ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O PAPEL DO JUIZ NA TENTATIVA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL: A IMPORTÂNCIA DAS TÉCNICAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

THE ROLE OF THE JUDGE IN SOCIAL PACIFICATION: THE IMPORTANCE OF TECHNIQUES OF CONCILIATION AND MEDIATION

José Herval Sampaio Júnior*

RESUMO: O trabalho enfoca o papel do Juiz na busca incessante pela pacificação social, escopo maior da Jurisdição, tutelando os direitos, através da utilização de meios alternativos de solução de conflitos, mais precisamente a conciliação e mediação, visto que, infelizmente, a sentença não vem atingindo êxito nesse sentido. Abordam-se, de modo sucinto e claro, as diferenças entre a conciliação e mediação, enfatizando o prestígio da primeira na legislação vigente, de modo a destacar que a segunda - apesar de não-presente ainda nas normas - tem muito espaço para ser aplicada, inclusive pela autoridade judiciária. Prioriza-se a necessidade de que os Juízes se conscientizem de que esses meios são mais eficazes, pelo que deve o Poder Judiciário se estruturar melhor com esse objetivo, criando ambientes que propiciem a solução consensual dos litígios. Destaca-se, também, que se a legislação exigisse que as partes sentassem a uma mesa de negociação, antes de terem que adentrar em Juízo, ou seja, como requisito de admissibilidade da ação, muitas das causas seriam solucionadas, desafogando o Judiciário e alcançado a almejada satisfação social, e, muitas vezes, com Justiça. Enfatiza-se, também, a utilização das técnicas de conciliação e mediação, que, bem exploradas pelos Juízes, conseguem descobrir os conflitos reais e, assim, obter a sonhada pacificação substancial do conflito, estimulando, muitas vezes, a uma nova amizade ou, até mesmo, reconciliações, que a sentença nunca conseguiria, sem olvidar a questão dos limites formais e materiais para adoção dessa jurisdição consensual. Ressalta-se, por outro lado, o sucesso da mediação nos conflitos familiares, justamente pelas peculiaridades desses conflitos, que, necessariamente, envolvem sentimentos e valores, sendo imprescindível o prestígio ao diálogo. Por derradeiro, condensaram-se os entendimentos com o intuito de o leitor tirar suas próprias conclusões.

Palavras-chave: Pacificação Social. Técnicas de Mediação e Conciliação. Jurisdição Consensual. Mudança de Paradigma. Ambiente de Conciliação. Participação. Decisão Intermediada. Previsões Legais. Acordo Justo. Tutela de Direitos. Conscientização dos Juízes.

* Especialista em Processo Civil e Penal pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e da Universidade Potiguar – UnP. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Juiz de Direito do Rio Grande do Norte. Email: hervaljunior@tjrn.jus.br.

ABSTRACT: The work focuses on the role of Judge in relentless pursuit of social pacification, broader scope of jurisdiction, protecting rights through the use of alternative dispute resolution, specifically the conciliation and mediation, since, unfortunately, the sentence hasn't been successful by itself in this regard. It addresses, in a succinct and clear way, the differences between conciliation and mediation, emphasizing the prestige of the first legislation in order to highlight the second - although still present in non-standards – which has plenty of room to be applied including the judicial authority. Priority is given to the need for judges to be aware that these means are more effective, so that the judiciary should be structured better with this goal, creating environments that foster consensual solution of disputes. It is highlighted, too, that if the law requires parties to sit at a negotiating table, before having to enter in court, or as a condition of admissibility of the action, many of the causes could be resolved, relieving the judiciary and reaching the desired social satisfaction, and often with Justice. Emphasis was also given to the use of the techniques of conciliation and mediation, which if well exploited by the judges can point the real conflicts and thus obtain the so hoped substantial pacification of the conflict, stimulating, often a new friendship or even reconciliations, that the sentence would never reach, without forgetting the issue of procedural and substantive limits to the adoption of consensual jurisdiction. It should be noted, however, the success of mediation in family disputes, exactly due to the peculiarities of these conflicts, which necessarily involve feelings and values, when it is indispensable to dialogue. At last, all the thoughts have been condensed so the the reader may draw his own conclusions.
Keywords: Social Pacification. Techniques of Mediation and Conciliation. Consensual Jurisdiction. Paradigm Change. Environment Conciliation. Participation. Mediated Decision. Legal predictions. Fair deal. Custody of Rights. Awareness of the judges.

1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A ATIVIDADE JUDICIAL COM VISTA À OBTENÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

A jurisdição vem sofrendo, hodiernamente, profunda alteração na sua compreensão e, por conseguinte, condicionando os seus resultados, principalmente o atinente à tentativa de obter-se a almejada pacificação social, e, para tanto, suas premissas estão sendo repensadas, já que estas, pelo menos através da sentença, só poderiam ser satisfeitas, evidentemente, somente quanto à parte vencedora, por uma efetiva tutela dos direitos violados ou ameaçados, na forma do preconizado no artigo 5º inciso XXXV de nossa Carta Magna.

Entretanto, em que pese todo esse esforço em se alcançar uma atividade jurisdicional que se preocupe, em cada caso concreto, com uma substancial proteção dos direitos, talvez a solução consensual dos conflitos seja um modo mais eficiente, pelo menos, no aspecto de se atingir uma verdadeira pacificação social, pois, em não havendo vencedor e perdedor, as chances de continuidade de relação pós-lide são bem maiores, e mesmos em casos em que não se exige a continuidade do relacionamento, o acordo gera uma sensação de maior satisfação e, muitas vezes, a certeza do cumprimento da obrigação.

É nesse sentido que se prega a necessidade de que o Juiz passe a se preocupar com a pacificação social em todas as suas decisões, ou melhor, esclarecendo, nas suas atitudes ante o processo, pois, como a direção é sua, nada mais lógico que o conduza sempre com a visão de que não é com a sentença, mesmo de mérito, que aquele conflito, no plano fático, será materialmente solucionado, já que a idéia de que a sentença põe fim ao litígio é ilusória, e até mesmo ao processo, pois não o finaliza, necessariamente, consoante recente mudança advinda com Lei 11.232/05[1].

Desta forma, a preocupação constante com uma efetiva satisfação social dos contendores deve ser uma busca incessante da autoridade judiciária, e a sentença, que infelizmente se encontra falida[2] na consecução desse objetivo, somente deve ser utilizada quando não for possível qualquer forma de negociação em sentido amplo, já que não existe vedação legal nesse

1 Refere-se às alterações do artigo 162, 267, 269 e 463 do CPC que não mais ditam que a sentença necessariamente põe fim ao processo, já que este possui a preocupação de obter a satisfação do direito e não mais somente uma sentença que o reconheça. Essas mudanças estão na trilha dessa nova concepção de jurisdição, que se preocupa sempre com a tutela dos direitos no caso concreto. Essa visão já é um significativo avanço e se embebera nos termos da constitucionalização do direito processual, contudo, ainda prima por uma solução decisória que prestigia um vencedor, logo, essa resolução, na maioria das vezes, também não obtém a satisfação social, principalmente quando se envolve conflitos que precisam ter a continuidade do relacionamento, até mesmo negociais.

2 Também comunga desse entendimento o Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, ao se pronunciar na apresentação do livro Mediação Familiar, tendo assim se manifestado, ressaltando inclusive a pertinência dos meios alternativos de solução dos conflitos: *"Na visão aguçada de Kazuo Watanabe, existe, com efeito, uma "litigiosidade contida", abrangendo toda a pletora de insastifação do povo, seja pela dificuldade do acesso à Justiça, seja pela demora da Organização Judiciária, no deslinde das demandas que lhe são apresentadas. Ante esse quadro dantesco, de verdadeira falência da máquina estatal, especialmente no que tange à prestação jurisdicional, em boa hora começaram a ser utilizadas soluções do Direito norte-americano, conhecidas como Alternative Dispute Resolution (ADR), quais sejam o Juízo Arbitral, a Conciliação e a Mediação.* SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho, **Mediação Familiar**: Um estudo histórico- social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, Apresentação.

tocante, pelo contrário, as legislações atuais prestigiam muito a autocomposição das lides, principalmente a conciliação[3].

