

1ª edição - 2013

© Gazeta Jurídica Editora e Livraria Ltda ME

CIP-Brasil. Catalogação na fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

S579c

Silva, Érica Barbosa e

Conciliação judicial / Érica Barbosa e Silva. - 1. ed. - Brasília, DF :
Gazeta Jurídica, 2013.

432 p. ; 23 cm (MASC - Meios alternativos de solução de conflitos ; v.3)

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-66025-13-2

1. Conciliação (Processo civil) - Brasil. I. Título. II. Série.

13-00285

CDU: 347.9

"A vida só é possível reinventada".

Cecília Meireles

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer forma ou meio, inclusive eletrônico. Sanções previstas nos artigos 102 e 104 da Lei dos Direitos Autorais – Lei 9610, de 19 de fevereiro de 1998 e no artigo 184 do Código Penal – Decreto-Lei 2848, de 7 dezembro de 1940.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS PELA

GAZETA JURÍDICA EDITORA E LIVRARIA LTDA ME

SHIS. QL 02, Conjunto 5 Casa 14, Lago Sul

CEP: 71610-055 - Brasília - DF

Diretora: ADRIANA BIELETRAMI

diferenças relativas ao instituto da mediação³⁵⁵. Primordialmente cumpre esclarecer que mediação e conciliação são espécies do mesmo gênero³⁵⁶, qual seja, são meios de resolução de conflitos, baseados na construção do consenso pela participação de um terceiro, profissional que atua na função de interventor, como facilitador da comunicação entre as partes. Por óbvio, apresentam características comuns, mas, evidentemente, particularizam-se noutros pontos^{357, 358}.

355 Para Fernanda Tarruce in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p.72, são apresentadas três diferenças principais, assim expostas: “Uma primeira diferença, portanto, diz respeito à extensão da atuação do mediador e do conciliador no que tange à formação da vontade das partes. O mediador busca fazer com que as partes elaborem suas próprias respostas, enquanto o conciliador as auxilia em sua formação, podendo até propor o conteúdo do acordo. Quanto à forma de realização, também há diferenças. A mediação geralmente exige várias sessões entre as partes, para que o mediador com elas possa travar contatos e, por meio de perguntas apropriadas, donar as resistências nos espíritos dos contendores, de modo que estes protagonizem uma saída consensual para o impasse. Diferentemente, a conciliação tentada, como regra, em uma única sessão (geralmente uma audiência), na qual o conciliador insta as partes a se comporem e efetivarem um acordo. Também os objetivos visados são diversos”. Para concluir, a autora cita Lília Maia de Moraes Sales, mencionando que o objetivo da conciliação é o acordo, enquanto o objetivo da mediação é a alteração da relação, pelo resgate da confiança e do senso de compromisso entre as partes.

356 Posição bastante particular adota o Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, adotando ambos os meios como sinônimos. Segundo André Gomma de Azevedo (organizador), “Glossário: métodos de resolução de disputas”, ob. cit., 2004, p. 308, “Entre os critérios comumente apontados para diferenciar conciliação e mediação aponta-se a orientação ou o papel interventivo, diretivo ou sugestional que o terceiro imparcial exerce na conciliação. Há também quem distinga os termos a partir da voluntariedade e da confidencialidade ínsitas à mediação, em comparação ao caráter imperativo e público que teria a conciliação. Tais critérios, que não constituem uma lista exauritiva, seguramente não são utilizados de forma unânime ou homogênea pela doutrina (...). A posição do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília direciona-se no sentido de que ambos os conceitos são sinônimos im perfeitos por serem apenas orientações, delatando, de desenvolvimento profissional quanto à autocomposição”.

357 Justificando a escolha da mediação, como objeto de análise da sua teoria de doutoramento, Juliana Demarchi, in *Mediação – Proposta de implementação do processo civil brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 09, afirma que “a eleição da mediação no como tema central justifica-se pela maior amplitude de aplicação e de técnicas em comparação com outros métodos autocompositivos (notadamente a conciliação) que acabam compreendidos no estudo da mediação”. Assim, apresenta a conclusão de que a mediação em regra são mais amplas do que as técnicas da conciliação, contudo são técnicas diversas que carecem de considerações específicas e diferenciadas, sobretudo pelo enquadramento do instituto da conciliação no ordenamento pátrio.

358 Para *Princípios de Resolução de Conflitos*, ob. cit., 2011, p. 09, “Há

Entretanto, a conciliação é comumente enfocada pela doutrina como uma forma de pressão³⁶² que, enfatizando as agruras do Judiciário, conduz as partes ao acordo³⁶³. Nesse sentido, a função do conciliador seria forçar as partes para que cheguem a uma composição³⁶⁴. Ora, a conciliação não se trata disso. Essas práticas não podem ser chamadas de conciliação nem o instituto pode pagar pela aplicação inadequada das técnicas. Cumpre então esclarecer criteriosamente o conceito desse instituto, que terá cada vez mais valor dentro do ordenamento jurídico.

Para realizar tal intento, pretende-se desconstruir alguns argumentos constantemente mencionados, sobretudo quando ressaltadas as

relações que geram ações e reações que intensificam o conflito. Outros fatores, é claro, podem servir para limitar e encapsular o conflito de maneira a não desenvolver uma intensificação em espiral. Aqui nos referimos a fatores como: o número e a força dos elos cooperativos existentes, identidades recíprocas, lealdade e sociedade comuns entre as partes conflitantes; a existência de valores, instituições, procedimentos e grupos que são organizados para ajudar a limitar e a regulamentar o conflito; e a saliência e a significância dos custos de se intensificar o conflito. Se esses fatores de limitação do conflito forem fracos, deve ser difícil prevenir um conflito competitivo de expandir seu escopo. Mesmo sendo fortes, mau julgamento e pressões oriundas de tendências a ser rigidamente autoconsistente podem tornar difícil manter um conflito competitivo encapsulado”.

