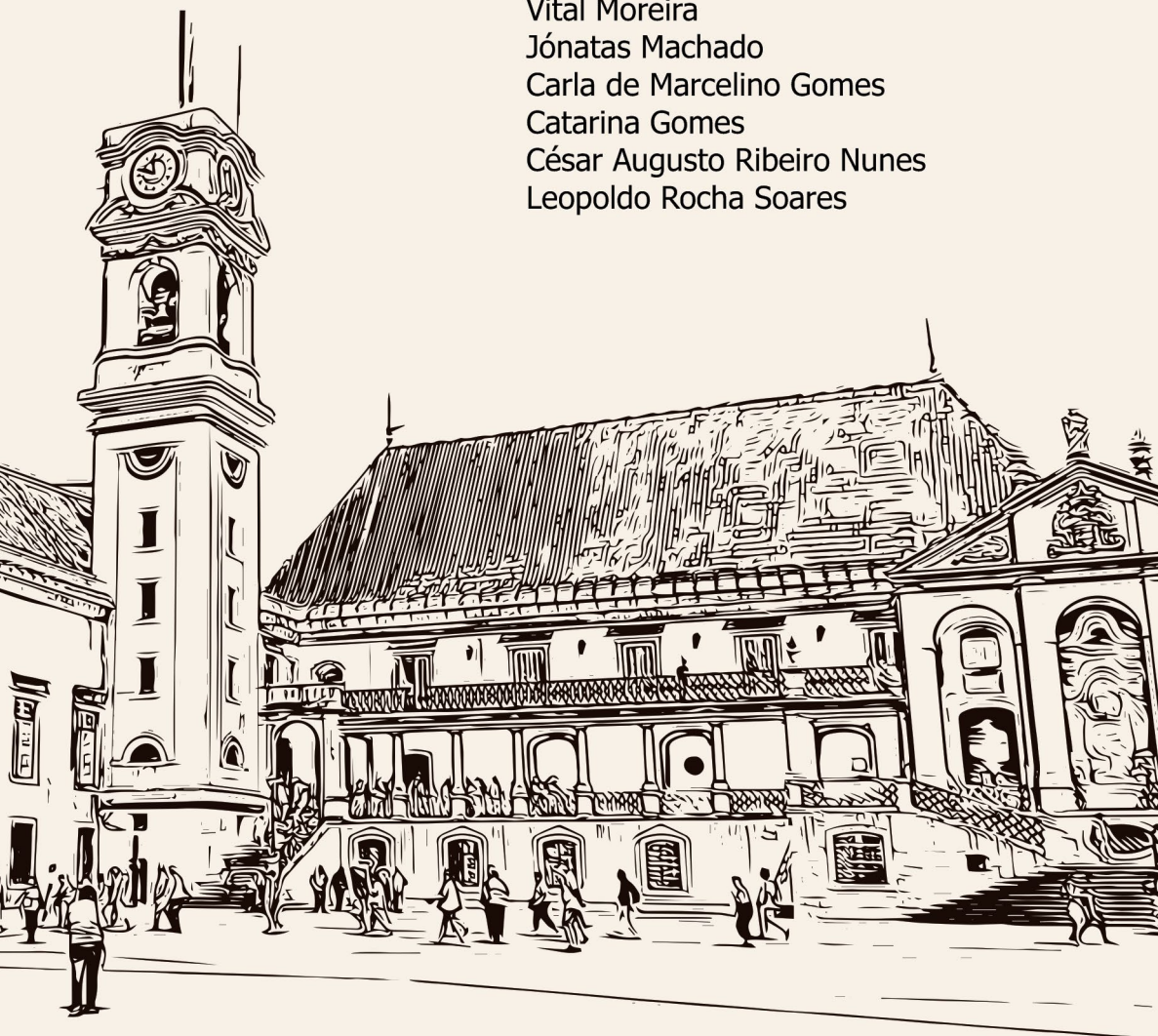
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-89537-19-9



9 786589 115371 99