A realidade é dura, mas tem que ser encarada por todos aqueles que laboram com o Direito, pois, na maioria das vezes, a sentença não só não resolve o problema específico do litígio, como cria outros conflitos, que inviabilizam completamente qualquer possibilidade de solução amigável, criando um ambiente de litigiosidade que dificilmente será desconstruído; logo, a perspectiva deve ser sempre de paz e harmonia, mesmo entre os que litigam, pois o conflito é ínsito ao ser humano e tem o seu lado bom, no que o Juiz, como intermediário das partes, deve estimulá-las a reconhecer e encontrar a melhor solução, ou até mesmo sugerir essas resoluções.

Os Juízes precisam desprender-se da concepção de que sua tarefa precípua é decidir e que a tentativa de conciliação, prevista nos procedimentos, é somente uma formalidade. Ora, o processo não pode ser nunca compreendido como um fim em si mesmo, daí por que todas as previsões judiciais têm um objetivo claro e definido, qual seja assegurar que os contendores solucionem a sua pendenga de forma que a pacificação social reste atingida[4]. Essa premissa não vem sendo sentida pelos operadores do direito, o que pode ser amenizada com a inserção de todos os meios alternativos de solução dos conflitos.

Acrescente-se, ainda, que essa preocupação constante com a pacificação social efetiva, por meio de uma solução consensual, resolve outro grande problema da prestação jurisdicional, qual seja a morosidade infensa a todos os procedimentos, o que inquieta tanto a sociedade quanto à atuação judicial, pois o que interessa, para alguém que seja reconhecido como titular de um dado direito, é o pronto restabelecimento, de forma específica, o que a Justiça, infelizmente, não vem conseguindo, muitas vezes, em

3 Já se encontra no Congresso Nacional um projeto de lei sobre a mediação, atualmente no Senado Federal, sob a relatoria de Pedro Simon, na qual se prevê duas formas de mediação, a prévia e a incidental, ou seja, dentro do processo, o que fortifica a tese de que suas técnicas podem normalmente serem utilizadas em todos os processos e procedimentos que prevêem a conciliação, justamente porque não há qualquer incompatibilidade, contudo, infelizmente tal projeto não prevê que as partes necessariamente sentem numa mesa de negociação, como requisito para admissibilidade da ação e consequentemente a espera da sentença, como se esta fosse a "salvadora do mundo", o que é cediço que os juízes não podem ser tidos como Deuses.

4 *"É inquestionável que o principal objetivo da jurisdição, o que lhe faz a essência, é seu caráter de pacificação. Neste sentido, é muito mais salutar que se encontrem fórmulas de consenso, para que a pretensão resistida chegue a bom termo, atingindo-se o ideal de justiça das partes."* Fernando Horta Tavares, **Mediação & Conciliação**. Rio de Janeiro: Mandamentos, 2002. p. 17.

razão da demora da entrega da prestação jurisdicional, que não é efetiva no sentido de satisfazer pelo menos à vencedora[5].

Por todos esses motivos, não resta dúvida alguma de que o prestígio à jurisdição consensual não traz nenhum malefício aos desígnios dessa função tão cara à sociedade, devendo, por conseguinte, ser prestigiada em todos os sentidos, como felizmente vislumbrou recentemente o Conselho Nacional de Justiça, ao lançar o dia nacional da conciliação e ao instituir um projeto de estruturação de todo o Poder Judiciário para obtenção de uma solução amigável entre os litigantes judiciais, até mesmo antes de o processo formalmente ser instaurado[6].

Pensar em uma atividade jurisdicional que não vise, obrigatoriamente, à pacificação social é tratar essa função pública com descaso, pois todo o agir das autoridades em geral aspiram ao bem comum, e este só é atingido com uma solução efetivamente satisfatória para ambas as partes, mesmo que uma destas perca processualmente falando, mas que fique consciente de seus erros. Destarte, quando se utilizam das formas de autocomposição, as partes chegam a um consenso, cientes destes erros, que infelizmente a sentença quase nunca transmite, substancialmente falando, principalmente por sua linguagem técnica excessiva.

Nessa conjuntura, acredita-se que a Justiça de um modo geral, ou seja, todos aqueles que laboram com o direito e, até mesmo, os próprios litigantes devem se imiscuir de um espírito de pacificação social, pois não se pode sempre tratar o conflito como algo negativo, sendo imperiosa a análise

5 Em nosso livro Medidas Liminares no Processo Civil: Um novo enfoque, O ministro José Augusto Delgado em seu prefácio atesta para a necessidade inadiável de uma pronta entrega da prestação jurisdicional, bem assim chama a atenção para o fim harmonioso que o processo deve perseguir, consoante pode se vê a seguir: *Os estudiosos do Direito Processual Civil estão convencidos de que técnicas novas devem ser introduzidas na legislação brasileira formal para que sejam atendidas, com eficácia, segurança e efetividade, esse anseio da cidadania. Há de se gerenciar o processo de modo que instrumentos de ação alcancem esse objetivo, sem se afastar do respeito ao princípio democrático informador do devido processo legal. Urge que o Direito Processual Civil consagre, do modo mais evidente e convencedor, o querer constitucional representativo do sentimento da Nação, que é o do Estado Brasileiro tornar vivo e constante o objetivo primordial posto em sua Carta Magna, no seu preâmbulo, que é a entrega da paz com a rápida solução dos conflitos vivenciados pelo cidadão em suas relações comuns e extraordinárias no ambiente social, familiar, financeiro, comercial, industrial e institucional.* (LIMA, José Luiz Carlos de; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Medidas Liminares no Processo Civil um novo enfoque**. Rio de Janeiro: Atlas, 2005. p. 14).

6 O movimento nacional pela Conciliação e os seus atos normativos podem ser consultados no site www.cnj.gov.br, ao qual se acredita, que se por acaso essa política for posta em prática, o que pelo menos já se iniciou formalmente desde o último dia 08 de dezembro passado, a Justiça entrará em uma fase que a esperança de uma pacificação social passa a ser um sonho bem possível e real, já que os resultados desta experiência são bem exitosos nesse sentido.

de que, através de um bom diálogo, quase sempre se atinge uma boa solução e, principalmente, a satisfação dos que contendem torna-se cristalina.

2 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUAS VANTAGENS

Já ficou evidente, pelas colocações firmadas, que, infelizmente, a sentença não vem conseguindo atingir a almejada pacificação social, indispensável quando do surgimento de um conflito, daí por que se apresentam com esse desiderato alguns meios alternativos, que primam pelo aspecto da democracia participativa, responsabilizando os próprios envolvidos pela solução, já que, se estes a encontram, essa premissa, por si só, já se alinha com o escopo de satisfação social.

Nesse contexto, interessa ao presente trabalho a análise dos meios de solução dos conflitos - ditos democráticos em razão de as próprias partes em disputa resolverem as diferenças - o que se convencionou chamar de autocomposição, e na qual se depreende que, dentre eles, a conciliação e a mediação têm oportuna possibilidade de direta aplicação na atividade dos Juízes, desde que seja desconstruída a idéia de adversariedade e surja, em conseqüência, a eficaz cooperação entre os interessados.

Esse desafio não é difícil de ser cumprido, pois as condições normativas são amplamente favoráveis, inclusive as de nossa Carta Magna[7], daí por que o que falta é a conscientização dessa eficácia quanto ao resultado harmonioso da solução e se começar a aplicar as técnicas existentes na praxe forense, sem se descurar, evidentemente, de sua posição diretiva, que não inviabiliza a adoção dessa nova postura.

A negociação é, por excelência, a forma mais conhecida de solução dos conflitos, em que as próprias partes, sem qualquer tipo de interferência de uma terceira pessoa - daí a sua distinção da conciliação e mediação – resolvem o seu litígio através de um acordo, após conversação sobre dife-

7 *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir em Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional,* ***com a solução pacífica das controvérsias****, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil* (Grifo nosso). Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

renças. Historicamente, é o modo mais antigo de resolução de desavenças, e com a nítida vantagem de propiciar a continuidade do relacionamento entre os envolvidos, pois sequer foi necessário um interventor[8].

Por outro lado, percebe-se, claramente, a impossibilidade da utilização pelo Magistrado, em razão de que, por esta via, mesmo que já existente um processo, a iniciativa e efetiva solução é dos próprios envolvidos; logo, o que pode ser feito pelo Juiz é uma instigação que as partes se sentem à mesa de negociação, para chegar a um consenso.

Já a conciliação é a maneira clássica de solução amigável dos litígios quando já existe um processo, ou até mesmo antes dele, principalmente pelas propostas já enunciadas do Conselho Nacional de Justiça, quando um terceiro, que pode ser o Juiz – essa é a idéia principal – formule uma resolução que seja aceita pelas partes, através de propostas destas, ou também por sugestão do terceiro, o que é bastante prestigiado na legislação, inclusive penal.