352 Sobre o tema, v. Item 2.3.1.2, do Capítulo 2, Parte I.

353 Para Luís Alberto Warat, in *O ofício do mediador*, ob. cit., 2001, p. 80, “O conciliador exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses permanece inalterado”.

354 Cf. Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 38, “Na conciliação resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de forçar um acordo. Na mediação é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, tratando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro. (...) A conciliação busca um acordo entre as partes. A mediação demanda a resolução do conflito através de uma construção da solução pelas partes, criando vínculos entre elas, prevenindo novos conflitos, possibilitando convivência harmônica”.

Uma diferença habitualmente apontada é a atuação do terceiro interventor. Enquanto na conciliação o grau de interferência é mais acentuado, na mediação sua atuação é vista como mais passiva. Em regra, a conciliação é vista como mais invasiva do que a mediação no que se refere à preservação da vontade das partes. Assim, o conciliador, além de estimular ou facilitar a aproximação entre os interessados e restaurar o diálogo entre eles, também sugere soluções ao conflito, o que não acontece em relação à mediação³⁵⁹. Cumprir verificar a questão por outro prisma.

Em ambos os casos, não há dúvida sobre a necessidade de capacitação e constante aperfeiçoamento para a aplicação correta das técnicas relacionadas a ambos os métodos, que devem pautar-se pela ética e pela neutralidade. Assim, os profissionais que atuam nessas áreas devem estar preparados para bem desenvolver sua atividade. Ainda nesse sentido, em ambos os meios, a função primordial do terceiro é auxiliar as partes em conflito a restabelecer uma comunicação eficaz, compreendida como aquela que permite ouvir e falar, possibilitando a inteira compreensão das mensagens externadas pelas partes envolvidas³⁶⁰.

Como se vê, é pela ampliação dos canais de comunicação que se construirá uma pauta comum de Justiça pela qual a relação pode ser alterada, ensejando construir uma solução para o conflito, seja na conciliação ou na mediação, a partir da tipologia do conflito³⁶¹. Parece assim que a questão

distinção entre conciliação e mediação principalmente de acordo com a origem do conflito (objetivo ou subjetivo), a postura do facilitador e as técnicas utilizadas”.

359 Segundo Kazuo Watanabe, enquanto na mediação o terceiro busca criar condições necessárias para que as próprias partes encontre uma solução adequada, na conciliação o terceiro interfere sugerindo efetivamente soluções para o conflito. Nesse sentido, v. “Modalidades de Mediação” in *Série Cadernos do CEJ*, n° 22, Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2001, p. 48.

360 Para Juan Carlos Vezzulla, “Ser mediador – reflexões”, ob. cit., 2003, p. 119, o acordo é uma consequência da mediação. Nesse sentido, afirma o autor que “Um profissional para poder ser um mediador deve saber cuidar dos mediados para que eles possam produzir o fruto do acordo, da solução”.

361 Por essa perspectiva, a conciliação e a mediação podem ser vistas como espécies do mesmo gênero, qual seja, meios de resolução de conflitos. Nesse sentido, note como se aplicaria à conciliação o conceito de mediação desenvolvido por Águida Arruda Barbosa, in *Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 133: “A mediação é um método que se vale de técnicas de

pode ser tratada de forma menos estanque e mais dinâmica e, partindo dessas considerações, não há razão para diferenciar a participação do terceiro mais passiva na mediação e mais ativa na conciliação.

Isso porque importa realizar tais intervenções na melhor medida para identificar o conflito e fazê-las superá-lo. Dessa forma, a conciliação deve ser entendida como o meio utilizado para abrir um canal seguro de comunicação entre as partes, assim como a mediação.

Muitas vezes, o conflito reflete a deterioração da relação intersubjetiva, acarretando entraves de comunicação e desconfiança, aniquilando qualquer possibilidade de diálogo e autocomposição direta. As intervenções poderão superar esses contratempos e permitir às partes que ponham de lado suas resistências. Em ambos os meios, o terceiro interventor deve exercer a facilitação do diálogo, estabelecendo uma comunicação eficaz, pela participação neutra e imparcial. A ética dessas atividades indica que não se pode expressar opiniões pessoais, realizar julgamentos ou aliar-se a um dos lados – e essas premissas valem tanto para a mediação quanto para a conciliação.

Nesse sentido, vale enfatizar que o conciliador não está autorizado a forçar ou pressionar as partes para que realizem acordo algum, porque essas práticas comprometem a idoneidade do próprio meio. A intervenção do conciliador não pode sobrepor-se à vontade das partes, o que não pode comprometer a idoneidade do método, mas também poderia provocar diversos malefícios ao sistema de Justiça.

A forma de realização e o tempo necessário para desenvolver os meios também são diferenças habitualmente destacadas pela doutrina enaltecendo a profundidade com que os institutos tratam os conflitos. Afirmam alguns que a conciliação trata o conflito de maneira superficial enquanto a mediação o trata de maneira mais profunda. Dessa forma, avalia-se o número de sessões a realizar: em tese, a conciliação tem menos sessões e a mediação, mais.

Essas considerações, entretanto, não se confirmam, se a questão for analisada pela adequação dos meios aos conflitos, isto é, ambos devem

comunicação, adequada para a escuta qualificada, prestando-se, com muita eficácia, a concretizar o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana e de proteção do Estado. Como se trata de uma linguagem, qualquer profissional pode se habilitar para obter uma formação”.

buscar o tratamento do conflito e, nesse sentido, não deve haver limitação de sessões. O que determina o encerramento tanto da conciliação quanto da mediação é a pacificação das partes ou a declaração da insuficiência do meio para superar o conflito. Assim, pode haver conciliação com várias sessões e mediação com uma sessão apenas. Mais uma vez, verifica-se que não há uma regra estanque, mas interação dinâmica dos meios ditada para o melhor tratamento do conflito.