Essa forma de solução vem sendo largamente aplicada, e com muito sucesso no que tange à pacificação social e rápida resolução, devendo, por isso, ser mais bem estudada, para que se crie a almejada cultura de consensualização dos litígios como prioridade.

A mediação, por sua vez, não se preocupa tão-somente com a resolução do conflito posto em evidência, e a sua característica principal consiste em que a participação do terceiro, que também pode ser o Juiz, é estimuladora no sentido de que os interessados encontrem a melhor solução, prestigiando a continuidade do relacionamento. Sua eficácia de satisfação social é bem mais evidente do que na conciliação, como será visto no capítulo seguinte.

A par dessas considerações, vislumbra-se que esses meios democráticos de solução dos conflitos devem permear a atividade jurisdicional, de modo que se transforme em uma prática constante, e não somente se cumpra mais uma formalidade; pois, como já sentido nessas primeiras linhas, a sua efetividade quanto à pacificação social é bem mais intensa do que a sentença, o que por si

8 *Sem intervenção de terceiros, as partes procuram resolver as questões, resolvendo disputas mediante discussões que podem ser conduzidas pelas partes autonomamente, ou por representantes. Por isso, alguns autores, não a consideram uma forma de solução de conflitos propriamente dita. A negociação é usada para qualquer tipo de disputa e faz parte do dia-a-dia transacional. É uma atividade constante entre advogados. É um método apropriado a ser utilizado quando as partes continuam a ter relações comerciais, cotidianamente, ou quando é possível solução criativa, sendo certo que tal vínculo caracteriza-se pela confiança mútua e credibilidade entre as partes.* (TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. p.42).

só já justificaria essa mudança de paradigma; contudo, outras vantagens podem ser percebidas, dentre elas, a já citada, mas é sempre importante a celeridade na resolução do litígio, valor dos mais buscados pela sociedade em geral.

Por fim, ainda se pode trazer, como vantagem da utilização desses meios alternativos de solução dos conflitos, a responsabilização dos envolvidos pela decisão, o que prestigia a democracia, a igualdade de tratamento, a solidariedade, a prevenção de novos litígios, a harmonização e, talvez, a mais significativa, a própria transformação social, pois, quando as partes resolvem amigavelmente uma contenda, acabam retirando daí muitas lições que representam um avanço nos seus ideais, construindo uma nova realidade[9].

Desta forma, patente que esses meios são muito eficientes em várias nuances, o que já legitima a adoção integral destes, pelo menos, como complemento dessa nova concepção de jurisdição constitucional, que, como visto, não pode ter preocupações formais, e sim resultados materiais de ampla satisfação no plano fático[10].

3 DISTINÇÃO ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

No capítulo anterior, propositadamente, foi exposta de modo perfunctório a compreensão dos institutos da conciliação e mediação, ressaltando-se-lhes as convergências e apontado algumas das diferenças, pelo que é imperioso que o desbruçar-se com mais vagar nesse tocante.

9 Interessante de se ressaltar nesse contexto é a posição dos processualistas constitucionais Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco em sua obra Teoria Geral do Processo, que de maneira clara enfocam a vantagem dos meios alternativos, já os intitulando como de pacificação social, merecendo, por conseguinte, ser transcrito: *Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficiente. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.* (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 25-26).

10 *"Assim, o espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes. A mediação frutífera proporciona aos profissionais da área do Direito a rara satisfação de poder rapidamente resolver o problema. O aperto da mão ao término da audiência, em que a conciliação foi atingida, representa o retorno das partes à normalidade social. O que mais poderiam pretender advogados e Juízes? (*SOUZA NETO, João Baptista de Mello e; **Mediação em juízo**: Abordagem prática para obtenção de um acordo justo. Rio de Janeiro: Atlas, 2000. p. 101).

Primeiro, foi visto que, na conciliação, o terceiro acaba propondo o acordo, ou seja, de alguma forma participa, mesmo que indiretamente, da solução, que é aceita pelas partes; enquanto que, na mediação, essa solução é encontrada através do diálogo constante dos próprios envolvidos, só havendo intermediação do terceiro, enfatizando-se, por óbvio, que o Magistrado se encaixa nesses dois perfis.

Na conciliação[11], cujo objetivo precípuo é tão-somente a solução específica do conflito, o terceiro sempre está propondo as alternativas de resoluções, a partir das peculiaridades de cada caso, o que denota sua maior intervenção na solução propriamente dita e, por conseqüência, uma participação mais intensa quanto à responsabilidade da solução do conflito, sem, evidentemente, se impor qualquer decisão, já que a consensualidade é inerente a ambos os institutos.

Já no que concerne à mediação, vislumbra-se que a importância das partes com relação ao terceiro é bem mais evidente, visto que a responsabilização pela solução encontrada aqueles lhes pertence, o que informa maior participação, ressaltando-se, destarte, que esse modo ainda é mais democrático. Também é de se apontar que como os interessados são estimulados a dialogar e tentar entender o lado do outro, a solução, quase sempre, prima não só pela resolução em específico do litígio, mas pela continuidade do relacionamento[12].

A par dessas primeiras ponderações de distinção, já se verifica que os dois modos devem ser utilizados de acordo com o objeto da lide, pois, se não há um relacionamento anterior entre os envolvidos, como por exemplo, um acidente de trânsito entre desconhecidos, a conciliação parece ser

11 *Despido o magistrado do preconceito contrário quanto a se dedicar francamente à tarefa de obter a conciliação e, também ele, desprovido da vaidade de ver sua "bela" sentença elogiada pelos Tribunais, estará livre para perceber, na fase de conciliação, o que significa incorporar a lei, o arquétipo do pai e que, aos olhos das partes interessadas sua palavra impressiona, é contundente. A fala inicial do magistrado nas audiências de conciliação penetra a consciência dos envolvidos e com eles mantém contato direito. É um desperdício perder esse momento por ignorar sua importância e eficácia.* (SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. Rio de Janeiro: Atlas, 2000. p. 48).

12 *Outra vantagem importante da mediação é a contínua e intensa discussão sobre o conflito. Aqui, não se objetiva apenas a consecução do acordo, mas o melhoramento e a continuação do relacionamento dos mediados. Nesta discussão, as pessoas são consideradas como seres únicos, devendo ser respeitadas como tais [...]. Em suma, a mediação é bastante vantajosa. Seus objetivos não atingem apenas os problemas, refletindo seus efeitos nos mediados e na sociedade, fortalecendo e preservando o relacionamento existente entre as pessoas. (*SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**: Um estudo histórico- social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p. 94-95).

o meio mais eficaz e, até mesmo, dependendo do modo de condução e técnicas usadas, pode estimular uma amizade.

Noutro quadrante, se a lide trata de um conflito interpessoal entre pessoas ligadas por um sentimento, e acaba envolvendo uma relação patrimonial, a mediação se afigura como o instrumento mais eficaz, já que a visão do mediador não deverá ser somente a de solucionar aquele problema, porém permitir que os litigantes possam, entendendo suas diferenças, manter uma relação, no mínimo amistosa, atingindo, com mais sucesso, a pacificação social.

Desta forma, analisando-se com essa visão mais acurada, pode-se depreender facilmente que esses modos de compor um conflito tanto podem ser utilizados se já houver um processo, pelo Juiz ou seu auxiliar, ou até mesmo antes de se instaurar um processo, o que se afigura ainda mais benéfico, ressalvando-se que, se por acaso, dentro de um processo judicial se tentar a solução, por um desses meios, deve-se despir daquela idéia de adversariedade, prestigiando sempre a cooperação e o diálogo.

Nesse diapasão, ainda se pode ressaltar, como distinção entre os dois modos, que a conciliação é prevista expressamente na legislação processual civil, trabalhista e até mesmo penal, em alguns casos, pois como o Poder Público de algum modo interfere no mérito, sem contudo decidir, parece que esse meio foi priorizado, o que não se entende cientificamente falando, já que na mediação, apesar de não haver essa interferência, o trabalho e até mesmo a importância da figura do mediador é bem mais relevante do que a do conciliador, conforme será percebido quando do estudo das técnicas.

A mediação também previne, com muito mais eficácia, a possibilidade de novos conflitos, já que a conversação é priorizada, e a decisão é das próprias partes; logo, a dificuldade no seu cumprimento é bem menor do que na conciliação, até mesmo pela natureza das causas que a ela são submetidas. Ressalve-se, por ser esse o objetivo desse trabalho, que tanto a conciliação como a mediação, quanto ao cumprimento do acordado, são mais eficazes, nesse quadrante, do que as decisões jurisdicionais, o que deve ser levado em consideração, em razão do movimento de algum tempo pela efetividade do processo.

Para fechar o raciocínio até o momento ofertado no que tange à eficácia desses modos de obtenção da pacificação social, em especial através da mediação, que, como visto, de forma mais intensa alcança tal escopo,

é importante a transcrição do pensamento das estudiosas do assunto, Lília Maia de Morais Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos *in albis:*

> Em uma sociedade tão dividida e intolerante, necessário se faz a utilização de mecanismos que proporcionem a compreensão do mundo como multicultural e multifacetado, tais como a mediação de conflitos. Essa compreensão traz grandes benefícios também para a área social, visto que promove a inclusão e pacificação sociais. Nesse enfoque a mediação visa a pacificação social. Note-se que essa pacificação não significa a ausência de conflitos. Como já explicado, os conflitos são necessários e, se resolvidos adequadamente, promovem crescimento. Fala-se em paz em um sentido amplo, que pressupõe como elemento primordial a comunicação; o diálogo cooperativo[13].

Na esteira do preconizado acima, em que pesem as diferenças entre os dois institutos, duas conclusões parecem cristalinas; a primeira, no sentido de que as suas características, em momento algum, inviabilizam a sua profícua utilização pelos juízes; a segunda é de que os conflitos, mesmo aqueles já judicializados, devem ser analisados sob a ótica positiva, pois, como ambos os institutos prestigiam o diálogo - com mais veemência a mediação – sempre se consegue obter ganhos para os envolvidos[14], que crescem a cada conflito e, principalmente, quando encontram, por si sós, a solução.

Por fim, ainda é oportuno reforçar que a mediação proporciona maior participação[15] dos envolvidos na solução dos conflitos, dando-lhes auto-con-

13 MORAIS, Lília Maia de; CARVALHO, Sales e Mônica Vasconcelos. **Mediação Familiar**: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p. 90-91.

14 *A mediação procura valorizar esses laços fundamentais de relacionamento, incentivar o respeito à vontade dos interessados, ressaltando os pontos positivos de cada um dos envolvidos na solução da lide para, ao final, extrair como conseqüência natural do procedimento os verdadeiros interesses em conflito.* (TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 64).

15 *Em outras palavras, a mediação inclui na sociedade na medida em que aumenta a autodeterminação e a responsabilidade dos mesmos. Assim, por meio desse procedimento, os indivíduos passam a ter voz mais ativa dentro da sociedade, uma vez que possuem autonomia e são responsáveis por solucionar suas controvérsias. Como ressaltamos em outro momento: 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, cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. Dessa maneira, apresenta forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população – na perspectiva do acesso à justiça, na concretização de direitos, enfim, no exercício da cidadania.* (SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar:** Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p. 90-91).

fiança e autodeterminação para a execução de suas demais tarefas pessoais, já que, quando se envolvem valores e sentimentos, como patente restou esclarecido quanto à mediação, os conflitos reais surgem em detrimentos dos aparentes, desconstruíndo aquela infame idéia de que no final existe um vencedor, e por conseqüência, um perdedor, e isto não é realidade, já que na mediação, com mais clareza, verifica-se que a idéia é o ganha-ganha para os dois lados.

4 UTILIZAÇÃO PELO MAGISTRADO DAS TÉCNICAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

De tudo quanto já foi dito, vislumbra-se que a conciliação e mediação não são instrumentos que venham a competir com o Poder Judiciário, pois não há qualquer elemento que, de um modo geral, possa excluir suas aplicações, ressalvando-se, contudo, os limites que serão analisados no capítulo seguinte, já que uma certeza parece evidente, de que nada é absoluto.

Desta maneira, em havendo total permissividade e conveniência para suas utilizações, faz-se necessário e até mesmo imprescindível, em termos de resultado positivo, para se atingir a pacificação social, que os Juízes conheçam as técnicas de conciliação e mediação que os orientarão no bom desempenho dessa atividade.

Não obstante os estudiosos não se referirem a esse primeiro elemento como técnica, entende-se pertinente, que para ambos os institutos, deve a autoridade judiciária ou seus auxiliares se preocupar em criar um ambiente para a solução amigável, de modo que aquela postura e indicações de adversariedade sejam esquecidas, e os envolvidos se sintam bem à vontade para dialogar, quebrando os protocolos formais que acabam intimidando-os; para tanto, devem se despir do sentimento de superioridade e tentar conversar de igual para igual.

Nesse sentido, ainda se deve pensar que o espaço físico seja agradável e que a posição de um em frente ao outro pode inibir o acordo; logo, o ideal é que todos fiquem sentados em círculo, como se estivessem conversando normalmente, sem aquele ar de litígio, muito comum nas salas de audiência dos fóruns. Não se está dizendo que se, deve, necessariamente, criar uma sala específica para esses diálogos, mas, na medida do possível, mudar

o ambiente tradicional já vai ser um grande passo[16].

Desta forma, faz-se necessário que o Poder Judiciário se adapte a essa nova realidade, que, como dito, não contém qualquer elemento de exclusão quanto aos procedimentos já existentes na Justiça, motivo pelo qual os Juízes, antes mesmo das técnicas, precisam saber, de modo claro, seus desafios na conciliação e mediação, ficando claro que, para a primeira, as coisas são mais simples pelo próprio objetivo e natureza dos conflitos que a envolvem, e essa distinção, no final das contas, vai fazer a diferença, não somente quanto às técnicas, mas principalmente quanto ao modo de condução e escopo final de cada instituto.

A conciliação tem uma vantagem sobre a mediação, em termos legais, para fins de sua imediata aplicação, ou melhor dizendo, completa observação, pois se constitui como direito das partes o poderem conversar com o objetivo de se chegar a um acordo, já que, em todos os procedimentos judiciais, deve o Juiz tentá-lo a qualquer momento, afora as previsões específicas nesse sentido - principalmente a do procedimento considerado padrão, o ordinário – que, na audiência preliminar, determinam que se inicie com a conciliação, não sendo lógico que essa atividade se subsuma a perguntar às partes se há acordo. Pensar dessa maneira é tratar o processo como despresivo à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, alguns desafios são bem claros, pelo menos quanto à conciliação: primeiro, como se preparar tecnicamente quando você não tem muito tempo; segundo, como descobrir os verdadeiros interesses envolvidos no conflito e saber o que realmente o outro lado quer; terceiro, como se posicionar diante de um não - que é tão comum, pelo menos no início das conversações -; quarto, como criar uma opção que facilite a outra parte dizer sim, sem entrar no mérito e de nenhum modo forçar a parte; quinto, como gerar solu-

16 Em compromisso de palestra na cidade de Barbacena, verificou-se que um Juiz daquela comarca, "vibrador" por excelência, com a certeza de que essas vias consensuais são a melhor forma para compor os litígios, principalmente os de família, onde o mesmo jurisdiciona, sem qualquer ajuda financeira do Tribunal, deu um passo significativo quanto à ambientação do espaço físico a ponto de criar 04(quatro) salas, nominadas de conciliação, para junto com seus auxiliares servir exclusivamente para esse fim, incluindo aí evidentemente, as mediações. Para tanto, comprou sofás, mesas de centro, aparelho de som, etc., Dispôs a sala da forma em que as partes ficavam entre si se olhando mutuamente sentadas no sofá, tendo ao centro uma mesinha onde havia café, bolachas, bombons, etc., tudo isso com um som ambiente que tranqüilizava os ânimos. Depois de uma longa conversa com o citado Juiz, este contou que o índice de acordo chegava a 90 % (noventa por cento) e o que as partes mais sentiam necessidade era de conversar, se abrir, serem ouvidas, serviço que tecnicamente parece ser de outro profissional, mas que nessas técnicas constitui uma das maiores habilidades.

ções para se obter ganho mútuo, entre outros que surgem em cada caso.

Desta forma, parece que somente a utilização correta das técnicas conduzirá à eficaz solução, e esses obstáculos serão facilmente enfrentados e transpostos. Os estudiosos do tema trazem inúmeras técnicas, muitas vezes distintas umas das outras, somente pela nomenclatura, às vezes com acréscimos não vistos em uma técnica, criando, por conseguinte, outras, motivo pelo qual a experiência do subscritor, comungada com essas idéias, é o que se vislumbrará neste trabalho.