Já com relação ao principal objetivo, como meios consensuais, é apropriado afirmar que conciliação e mediação têm exatamente o mesmo objetivo: solucionar o conflito. Assim como na mediação, deve-se tomar por bem-sucedida não a conciliação que logrou realizar um acordo, mas aquela que ensejou às partes a oportunidade de realmente solucionar o conflito pela sua eficaz transformação. A conciliação pode estender os limites da discussão, atingindo o conflito verídico e incluindo contornos que o juiz não vê, assim como na mediação. Essa é uma das principais contribuições dos meios consensuais no sistema de Justiça.

Outrossim, os meios também se aproximam quando o acordo é visto como consequência natural da correta aplicação de técnicas. A resolução do conflito deve ser objetivada, contudo os meios não devem ser desqualificados pelo insucesso do acordo.

Destarte, é possível perceber que as diferenças das técnicas de intervenção são dadas pelos conflitos e bem por isso não há uma limitação estagnada dos institutos. De toda forma, só será possível verificar uma conciliação realmente positiva se esta técnica for entendida com os mesmos propósitos da mediação³⁶², principalmente pelo favorecimento da comunicação entre as partes, decorrente da mudança do paradigma competitivo para o colaborativo, e ainda com a mesma extensão de atuação do terceiro, ou seja, neutra e imparcial, sem pressões ou ameaças³⁶³. É preciso

362 Lília Maia de Moraes Sales afirma que “a mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil e de controle sobre os problemas vivenciados”, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 32. O que se defende aqui é que a conciliação tem exatamente o mesmo objetivo.

363 Para José Renato Nalini, “Os três eixos da Reforma do Judiciário”, in *Revista do Advogado*, nº 75, abr. 2004, p. 72, “Num outro enfoque a paciência para tentar a conciliação não é devotamento perdido. É investimento ético, pois a solução resultante

frisar que, na mediação, também se espera a resolução do conflito, ainda que de forma reflexa pela transformação da relação entre as partes³⁶⁴, mas isso não significa ligar o instituto ao acordo, necessariamente.

Da mesma forma, a conciliação não deve estar estritamente ligada ao acordo, mas deve sim ser vista como uma excelente oportunidade para que as partes mostrem mais do que mostrariam numa demanda judicial, esclarecendo seus verdadeiros motivos e interesses³⁶⁵. Trata-se da possibilidade de conversarem abertamente, bem como construir uma solução mais adequada às suas necessidades e não simplesmente a utilização desse meio para encerrar demandas, por soluções meramente distributivas.

O papel do conciliador é favorecer, pela adoção de técnicas, pertinentes, um resultado mais eficaz para as partes do que teriam na adjudicação e isso representa mais do que um resultado justo³⁶⁶. Por isso o

de transigência recíproca, de uma efetiva participação do interessado no alcance do destino da lide, é mais importante vencer, sem ter participado das discussões. Por isso a conciliação, por autônoma, é sempre eticamente superior à melhor decisão, pois, sempre heterônoma à vontade das partes”.

364 Para Maria de Nazareth Serpa, in *Teoria e prática da mediação de conflitos*, ob. cit., 1999, p. 150, “o objetivo principal da mediação é o acordo entre as partes, ou seja, a produção de um plano de ação para as futuras relações de pessoas envolvidas, num conflito”.

365 Sobre o interesse compreendido como as motivações subjacentes em contrariedade às posições adotadas, v. Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 23. Segundo os autores, “A medida que se presta maior atenção às posições, menos atenção é voltada para o atendimento dos interesses subjacentes das partes. O acordo torna-se menos provável. Qualquer acordo obtido pode resultar numa divisão mecânica da diferença entre as posições finais, em vez de uma solução cuidadosamente elaborada para atender aos interesses legítimos das partes. O resultado é, com frequência, um acordo menos satisfatório do que poderia ter sido para cada um dos lados”.

366 Nesse sentido, Leslie Shérída Ferraz, in *Juízados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado: uma análise empírica*, ob. cit., 2008, p. 94, nos dá um exemplo esclarecedor, baseado na Escola de Negociação de Harvard: “Duas crianças brigam por uma laranja, e sua mãe assume a função decisória. Como ela tem pouca informação sobre as necessidades de cada uma das “partes”, determina que a laranja seja dividida ao meio e que cada uma das crianças fique com uma metade, certa de que elegerá a solução mais justa para ambas. Contudo, ao deixar de investigar as razões pelas quais as crianças desejavam a laranja, ela perdeu a chance de maximizar ou potencializar as

foco quantitativo atribuído à conciliação não é apropriado³⁶⁶. Ao permitir que as partes apresentem seus exatos interesses, afastando momentaneamente as proposições judicialmente apresentadas, o Estado favorece soluções mais adequadas pela criação de ganhos mútuos e ainda devolve às partes independência e liberdade, fortalecendo o sistema de Justiça, com uma mudança cultural e pelo exercício de cidadania, efeitos que só serão sentidos em longo prazo.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe destaca que, “se as partes não forem pacificadas, se não se convencerem de que elas devem encontrar uma solução de convivência, isto é, se a técnica não for a da pacificação dos conflitantes, e sim a da solução dos conflitos, as mesmas partes retornarão ao tribunal outras vezes. Então, existe diferença no tratamento de conflitos entre duas pessoas em contato permanente e entre aquelas que não se conhecem. Numa batida de carro numa esquina qualquer, por exemplo, o problema, muitas vezes, resolve-se no pagamento de uma indenização; nessa hipótese, a solução do conflito resolve o problema, mas em outras, nas quais as partes necessitem de uma convivência futura, continuada, há necessidade muito mais de pacificação do que de solução de conflito”³⁶⁸.

resultados da solução do conflito. Com efeito, se houvesse perquirido, descobriria que um de seus filhos queria a laranja para fazer um suco, enquanto o outro apenas queria as cascas para brincar. Nesse caso, cada uma das crianças, ao invés de 50% cada, poderia ter obtido 100% do resultado: uma ficaria com toda a parte interna da laranja e a outra, com as duas cascas. Esse caso ilustra que é possível avançar no espectro d que se considera um resultado justo, buscando também a maximização do valor”.