Quanto à conciliação, podem-se enunciar as seguintes: primeiro, as pessoas devem ser conscientizadas da importância e do resultado prático do ato de conciliar, principalmente a satisfação social e o conseqüente cumprimento do acordado; para tanto, o Juiz deve conversar genericamente nesse sentido; segundo, saber resumir as idéias, de modo a destacar as convergências; terceiro, ser bastante flexível ao lidar com o nível cultural das partes; quarto, dar a todos o direito de falar, mas respeitando sempre que cada um fale, sem interrupção, do outro; quinto, ter a mente aberta e receptiva para ouvir, sem que seus juízos de valores, de algum modo, inibam as partes de se abrir, já que essa escuta, chamada de ativa, também pode ser eficaz na conciliação, visto que na mediação é imprescindível.

Sexto, a linguagem deve ser a mais simples possível, evitando-se os "juridiques"; sétimo, deve ter uma postura calma e serena, de modo que a sua autoridade não se imponha pelo cargo, e sim pelo modo de conduzir e se portar perante as partes; oitavo, deve estudar previamente o caso antes do encontro, de modo que, conhecendo os anseios e resistência, tenha melhores condições de propor uma solução; nono, na medida do possível, e sem exageros ou emissão de posição pessoal, destacar como a jurisprudência e a lei tratam da situação em tese, pois essa explicação esclarece muitos dos pontos controvertidos, que até mesmo devem ser fixados antes mesmo da tentativa de conciliação, evidentemente sem preocupação técnica, já que servirão tão-somente para subsidiar o ato consensual; décimo, quando for o caso, com o mesmo escopo anterior, enunciar conciliações anteriores sobre a mesma situação jurídica, sem, contudo, emitir qualquer posição meritória, ou seja, tudo em tese[17].

17 Interessante que se transcrevam neste momento as reflexões de Fernando Horta, baseado nas lições de Luiz Fernando Keppen sobre a importância desse movimento pela solução amigável com uma técnica da atividade jurisdicional, ressaltando o valor da tentativa: *Voltando à indagação sobre a validade do esforço nas tentativas de conciliação, temos que a resposta não poderia ser outra, que não em sentido afirmativo. Indubitável que tal método pacifica as relações conflituosas, humanizando o direito, devendo, por isto mesmo, ser assimilado como téc-*

Ressalve-se, contudo, que essas são algumas das técnicas, e dependendo da situação, outras específicas devem ser implementadas em cada caso concreto; contudo, o mais importante é a conscientização dos Juízes sobre o uso dessas técnicas, e o espírito de conciliação que deve reinar até o último momento em que se possa atingir o acordo.

Por fim, quanto à conciliação e até mesmo já servindo para a mediação, é imperioso que se destaque o que o Juiz, no exercício dessas funções consensuais, não pode ser: confuso, indeciso, agressivo e emotivo, visto que tais situações emocionais deixam as partes instáveis e descredibilizam a atuação judicial, podendo gerar desconfiança, e com isso, uma das partes, ou todas, não querer sequer começar ou continuar o ato de tentativa da solução amigável.

Também, não podem os Juízes realizar algumas condutas, como, por exemplo; de modo algum, coagir as partes a acordar sobre o que não desejam; redigir o acordo de forma que não expresse a real vontade das partes; não entregar o termo de acordo para as partes assinarem, sem que seja lido em voz alta; propor acordo de que tem ciência de que uma das partes não pode cumprir; permitir acordo que tenha cláusula leonina; não permitir composição em processo na qual estejam as partes dela se servindo para fins escusos ou ilegais; conduzir o debate de forma atribulada, indo e voltando a pontos já discutidos; sugerir, de plano, sem provocação das partes, acordo que possa ser bom para as partes, já que, nesse caso, dependendo dos litigantes, pode ser que um deles fique desconfiado de que o Juiz esteja prestigiando uma das partes[18].

Enfim, percebe-se que a atuação judicial, do mesmo modo que em sua atividade precípua de julgar e materializar decisões, bem assim tomar providências acauteladoras, deve transmitir aos interessados uma posição de equilíbrio e neutralidade, tudo para que a confiança no Juiz seja uma premissa básica e intangível em todo o processo de tentativa de se obter o acordo.

A par dessas colocações, parece que não é tão difícil que os Juízes passem a ter essa consciência e com ela pratiquem o hábito de tentar a conciliação em todos os momentos, até mesmo antes da citação ou deliberação

*nica, a de propiciar melhores resultados, tudo em benefício dos atores no palco judicial e da sociedade que servimos. .E se afinal, este resultado não for alcançado? "Se não houver frutos, valeu a beleza da flores. Se não houver flores, valeu a sombra das folhas. Se não houver folhas, valeu a intenção da semente. (*TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. p. 127-128).

18 Essas ponderações foram colhidas, com alguns complementos do já citado livro de Fernando Horta, mais precisamente na página 126.

de uma medida liminar, como já visto ocorrer em alguns processos com bastante êxito, desde que não se esqueçam que as técnicas os auxiliarão não só em realizar e materializar o acordo, mais ainda na garantia de que este se concretizou a partir da livre vontade dos envolvidos.

Ainda é oportuno que se esclareça, na linha de tudo quanto já foi ponderado, que os Juízes não podem ter aquela idéia infame de que um processo conciliado não conta como ato judicial para fins de estatística, visto que tal pensamento é muito pequeno para sopesar com os escopos da atividade jurisdicional, que até mesmo não se limitam ao jurídico, incluindo-se o político e econômico, afora o mais importante, que é a pacificação social.

No que tange à mediação, instrumento infelizmente pouco conhecido da prática judicial, não havendo ainda legislação específica nesse sentido, o que dificulta ainda mais a sua operabilidade, deve o juiz com mais intensidade, se desprender dos preconceitos e passar a entender que o processo lida com vida humana e, por conseguinte, com emoções, drama, sentimentos, ou seja, tudo que envolve as subjetividades; logo, nesses casos, principalmente o de família, somente o diálogo constante e cooperativo vai encontrar uma solução duradoura para o conflito, que, na maioria das vezes, é aparente, dificultando até mesmo a solução amigável.

Como já visto, a mediação é tida como uma atividade de intermediação; logo, o Juiz não pode ser Juiz ou sequer árbitro, ou melhor, nem mesmo conciliador, já que a solução deve ser encontrada naturalmente pelas partes envolvidas nos conflitos, sem qualquer tipo de imposição, o que se apresenta como peculiaridade que marca todo esse procedimento, na qual, desde já, se vislumbra que algumas das técnicas de conciliação não podem ser usadas pelo Mediador.

Antes de se tecerem os comentários sobre as técnicas propriamente ditas, torna-se imprescindível que se fale sobre os princípios que as regem, bem assim as fases desse procedimento, que pode ser judicial ou não; contudo, não se pode ter qualquer tipo de formalidade. Quanto aos princípios, é sábia a lição de Fernando Horta:

> A mediação pode ocorrer dentro de um processo judicial, ou fora dele, aquela endoprocessual, esta, extra processual, e se caracteriza pela observância dos seguintes princípios, assim resumidos: - Voluntariedade: aceitação por livre iniciativa

ou aceitação das partes. Significa a disposição de cooperação para o objetivo da mediação.- Não adversariedade: não competição das partes, as quais não objetivam ganhar ou perder, mas solucionar o problema.- Intervenção neutra de terceiros: terceira parte, catalisadora das soluções. – Neutralidade:não interferência no mérito das questões. – Imparcialidade: isto é, ausência de favoritismo ou preconceitos com relação a palavras, ações ou aparência, significando, por parte do mediador, um compromisso de ajuda a todas as partes, por parte do mediador, um compromisso de ajuda a todas as partes e na manutenção desta imparcialidade no levantamento de questões, ao considerar temas como justiça, equidade e viabilidade de opções propostas para acordo. - Autoridade das partes: poder de decisão sobre as questões em disputa, já que são elas as responsáveis pelos resultados e pelo próprio andamento do processo. – Flexibilidade do processo: a mediação não é um processo rígido, uma vez que não está restrita à aplicação de normas genéricas e pré-estabelecidas e sua estruturação depende, basicamente, das partes e dos procedimentos por elas próprias escolhidas. – Informalidade, que se caracteriza pela ausência de estrutura e inexistência de conformidade a qualquer norma substantiva ou de procedimento. – Privacidade: a vontade das partes se manifesta de maneira autônoma, baseadas em interesse privados, no âmbito privado. – Consensualidade, no sentido de não haver uma decisão imposta às partes. Leva–se em consideração o resultado de deliberação das partes e desta vontade é que extrairá a sujeição ao acordo daí surgido. – Confidencialidade, que é um dos princípios norteadores da mediação. As informações são restritas ao âmbito das partes e do interventor. Salvo restritas eventualidades (por exemplo, os próprios sujeitos darem publicidade ao processo ou às decisões, visto que tem liberdade para tal), nada pode ser utilizado em juízo ou ter publicidade.[19] (negrito nosso)