367 Marc Galanter, “Compared to what? Assessing the quality of dispute processing” in *Denver University Law Review*, nº 66, 1989, p. xii, chama de “massa de produção” esse argumento quantitativo relacionado aos meios alternativos, consistente em considerar que um ou outro dos mecanismos irá produzir “mais” com menos consumo de recursos, aumentando o número e a velocidade das soluções de disputas, abaixando os custos. Para este autor, “A great deal of talk about alternatives consists of claim about production effects. Due to infirmities of selection and measurement that often attend reform undertakings, there is probably a tendency to overestimate the degree to which programs achieve such production effects”.

368 Cf. Kazuo Watanabe, “Modalidade de Mediação”, ob. cit., 2002, p. 46. No mesmo sentido, Euclides de Oliveira, “O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família”, in *Revista do Advogado*, nº 62, mar. 2001, p. 107, “contra a lógica da força, advinda de uma solução ditada por sentença judicial, e quando impotente a lógica da conciliação, advinda de acordo sem enfrentar nem prevenir suas causas mais

Imagine-se que uma parte ingresse com ação de indenização de descumprimento contratual. A solução judicial só pode autorizar a execução pela pacificação dada pela condenação, ao passo que a conciliação pode abrir um leque de possibilidades. A parte pode sentir-se contemplada pelo restabelecimento da relação, por um pedido formal de desculpas ou pela ampliação de seus negócios por desencadear outras parcerias. Numa ação, ainda que o juiz soubesse que a verdadeira motivação não pode ser atendida pela procedência da demanda, jamais poderia ele decidir para além do pedido. O ditado popular “antes um mau acordo do que uma boa demanda” não autoriza a desconstrução do sistema de Justiça³⁶⁹. É, sim, preferível uma boa demanda a um mau acordo.

Note-se que as consequências de um acordo ruim, que pode ser exemplificado pela realização sem adesão ou consenso suficientes, são nefastas. Uma demanda pode desdobrar-se em tantas outras, acrescidas de mais impugnações e recursos delas decorrentes, contribuindo para abarrotar ainda mais o Judiciário. Portanto, se o instituto da conciliação for usado de maneira equivocada, terá efeito reverso, porque além do desdobramento de demandas, também contribuirá para o descrédito da instituição.

Nesse sentido, vale frisar que os meios consensuais não podem solucionar a crise do Judiciário³⁷⁰, mas a utilização incorreta dos institutos certamente pode agravá-la.

A conciliação pode contribuir para uma resolução de conflitos mais adequada, pela pacificação que visa a proporcionar, mas deve ser corretamente utilizada e seguir juntamente com um Poder Judiciário capaz de dar resposta aos anseios que a ele chegam. Justamente por isso o seu

profundas, surge a lógica da mediação, que busca o ponto de equilíbrio, mediante o auxílio de terceira pessoa, para que as próprias partes, conscientes e responsáveis, encontrem uma solução que lhes garanta condições para projeção de um futuro saudável e feliz”.

369 Para João Baptista de Mello e Souza Neto, in *Mediação em Juízo – abordagem prática para obtenção de um acordo justo*, São Paulo, Atlas, 2000, p. 63, “uma das principais invérteces que se apregoa no meio forense é a máxima segundo a qual mais vale um mau acordo que uma boa demanda. Esse conceito deve ser urgentemente revisito”.

370 Até porque esta crise tem várias vertentes devendo ser solucionada em vários níveis. Sobre o tema, v. Item 1.2., do Capítulo 1, Parte I,

conceito não deve estar intrinsecamente ligado ao acordo, que deve ser visto como uma consequência e não como um objetivo desse meio³⁷¹.

Já sobre a relação de adequação dos conflitos e o respectivo meio de tratamento, cumpre fazer algumas considerações.

A doutrina nacional identifica a mediação no ordenamento brasileiro mais pela sua orientação transformativa, sendo meio de resolução indicado para o tratamento de conflitos existentes em relações continuadas, uma vez que está intimamente ligado ao restabelecimento dos laços emocionais estreamecidos. Assim, revela-se instrumento mais adequado ao tratamento dos conflitos multidimensionais, porque tem a flexibilidade necessária para atender à relação entre as partes. Com isso, a mediação é capaz de tratar de problemas inacessíveis à conciliação ou à heterocomposição³⁷². Por outro lado, é preciso admitir certa inadequação da mediação nos conflitos objetivos, cuja controvérsia entre as partes apresenta algo pontual³⁷³. Nesse sentido, é

371 Segundo Alexandre Araújo Costa, "Cartografia dos métodos de composição de conflitos", ob. cit., 2004, p. 163, "a identificação do conflito com a disputa acerca de um bem (ou de uma determinada combinação de bens) é uma concepção demasiadamente restrita da dimensão conflituosa da vida em sociedade. E a insistência no acordo como forma *única* de resolução de conflitos é demasiadamente ligada à noção de que os conflitos são aquilo que se precisa anular na sociedade. Com o tempo, desenvolveu-se uma percepção mais crítica acerca das peculiaridades dos conflitos e da possibilidade de resolvê-los mediante acordos. Uma das percepções fundamentais é a de que a disputa não é o conflito, mas uma decorrência do conflito. Portanto, resolver a disputa não põe fim ao conflito subjacente. Quando um juiz determina com quem ficará a guarda de um filho, isso põe fim a uma determinada disputa (ou litígio, como definiremos a seguir), mas, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades para os pais e para os filhos. Então, torna-se claro que o conflito, ao menos em muitos casos, não pode ser resolvido pelo acordo".