Vê-se que esses princípios não podem ser olvidados, em nenhum momento, pelos Juízes, já que a mediação possui um objetivo que nunca foi a preocupação central da justiça, qual seja, a continuidade do relacionamento entre os contendores, daí por que o Juiz, como mediador, além de se despir

19 TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 67-68.

da visão tradicional de compor o litígio pela decisão, deve também atuar um pouco como analista[20], tudo para compreender as diferenças junto com as partes, pois a atividade de estimulação da solução necessita do que se chama escuta ativa, ou seja, uma participação que não é central, mas decisiva para o sucesso do diálogo e do acordo a ser implementado.

Afora a importância desses princípios, também é imperioso que o Juiz, enquanto mediador, atente para as fases materiais desse procedimento, em que pese a sua informalidade e não-especificação legal, ressalvando-se desde já, que a sua rigorosa observação não se faz necessária, visto que alguns casos podem determinar a supressão de algumas dessas etapas, ou até mesmo o estilo do Mediador [21].

Primeiro, deve o Juiz se apresentar como mediador e expor detalhadamente as regras, esclarecendo bem que não vai decidir nada e que sua atuação nessa situação difere totalmente de suas ações ou omissões como Juiz propriamente dito. Depois, os envolvidos no processo expõem os seus problemas e, não necessariamente, devem cingir-se às colocações da inicial ou contestação, se houver, já que não há qualquer vinculação com o processo e suas formalidades. Em seguida, o Magistrado faz um resumo minucioso e, sem qualquer conotação pessoal, ressalvadas as convergências, ordena pela primeira vez o problema, já tentando acertar quanto ao conflito real, se houver.

Complementado a fase anterior, o Juiz deverá descobrir os interesses ainda ocultos, pois, como se trata, na maioria das vezes, de sentimentos e valores magoados ou pelo menos esquecidos, os conflitos aparentes podem esconder verdadeiramente o problema; logo, a percepção do Magistrado deve ser acurada. Empós, a fase mais importante, na realidade, mas não necessariamente, deve ser seguida essa ordem cronológica, qual seja, a estimulação propriamente dita, com a atividade de permitir que as partes iniciem

20 *Analistas e juízes tem muito em comum, embora as diferenças os façam como água e vinho. Os dois lidam com processos iniciados há muito e a cujos fatos só tem acesso limitado. Atuamos com os elementos que nos chegam por meio das partes envolvidas, de acordo com seus interesses. Se nas pelejas jurídicas as partes "brigam" e no consultório o cliente é a única parte interessada, não devemos subestimar a capacidade que o conflito interno tem de sonegar informações, obstruir o processo, insistir na idéia de ganhar quando o fundamental é o acordo entre as partes, já que lutamos contra nós mesmos.* Essas ponderações são de Henrique L.M Torres, disposta como apresentação do livro já citado de João Baptista. (SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo:** abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 14).

21 *Ressalte-se que, dependendo do conflito e da concepção de cada mediador, algumas etapas podem ser suprimidas, ao passo que outras possam ser introduzidas (*SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p. 96).

a geração das idéias para a resolução dos problemas, começando os acordos parciais. Por fim, deve ser materializado o acordo final, em que as partes acabam chegando ao consenso, justamente porque passam a entender suas diferenças e se sentem importantes, porque acabam se descobrindo[22].

Após essas considerações, é relevante que se destaquem algumas das técnicas de mediação, devendo ser feita a mesma ressalva, como as já enunciadas quanto à conciliação, pois vários autores tratam do tema, e não há uniformidade, motivo pelo qual se priorizaram aquelas que os Juízes, com certeza, podem realizar com mais facilidade.

As técnicas que podem ser utilizadas pelos Magistrados, levadas em consideração as premissas já postas, são as seguintes: apontar, descrever e investigar os pontos de atrito, de forma que não se discuta o que já seja aceito pelos litigantes; coordenar a discussão entre as partes mediadas, cooperando e ajudando a discutir com respeito; ressaltar as convergências e divergências, sugerindo opções ao superamento destas; contudo, não se pode propor a solução, porque, nesse caso, seria uma conciliação; motivar a criatividade, na procura de soluções.

Auxiliar as partes a descobrirem seus reais interesses, permitindo que o acordo seja justo, eqüitativo e duradouro; logo, não há como pensar em desigualdade entre as partes; permitir a livre expressão emocional, motivo pelo qual não deve o Juiz interferir na fala da parte, sem que seja um esclarecimento, pois a sua principal função é ouvir, de forma ativa, evidentemente; utilizar uma escuta ativa para verificar a sinceridade das emoções; em alguns casos, utilizar sessões privadas com apenas uma das partes, desde que também o outro tenha o mesmo contato – é o que se chama de "caucus".[23]

22 Essas reflexões foram trazidas após leitura da obra de Juan Carlos Vezzulla, Teoria e Prática da Mediação, V Edição Comentada e Corrigida, Editado pelo Instituto de Mediação e Arbitragem no Brasil, mas como já ressalvado, essas etapas podem ser suprimidas ou até acrescidas, dependendo da situação, bem como não há qualquer rigidez para a sua seqüência, todavia, percebe-se que pelo menos as primeiras são indispensáveis, mas o Juiz não pode, em nenhum momento, querer atuar como Juiz, Advogado, Árbitro, Promotor, etc, sua função é meramente de auxílio e deve contar com um conhecimento interdisciplinar, daí porque, a atividade de Mediador não é necessariamente realizada por um profissional do direito.

23 *Em todo o procedimento o mediador realiza uma escuta ativa dos problemas, ou seja, permanece atento para captar todas as linguagens, associando as verbais com as simbólicas e não verbais. O corpo realmente fala; as expressões demonstram sentimentos. (*SALES, Lília Maia de Morais; Mônica Carvalho Vasconcelos. **Mediação Familiar**: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p. 98). Ainda nesse assunto, entende-se que durante todo o procedimento de mediação não deve o Juiz, sob hipótese alguma, deixar que suas expressões sejam transmitidas para a parte, ou seja, o seu equilíbrio emocional deve perdurar durante toda sua atuação, sem que qualquer postura diferente seja realizada, sob pena das partes perderem a confiança no Mediador.

É importante não perder o controle da situação; também deve o Juiz manter a ordem mediante uma regra basilar: uma pessoa fala de cada vez; utilizar parafraseamento: ouvir e repetir conceitos usando palavras diferentes; trabalhar uma questão de cada vez; conclamar as partes a expressarem seus sentimentos com lealdade, de forma que o conciliador possa sugerir uma opção de solução que atenda às partes; sugerir uma parada nas negociações, quando o clima estiver tenso[24].

Ressalve-se que todas essas técnicas - apesar de extremamente importantes – não devem ser valorizadas, da mesma forma que, às vezes, se prestigiam as formalidades, pois o fim maior deve ser sempre lembrado, qual seja, que as partes consigam encontrar uma solução de consenso que evidencie a continuidade do relacionamento e a sua autodeterminação, visto que esse instrumento se perfectibiliza como um elemento concretizador da democracia[25].

A par de todas essas colocações sobre os princípios, técnicas e até mesmo fases ou etapas com relação à mediação e conciliação – as quais acabam se imbricando – justamente por seus elementos comuns, vislumbra-se, de forma clarividente, que os Juízes, de um modo geral, mesmo nos casos que envolvam direitos indisponíveis[26], devem utilizar essas formas alternativas de solução dos conflitos, sem as tradicionais regras[27], pois, se assim ocorrer, pode-se afirmar que tal atitude vai ser igual à não-tentativa de uma solução amigável.