372 Essa perspectiva abrange principalmente o conflito familiar, conforme Águida Arruda Barbosa, "Proteção da pessoa dos filhos: mediação familiar e interdisciplinar", ob. cit., 2010, p. 443, ao afirmar que "Conflito familiar necessita de cuidado e não de julgamento, atividade essa reservada apenas às questões de alta indagação jurídica ou às pessoas incapazes, momentaneamente, ou não, de se responsabilizarem por suas vidas".

373 Segundo Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 77, "Para dirimir questões de um único vínculo a conciliação é o meio adequado". O autor esclarece em nota que a expressão "único vínculo" significa que as partes não se

preciso esclarecer que, mesmo existindo uma relação anterior entre as partes, ou uma dimensão emocional irrelevante, a intervenção de um conciliador é mais adequada que a de um mediador.

Todavia, essa distinção decorre de uma opção dicotômica, em que se oferecem opções binárias, com base em critérios antagônicos e opostos, incompatível com o reconhecimento da diversidade e da complexidade dos conflitos. Ora, as ferramentas para os respectivos tratamentos devem ser plurais, não se revelando as conceituações estanques próximas da realidade, porque há uma infinidade de conflitos híbridos que também merecem tratamentos híbridos. Ademais, embora as distinções entre mediação e conciliação sejam aparentemente coerentes, nem sempre disso dão prova perante um conflito real.

Não há um preceito único que recomende conciliação para conflitos objetivos e mediação para conflitos multidimensionais, por isso a utilização conjunta das técnicas existentes é imprescindível ao tratamento adequado do conflito de forma a pacificar as partes. Nesse sentido, as técnicas da conciliação e da mediação podem ser usadas de forma paulatina, de modo a atingir o verdadeiro objetivo desses meios: a resolução do conflito pela pacificação das partes³⁷⁴. Dessa forma, é indispensável que o profissional ao realizar suas atividades esteja capacitado para identificar as causas do conflito e adotar as técnicas mais aptas à sua transformação e superação³⁷⁵.

conheciam antes da controvérsia e que do conflito não tenham decorrido vínculos emocionais como raiva, ódio, paixão, amor, entre outros. Segundo ele, "para conflitos sensíveis com envolvimento emocional, com múltiplas ramificações, a mediação é mais adequada".

374 Cf. Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 40, "Na prática, diante de um conflito, pela sua origem (objetivo ou subjetivo), ou mesmo pelas características pessoais dos envolvidos, detalhes, abrangência ou reflexos posteriores, há uma *zona cinzenta*, e extensa, entre as situações em que se recomenda um ou outro método de solução. (...) Há espaço para, no desenvolvimento de um modelo, ao se perceber que outro será mais adequado, promover-se a mudança ou utilização conjunta das técnicas de ambos os procedimentos, ou mesmo o encaminhamento a outro intermediário com as qualificações apropriadas ao melhor atendimento dos interessados".

375 Outrossim, a concomitância de outras técnicas para melhor dissolução de um conflito interdisciplinar pode ser benéfica, como por exemplo sessões de terapia psicológica

Para tanto, deve valer-se de todas as técnicas disponíveis, além de investigar e refletir sobre os aspectos que entender pertinentes³⁷⁶. Acrescente-se que, no desenvolvimento de sua atividade, não basta apenas realizar uma negociação baseada em princípios, pois essas técnicas correspondem apenas a uma gama de conflitos e não contemplam a infinidade de variações vistas no Judiciário. É justamente por isso que a formação do conciliador deve contemplar matérias que apresentem uma visão interdisciplinar; as diferenças entre a comunicação de primeira e segunda ordem, bem como sua relação com a necessidade de contenção ou transformação do conflito; a compreensão de sistemas e sua respectiva complexidade; a teoria dos jogos e as estratégias comportamentais. Tudo para que o conciliador consiga realizar a tipologia do conflito que lhe é apresentado, de modo que a conciliação possa ser apontada como meio apto de resolução de conflitos no sistema de Justiça atual e contemple a grande diversidade dos conflitos existentes³⁷⁷.

Para tentar superar essas limitações binárias, Leonard L. Riskin propôs um modelo graduado, harmonizando os critérios de avaliação e facilitação, normalmente ligados aos conceitos de conciliação e mediação³⁷⁸,

376 Para Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, in *Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, São Paulo, Atlas, 2007, p. 55, “Não há uma regra absoluta que recomende a conciliação para conflitos objetivos e a mediação para conflitos subjetivos; há espaço para temperamentos e utilização conjunta de técnicas de ambos os procedimentos”.

377 Para Roberto Portugal Bacellar, “O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 33, “Para o alcance da pacificação o raciocínio deve ser exlético, e o conflito deve ser analisado sempre na sua integralidade com visão holística, global e transdisciplinar, abrangendo todos os prismas relacionais a fim de que possam resultar apenas vencedores”.

378 Pelas diferenças existentes, a mediação facilitativa e a valorativa são respectivamente comparadas à mediação e a conciliação vistas na doutrina brasileira. Nesse sentido, Leslie Shérída Ferriaz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado*, ob. cit., 2008, p. 96, afirma que “a principal tarefa da mediação facilitativa é fortalecer a compreensão mútua das partes, incluindo suas necessidades e emoções; enquanto a mediação valorativa visa a enfatizar a eficiência e promover a compreensão de questões legais e financeiras essenciais ao acordo”. Igualmente, Paulo Eduardo Alves da Silva, “Gerenciamento de processo e cultura de litigância – a experiência do “case

respectivamente, buscando uma teoria que englobasse todos os aspectos do problema.

Com isso, trata todas as estratégias possíveis como espécies de um mesmo gênero (mediação) e suas variações. Juntando as duas vertentes, Riskin propõe um gráfico cartesiano em que um eixo representa os conflitos a resolver e o outro, a intervenção do mediador. Sobre a amplitude do conflito, que denomina na exposição como problema, apresenta-se um eixo de definição partindo de uma perspectiva restrita para uma perspectiva ampla, sequencialmente, considerando: 1. Objeto litigioso; 2. Interesses comerciais; 3. Interesses pessoais, profissionais ou relacionais e 4. Interesses comunitários.

Já o papel do terceiro varia de um mero facilitador, sem possibilidade de sugerir qualquer proposta de acordo, passando por uma etapa intermediária, com possibilidade de sugerir propostas, até o ponto oposto, relacionado com o modelo avaliativo, que não apenas pudesse dar sugestões, mas exprimir sua opinião, inclusive pressionando as partes a celebrar um acordo. Entendendo que os eixos se cruzam nos pontos médios entre essas características, o autor faz uma divisão em quatro campos, assim classificando o terceiro interventor:

1. facilitador-restrito: o terceiro pode perguntar, ajudar as partes a desenvolver suas próprias propostas restritivas, a trocar propostas e avaliar as propostas trocadas;

management” inglês”, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, Coordenação de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 650, ressalta que “Os programas de ADR dos cortes federais norte-americanos operam por mediação, arbitragem, avaliação neutra, mini-julgamento, júri sumário, semana de mediação, o med-arb, entre outros. A mediação é indicada para a maioria dos casos cíveis e, no sistema das Federal Courts norte-americanas, pode ser realizado tanto mediante as *conferences* em juízo como pelos setores independentes de mediação, para os quais o caso pode ser encaminhado em qualquer fase da ação judicial. O mediador não necessariamente precisa ter conhecimentos ou formação jurídica. Diferem a *traditional mediation* e a *evaluation mediation*, distinção equivalente à conciliação e mediação. O *evaluation mediation* costuma sugerir propostas de acordo e esclarecer as partes sobre suas possibilidades de êxito na ação judicial e sobre as consequências de não chegarem a um acordo, não, não aprofunda o conhecimento sobre os fatos apresentados”.

2. facilitador-amplo: o terceiro pode ajudar as partes a compreender seus interesses subjacentes, auxiliando-as a desenvolver e propor alternativas à solução do conflito baseadas em interesses;

3. avaliador-restrito: o terceiro pode estimular os pontos fortes e fracos de cada parte, prever os resultados de um processo judicial ou outros processos, propor contratos de compromisso, estimular as partes a fecharem um acordo;

4. avaliador-amplo: o terceiro pode promover a conscientização a respeito dos interesses subjacentes, prever o impacto sobre os interesses de não chegar ao acordo, desenvolver propostas baseadas em interesses e estimular a aceitação mútua das propostas das partes.

Com esse modelo, Riskin busca oferecer uma saída abrangente, uma vez que relaciona num sistema em que relaciona as variáveis que outras propostas tendem a tratar de forma isolada³⁷⁹. Há, porém, quem entenda que essa saída não equaciona devidamente a questão, pois termina por substituir os problemas inerentes a dicotomias rígidas pelos problemas de uma falsa gradação. Segundo este posicionamento, isso se deve à diferenciação dos conflitos a partir de gradações baseadas em critérios quantitativos e não

379 Cf. Leonard L. Riskin, "Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos", ob. cit., 2002, p. 55, "a mediação parece abranger uma enorme variedade de atividades. Não obstante, muitos profissionais da área definem, geralmente de uma maneira limitada, o que é ou deveria ser a mediação. E acabam por ignorar outras práticas e argumentos que consideram como não sendo realmente mediação. Em decorrência disso, muitas organizações e indivíduos interessados no processo de mediação - tribunais, agências administrativas e outros patrocinadores de programas, advogados e potenciais participantes de mediação - tomam decisões sobre mediação sem o devido entendimento das alternativas disponíveis. Uma causa dessa situação é a ausência de qualquer método difundido e abrangente para a descrição das várias abordagens à prática da mediação. Ao escrever este artigo, pretendi propor esse método. Minha meta é facilitar um pensamento claro sobre os processos que são comumente chamados de mediação, cabendo - e isso é perfeitamente sustentável - dentro do usual entendimento da mediação como uma negociação facilitada por um terceiro imparcial. O sistema pode auxiliar as pessoas a entenderem a mediação e tomarem boas decisões sobre o tipo de processo que querem que seja utilizado, bem como sobre o seu procedimento seleção, treinamento e avaliação dos mediadores. Além disso, espero que os mediadores individuais usem isso para refletir sobre o próprio trabalho. Acredito que essa estrutura também poderá auxiliar pesquisadores na busca da compreensão da correlação entre os tipos de mediação em face de suas diferentes experiências e consequências".

qualitativos, isto é, a amplitude do problema e a postura avaliativa do mediador³⁸⁰.

Além disso, uma orientação avaliativa - normalmente associada à conciliação - deve ser afastada, sobretudo no ordenamento brasileiro. Isso porque o conciliador, ao realizar uma avaliação, o faz na tentativa de influenciar as partes a tomar uma decisão próxima do que seria uma sentença e acaba por desestimular a orientação construtiva do método.

Na experiência norte-americana, existem meios de resolução de conflitos voltados especificamente a essa orientação avaliativa, tais como o júri simulado, a avaliação de terceiro neutro ou a arbitragem não vinculante³⁸¹.