24 Essas técnicas são trazidas por Fernando Horta em obra já citada várias vezes nesse trabalho, complementadas com as experiências do subscritor como mediador, principalmente em conflitos de família, logo, muitas outras técnicas podem ser implementadas, desde que haja sempre a prioridade para o constante diálogo, o cooperativismo, a efetiva participação das partes, a não imposição da decisão, ou seja, todos os princípios já também expostos por esse autor.

25 Nesse sentido se indica, para aprofundamento do estudo, a obra o Discurso e o Poder, de Boaventura de Souza Santos, que ressalta a importância de se criar mais instrumentos de democracia participativa, complementando a representativa, a fim de que essa junção possa de fato fazer que o povo verdadeiramente decida as questões de seu interesse.

26 A lei 10.444/02 alterou a redação do artigo 331 do CPC para expressamente permitir que todos os direitos que admitam transação tenham necessariamente a audiência ali prevista, pois esse momento é bastante propício e na realidade se constitui como direito da parte a esse contato direto com a autoridade judiciária.

27 *Há pouco tempo, em uma aula de mediação, um juiz perguntou-me como se pode executar um acordo obtido mediante um processo de mediação. Ficou abalado com a minha resposta: "os afetos nunca podem ser executados. Minha resposta o surpreendeu porque estava raciocinando com os mitos, as crenças, o senso comum dogmático que organiza as cabeças dos juristas em geral. A mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça,, a partir de outra sensibilidade, refinada e ligada com todas as circunstancias, não só do conflito, mas do cotidiano de qualquer existência. Quem vai mediar, precisa estar ligado com a vida.* (WARAT, Luis Alberto. **O ofício do Mediador.** Florianópolis: Habitus Editora, 2001). Esses, com certeza, é um dos maiores desafios dessa nova postura dos Juízes nessa função de tentativa de se chegar a uma solução amigável.

5 LIMITES FORMAIS E MATERIAIS PARA O USO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PELOS JUÍZES

Como tudo na vida é relativo, nada mais natural que haja limitações nessa atividade dos Magistrados, em que pesem todas as vantagens desses institutos e suas informalidades, todavia, muitas situações inviabilizam, por completo, tanto a conciliação quanto a mediação, não só pela natureza desses métodos, senão pela própria essência de algumas matérias dos conflitos e pela própria estrutura do Poder Judiciário; logo, essa análise torna-se imprescindível, visto que, em alguns casos, a almejada pacificação social somente será alcançada por uma atuação mais firme e decisiva da Justiça, que, como percebido, não se coaduna com os institutos em exame.

Nesse sentido, nem sempre é possível que os Juízes se utilizem desses meios alternativos de solução dos conflitos, quer por limitação formal, quer material. Quanto ao primeiro aspecto, é cediço que o ordenamento jurídico, em relação a algumas matérias, não admite conciliação e, muito menos, mediação, como por exemplo, na maioria esmagadora dos delitos penais[28]. Quando ocorre tal tipo de ilícito, por mais que vítima e acusado tenham chegado a um consenso quanto ao fato analisado na Justiça, somente esta tem competência para solucionar esse caso, pois a sociedade se sente lesada e esse bem jurídico é protegido pela legislação; logo, o acordo não vai, de um modo geral, influir na atuação jurisdicional *stricto sensu*[29].

Por outro lado, é de se destacar que, até mesmo em casos em que outrora não se admitia transação, como por exemplo, os direitos indisponíveis[30] e aqueles que envolviam o Poder Público, para ser bem específico,

28 *Em matéria criminal, a conciliação vinha sendo considerada inadmissível, dada a absoluta indisponibilidade da liberdade corporal e a regra nulla poena sine judicio, de tradicional prevalência na ordem constitucional brasileira. Nova perspectiva abriu-se com a Constituição de 1988, que previu a instituição de Juizados Especiais providos por Juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução.. de infrações penais de menor potencial ofensivo...permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau. (*CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 27-28).

29 Ressalve-se que as Leis dos Juizados Especiais, quer Estadual quer Federal, prevêem a possibilidade de que alguns ilícitos penais possam ser resolvidos mediante composição civil entre as partes e até mesmo transação direta com o Ministério Público, o que demonstra que a Justiça Consensual vem ganhando fôlego em todos os campos, inclusive penal.

30 "*Trata-se dos chamados" direitos da personalidade "(vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família etc.). Mas, além dessas hipóteses de indis-*

hodiernamente, já se permite que, por acordo, se finde processos que tenham tais objetos, o que demonstra, por conseguinte, que a Justiça consensual vem ganhando espaço e, quem sabe, cada vez mais se amplie para atingir outros objetos, até mesmo penal, evidentemente, em caso de reconhecimento da culpa pelo acusado, e a aplicação direta da pena privativa de liberdade. Pode-se pensar que hoje isto é inimaginável, mas é possível, pois a consciência do malfeitor será o elemento que justificará a pena, sem o devido processo legal[31].

Quanto às limitações materiais, pode-se enunciar, primeiramente, que a boa-fé é mais importante, pois, como se admitir que os envolvidos se possam conciliar e, principalmente, se submeterem à mediação, se estiverem ocultando a verdade ou até mesmo mentindo, como infelizmente é muito comum na *praxe forense*; logo, é imprescindível que essa cultura de litígio e suas amarras sejam deixadas de lado quando as partes quiserem resolver os seus problemas pela via consensual[32].

Outra grande limitação para o desenrolar dessas atividades junto à Justiça diz respeito à necessidade imanente de que as partes estejam em condições de igualdade e, para tanto, a atividade do Juiz, utilizando-se do seu chamado Poder Assistencial, é vital, pois em caso de as partes não estarem nessa posição, o diálogo, com certeza, vai ser infrutífero, podendo haver coações ou, por qualquer forma, imposição, o que vai de confronto aos princípios que informam a conciliação e mediação.

Destarte, somente o equilíbrio entre as partes conduzirá a um resultado efetivo quanto à pacificação social, visto ser patente a igualdade, condição indeclinável para o sucesso e, até mesmo; início das conversações,

*ponibilidade objetiva, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses (indisponibilidade subjetiva); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público".(*ARAÚJO, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 20.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 29).

31 Esclareça-se que a Constituição Federal prevê como direito e garantia fundamental do cidadão o devido processo legal, contudo, o que se prega é que esse direito possa ser renunciado em caso de pleno reconhecimento da ilicitude, logo, em havendo aceitação, lhe seja imposto a pena, suprimindo algumas etapas do processo, tudo pela via consensual.

32 *"A mediação, para ser bem sucedida, pressupõe boa-fé de ambas as partes. Os mediadores devem estar dispostos para assimilar os princípios da mediação, sobretudo para agir de modo solidário e verdadeiro. Infelizmente, em nossa sociedade, ainda predomina a arcaica mentalidade de cultura do litígio, em que às partes interessa obter vantagens – ganhar".* (SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**: um estudo histórico- social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p.95).

logo, esse limite deve, necessariamente, ser transposto, pelo menos em relação à mediação, na qual a atividade do Juiz é mais limitada do que na conciliação, pois, nesta, em havendo desigualdade, a proposta do Juiz já pode levar em consideração tal aspecto.

Outro limite que muitas vezes pode impedir uma efetiva conciliação ou mediação é a própria atuação do Juiz nessas funções, pois a sua capacidade técnica, a par das ponderações já feitas, bem assim o cuidado para que não haja qualquer interferência no mérito das questões, principalmente na mediação, é imprescindível para o êxito das conversações e conseqüente feitura do acordo.

Desta forma, quando o Juiz perceber que, de alguma forma, já acabou se intrometendo no âmago do problema, emitindo a sua posição pessoal, o melhor a fazer é declinar de tal atividade, e dependendo do caso e da intensidade da interferência, remeter os autos ao seu substituto, que poderá tentar continuar com a negociação ou então, infelizmente, ter que decidir pelas vias tradicionais, o que implicará, com certeza, em um grau de eficácia social bem menor.

Essa projeção, infelizmente, se retrata como uma realidade que precisa ser combatida, pelas vias ora comentadas, bem assim a própria competência técnica dos Juízes em assimilar melhor as relações humanas que envolvem todo processo atinentes aos sentimentos e valores envolvidos, já que, infelizmente, por melhor que sejam os peticionantes, a forma escrita não consegue transmitir, com a segurança necessária, tais valores, que, bem compreendidos, podem ser desprezados ou levados em consideração, dependendo da situação, pois é cediço que muitas vezes esses fatores condicionam todo o conflito, e a sentença não os enxerga.