380 Cf. Alexandre Araújo Costa, "Cartografia dos métodos de composição de conflitos", ob. cit., 2004, p. 175. O autor menciona ainda que "Consequentemente, se a diferença é meramente quantitativa, o modelo ergue-se sobre o pressuposto de que os conflitos têm um substrato comum e que o objetivo do mediador é sempre o mesmo, mudando apenas a complexidade do primeiro e a interventividade do segundo. Esse fato indica que Riskin compartilha do que Warat chama de uma *orientação acórdista* da mediação, que entende o conflito como um problema resolvido pelo acordo e dentro dessa concepção, para a qual a mediação oferece a oportunidade de proporcionar uma satisfação conjunta a todos os disputantes de um conflito, Riskin desenvolveu um modelo que supera alguns limites das teorias anteriores, mas incide nos próprios limites da visão acórdista. E o principal desses limites é uma indiferenciação entre conflitos ligados a um agir meramente estratégico e conflitos ligados a um agir comprometido, elementos cuja diferença é qualitativa e não quantitativa, o que inviabiliza a sua inclusão em gráficos baseados na variação constante de um elemento comum subjacente a todos os objetos abrangidos pelo sistema. Nessa medida, por mais que devamos reconhecer a engenhosidade do modelo, julgo que o fato de Riskin não reconhecer uma diferença qualitativa entre os conflitos faz com que ele não possibilite enfrentar adequadamente a complexidade da mediação", ob. cit., p. 176-177.

381 Nesse sentido, Kimberlee K. Kovach e Lela P. Love, "Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin", in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Organização de André Gomma de Azevedo, Tradução de Francisco Schertel Mendes e revisão de Arthur Coimbra de Oliveira, Vol. 3, Brasília, Grupos de pesquisa, 2004, do original "Mapping mediation: The risks of Riskin's Grid", in *Harvard Negotiation Law Review*, Spring, 1998, disponível <http://www.cardozo.yu.edu/cms/uploadedfiles/FACULTY/Lela_Love/mapping_mediation.pdf>, acessado em 22.09.2011. Para as autoras, ob. cit., p. 108, "Defensores da 'mediação avaliativa' afirmam que a utilização de uma avaliação neutra ajuda as partes a superar o impasse. Poucos deles questionam a utilidade de uma avaliação confiável no fornecimento de um balanço da realidade e na ajuda às partes para que elas atinjam um acordo. As propostas dessas pessoas servem de base para vários processos de resoluções de disputas, incluindo a

A existência de meios próprios voltados à avaliação reforça a utilidade dessa prática dentro do ordenamento jurídico, mas enaltece a necessidade de que seja feita de forma apropriada. Esses são meios cujos fundamentos de fato e de direito das partes um terceiro neutro pode avaliar, inclusive manifestando-se sobre o conjunto probatório eventualmente apresentado e ainda sobre as possíveis soluções judiciais, proférindo decisões sem qualquer poder vinculativo para as partes que, justamente por não solucionar o conflito, podem estar ligados a outro meio, como a mediação ou a arbitragem. Dispõem de regramentos próprios e sua maior vantagem é que o terceiro avaliador tenha especialização própria, que o autorize a exarar um parecer avaliativo sobre o conflito.

Por tudo isso, não parece próprio da conciliação realizada em terras tupiniquins sua vinculação a uma orientação avaliativa. Conforme a Resolução nº 125 do CNJ, o conciliador não precisa ter formação jurídica em nível de graduação – o que já o desqualifica a realizar qualquer avaliação do conflito voltada a uma decisão judicial³⁸². Outrossim, a formação voltada à compreensão do conflito e sua resolução por saídas construtivas reforçam que a conciliação no Judiciário deve ter enfoque somente facilitativo³⁸³. Acresça-se ainda que a orientação avaliativa é tão diversa do que se vê nos meios consensuais propriamente ditos que pode ser um grave erro permitir que a conciliação tenha essa orientação.

arbitragem não vinculante, o julgamento por júri sumário e a avaliação neutra prévia. Todavia, nós continuamos a acreditar que um sujeito neutro, ao oferecer uma avaliação que lhe foi requisitada, ainda que esta seja o último passo do processo mediatório, está se movendo fora dos limites do mapa da mediação, indo em direção a um processo diferente no qual as referências básicas governantes também devem ser diferentes”.

382 Resolução n. 125 do CNJ, Anexo III, Art. 2º, §4º - Desvinculação da profissão de origem – dever de esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.

383 Cf. *Francisco José Caldi, in Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 50. “Os mediadores e conciliadores, quando nesta posição, devem estar totalmente desvinculados de sua profissão de origem, esclarecendo às partes que, se necessária a orientação ou o aconselhamento de qualquer área do conhecimento, poderá ser convocado para outra sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos os envolvidos”.

Isso não significa que uma avaliação neutra de terceiro não tenha valor. Tem-no indiscutivelmente, tanto que sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro será vista em futuro próximo, contudo espera-se que seja de forma acertada, isto é, como um meio próprio, com características e regras de utilização que atendam à expectativa das partes. Nesse sentido, é imprescindível que o terceiro neutro tenha formação jurídica específica e que sua função seja exercida mediante voluntária adesão das partes a este meio.

É preciso elucidar que o conciliador, no exercício de sua função, pode sugerir possibilidades de resolução – exatamente na medida da objetividade do conflito que está tratando –, mas deve ter por finalidade estimular as partes a elaborar soluções próprias. Para tanto, o conciliador pode valer-se de perguntas ou sugestões, favorecendo a reflexão das partes³⁸⁴.

Se, por um lado, as intervenções do conciliador são capazes de influenciar na direção da resolução do conflito, é certo que ele não pode decidir pelas partes o que é melhor a partir de suas expectativas do que seria mais justo, independentemente da tipologia do conflito. Nesse sentido, aliás, versa o Anexo III da Resolução nº 125 do CNJ, que impede o conciliador de fazer prevalecer seus valores e conceitos pessoais, por comprometer a idoneidade do método.

O ordenamento brasileiro vem abrindo-se cada vez mais para incorporar uma variedade de meios de resolução de disputas. Todavia, delinear claramente esses meios e seus respectivos métodos é fundamental para o saudável desenvolvimento do sistema de Justiça. Cumpre enfatizar que a maior contribuição da institucionalização dos meios consensuais, sobretudo da conciliação, é permitir uma alteração mais profunda, que transcende a própria solução da controvérsia.

384 Fornecendo um clássico exemplo dessa situação, Kimberlee K. Kovach e Leah P. Love, “Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin”, ob. cit., 2004, p. 117 mencionam que “Em uma disputa de milhões de dólares entre uma empresa e um sindicato, o mediador declara às partes que a empresa “deveria ser mais flexível, pois ela não possui chances de ganhar em uma eventual apelação”. Uma avaliação deste tipo pode simplesmente encerrar as negociações, já que a parte favorecida tende a inflexibilizar a sua posição, enquanto a parte em desvantagem pode não ver outra saída a não ser testar a análise do mediador no tribunal. É óbvio que, em alguns casos, a avaliação do mediador mostra-se errada (ou seja, a empresa ganha a apelação), resultando no encerramento das negociações e em uma situação do tipo “perdo-perde” depois de anos de litígio e de despesas com advogados.”

Nesse ínterim, o endereçamento do conflito é fator de extrema relevância para o deslinde³⁸⁵, mas em qualquer meio consensual deve preponderar o desenvolvimento do senso de compromisso das partes. Isso porque, ao flexibilizar um ponto de vista, as partes deixam suas percepções e estabelecem novas formas de enfrentar as desavenças, fortalecendo a consciência no gerenciamento de seus próprios conflitos, protagonizando a criação de soluções consensuais que possam contemplar todos os envolvidos.

Por tudo isso, o instituto da conciliação deve ser definido como meio de resolução de conflitos, cuja composição é triangular pela atuação de um terceiro, neutro e imparcial, que investiga os interesses e necessidades das partes, pela facilitação da comunicação entre elas com vistas à compreensão do conflito e pela aplicação de técnicas relacionadas à sua adequada transformação, com orientação facilitativa e sem objetivar o acordo, enfocando a relação intersubjetiva, quando necessário, sendo mais afeta aos conflitos unidimensionais.

3.3 Objetivo e envolvimento judicial continuado

Como meio de resolução de conflitos, o único objetivo da conciliação é pacificar as partes com justiça³⁸⁶. Aliás, cada vez mais a

385 Com a finalidade de aprimorar o atual anteprojeto de novo CPC, o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP apresentou uma proposta, sugerindo critério objetivo para que seja feita triagem do conflito, considerando a existência de vínculo anterior entre as partes. Assim dispõem o projeto sugerido: “Art. 145. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. §1º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. §2º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarão, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo”. Texto disponível em <<http://direitoprocessual.org.br/content/view/141#this>>, acessado em 20.09.2011

386 Cf. Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., p. 228, “Pacificar com justiça é a finalidade de todo método idôneo de composição de controvérsias. Pacificar, porém, não é uma tarefa simples; por envolver o alcance de um estado de espírito humano, abrange aspectos não apenas jurídicos, mas também psicológicos e sociológicos”.

efetividade da prestação jurisdicional é entendida como pacificação que represente a transformação do conflito, caracterizada pela verdadeira alteração com relação aos interesses, expectativas e necessidades das partes, a partir da legítima construção do consenso. Saliente-se ainda que, restando uma faceta do conflito fora da esfera jurídica, tal como a necessidade de endereçamento social ou psicológico, as partes devem ser encaminhadas aos órgãos competentes a fim de dar continuidade ao tratamento dessas especificidades, fora da esfera judicial³⁸⁷ – o que será pertinente em conflitos mais complexos, com desdobramentos variados.

Dessa forma, é preciso destacar a importância de institucionalizar não só os meios consensuais, mas de verdadeiramente oferecer um sistema de Justiça com múltiplas formas de resolução de conflitos, além de levar o Judiciário a atuar com outros setores da sociedade, oferecendo uma verdadeira rede multidisciplinar de serviços, voltada ao tratamento integral do conflito. Justamente por ser o conflito um fenômeno multidimensional³⁸⁸ o Judiciário, ao incorporar os meios consensuais de resolução, deve estar preparado para realizar o encaminhamento de outras questões, já que, de certa forma, se abre para o tratamento do conflito verídico, que pode extrapolar o âmbito jurídico³⁸⁹. Apesar das limitações inerentes a este estudo, é oportuno

387 Para Andre Gomma de Azevedo, “Perspectivas metodológicas do processo de mediação”, ob. cit., 2003, p. 168, “Pode afirmar que, se inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava endereçar conflitos que ficavam em solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos, voltando-se inicialmente a reduzir a denominada litigiosidade contida, atualmente, a processualística volta-se a resolver disputas afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente jurídicas, e incorporando métodos interdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados mas também outros que possam auxiliar na ‘função de pacificação social’”.

388 Sobre o conflito e a respectiva prestação jurisdicional, v. Item 2.2.2., Capítulo 2, Parte I

389 Para Célia Regina Zapparoli, “Instrumentos não adjudicatórios de gestão de demandas, conflitos, disputas, problemas e crises nos sistemas: especificidade, aplicabilidade”, ob. cit., 2011, p. 38, “Muitas vezes, também, o conflito intersubjetivo pode vir permeado pelos efeitos dos conflitos sociais e dos problemas estruturais (deficit na educação, habilitação, saúde, trabalho e/ou no transporte, entre outros), acarretando as dificuldades na gestão daquele contexto conflitivo. Dessa maneira, esses problemas devem ser considerados e, trabalhados meios à sua superação no caso concreto. O objetivo, nessas hipóteses, não é a solução do problema estrutural ou o conflito social no campo macro, mas viabilizarem-se saídas para aquele caso particular e concreto, pois para o campo macro há caminhos técnicos mais funcionais