Desta forma, esse limite material deve, por conseguinte, ser transposto com muita serenidade e calma pelos Juizes, enquanto conciliadores e mediadores, bem assim até na sua missão de julgar, caso seja possível; para tanto, o principio da oralidade[33] é um instrumento eficiente.

Nesse viés, para que os Juízes possam superar esses limites da atividade

33 Essa acepção do princípio da oralidade inclui, evidentemente, os subprincípios, quais sejam a concentração, a imediatividade, a identidade física do Juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que quando aplicados, na prática, privilegiam a percepção dos sentimentos e emoções, que infelizmente não são repassados pelo princípio da escritura. Desta forma, não só o movimento pela efetividade e o mais recente da conciliação são importantes, pois a adoção na íntegra do princípio da oralidade, com certeza, aproximará a Justiça da verdade real e, por conseguinte, nos casos de tentativa de solução amigável, esse contato é imprescindível.

de consensual, principalmente os materiais, devem eles ampliar, sobremodo, a sua atuação para além da ciência jurídica, tentando compreender as inquietudes e incoerências das relações humanas, utilizando-se dos saberes das outras ciências, o que se chama interdisciplinaridade[34].

Por outro lado, por mais que os Juízes, enquanto mediadores e conciliadores, se capacitem tecnicamente e mudem o paradigma de sua atuação, tudo para transpor esses limites e com sucesso resolverem os conflitos que lhes são submetidos, é cediço visto que a sua própria natureza de ser humano já é, por si só, uma limitação insuperável, de modo que os seus atos são passiveis de falha; logo, essa compreensão facilita o seu regular exercício nessa atividade, pois a consciência de suas limitações e a virtude da modéstia quanto ao conhecimento são armas eficientes na superação de todos os obstáculos dessa atividade de busca do consenso.

6 MEDIAÇÃO FAMILIAR E A ATUAÇÃO JUDICIAL

O conflito é inerente à própria convivência humana e, como visto, deve ser matizado pelos envolvidos, a fim de que seus aspectos positivos possam ser otimizados e, a partir dessa visão, se evitem novos conflitos, ao mesmo tempo em que a sua solução, em específico, leve em consideração, na medida do possível, todos os sentimentos e emoções, sendo clarividente que, nas relações familiares, a intensidade e complicação destes é bem maior do que em outros relacionamentos, conforme será analisado neste tópico, constatando-se, ao final, que, para tais conflitos, a mediação é a forma por excelência de solução que atende ao escopo da pacificação social.

Desta forma, nas relações familiares, pode-se afirmar que é quase impossível que não haja conflitos; todavia, o problema não reside nesse aspecto, e sim na supervalorização destes, bem assim nos sentimentos egoístas que, infelizmente, num dos envolvidos sempre ressaltam, dificultando a composição e, muitas vezes, inviabilizando a continuidade do relacionamento; logo, somente pela via do diálogo e da cooperação mútua entre os envolvidos, os efeitos maléficos serão minimizados, ressalvando-se sempre

34 *Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substancial dos mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, consequentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras cultural.* (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 13.

o lado positivo das coisas.

A família, de um modo geral, passou por várias transformações no século passado, o que tende a continuar neste século, causando uma instabilidade natural, e conduzindo, por conseguinte, a mais conflitos do que o natural, fato que deve ser sempre levado em consideração, pois, além das diferenças normais entre as pessoas que se relacionam, casal, pais e filhos, irmãos, outros, essa insegurança quanto aos papéis de cada membro familiar gera discussões que outrora inexistiam, justamente porque, antes, a certeza das funções e até mesmo a posição hierárquica, com o pai sendo o chefe da família, propiciavam um controle mais rígido do conflito[35].

Por outro lado, ainda existe uma complicação em virtude da crescente violência doméstica, e muitos dos conflitos familiares desembocam principalmente contra as mulheres, crianças e idosos, em que pesem as recentes legislações protetivas dessas pessoas; contudo, infelizmente parece que o ser humano não consegue mais resolver seus problemas em conversa e calma, havendo uma perturbação natural que também origina e incrementa esses conflitos, dificultando, desta feita, a solução destes, não só pela via jurisdicional, mas até mesmo pela consensual, que tem maiores chances de obter a almejada satisfação social.

Neste tocante, é imperioso que se registrem as ponderações de Lilia Maia e Mônica Carvalho, em livro já bastante citado, no qual se debruçaram especificadamente sobre o tema:

> O relato dos índices de violência doméstica cresceram consideravelmente nos últimos anos, devido aos mais variados fatores: desemprego, falta de diálogo, adultério, alcoolismo etc. A violência doméstica constitui o abuso físico, emocional, sexual ou mental de uma pessoa por outra, com quem teve ou tem um relacionamento íntimo; familiar. Pode acontecer com qualquer individuo, independente da sua idade,

35 *Como já salientado, hoje não mais existe apenas o modelo patriarcal de família. Na verdade, coexistem diversas formas, que são marcadas pelos traços de igualdade, individualidade e afetividade. As famílias enfrentam um processo de instabilidade, uma vez que as mudanças ainda não foram assimiladas por toda a sociedade. Homens, mulheres, idosos, crianças e adolescentes ainda não conseguem administrar as diferenças que estão surgindo em meio a essas" famílias eudemonista". Como não mais existem papéis pré-estabelecidos, verifica-se a necessidade de constantes negociações no seio familiar.* (SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p.116).

> classe social, raça, capacidade ou estilo de vida...Nas relações familiares, a violência muitas vezes é caracterizada pela agressividade como um meio de defesa. Quando se sentem ameaçados, os integrantes da família não argumentam ordenadamente para defender seus propósitos, assumindo uma conduta agressiva, violenta. Além dos agravos para a saúde física e mental, a convivência cotidiana vai minando o desenvolvimento dos indivíduos, os quais vivem com medo, camuflando a situação de violência de que são vítimas[36].

Nesse viés, percebe-se, também, que a ausência de comunicação ordinária nas relações familiares faz com que os conflitos, ao surgirem, sejam intensificados, quase sempre sucumbindo à violência, de modo que a fica a situação muito difícil e, às vezes, insustentável, no que diz à continuidade de qualquer tipo de relacionamento, quiçá a efetivação de um acordo, sendo cristalino que o Estado-Juiz não é um "salvador da pátria", que, ao decidir, encontrará uma solução que restabeleça a paz social.

Desta forma, com essa percepção de que é muito difícil, nos conflitos familiares - quer instados à violência ou não – o pronto retorno à paz social pela via impositiva da jurisdição[37], o estímulo à conversação, com a manutenção do diálogo constante, parece ser a solução para minimizar os efeitos maléficos do término de um relacionamento ou, até mesmo, nas crises familiares cotidianas, em que, a par dessa prevenção, quando surgir o inevitável, qual seja o conflito, este será bem compreendido e maturado, a ponto de se fortificar o próprio relacionamento.

36 Idem, p. 118/119.

37 Interessante abordagem sobre a impossibilidade de a jurisdição conseguir resolver efetivamente os conflitos familiares, foi feita por Fernando Horta, em livro já citado, na qual o mesmo conclui nesse sentido, após estudo em sala de aula, com vários estudiosos do direito, que atestaram à eficácia da mediação nesses conflitos. São suas as seguintes digressões: *"Guarda dos filhos – a resposta jurisdicional a controvérsia tende a seguir parâmetros pré-estabelecidos de conduta do pai ou da mãe, aplicando cegamente a este ou àquele princípios pautados pela moral e pelo comportamento social. Tal determinação pode ser nefasta para a criança ou desatender à sua expectativa, ou deixar a descoberto suas reais necessidades. Na mediação são exatamente estas necessidades que pautarão o acordo sobre a guarda, levando os pais a se entenderem, visando ao maior conforto físico e espiritual de seus filhos.Neste sentido, a mediação conduz a um questionamento principal: quais as necessidades das criança? E à indagação seguinte: qual a melhor maneira de atender a essas necessidades? O procedimento da mediação, cuidará, então, para resolver a questão da guarda dos filhos: que futuros planos de paternidade podem vocês entabular, de forma a continuar o trabalho de educação e amor com seus filhos?* (TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. p. 72). A continuidade de suas reflexões no mesmo diapasão se referem à eficácia social com relação também a pensão para os filhos, pensão do ex-cônjuge e divisão de bens, abarcando enfim quase todos os conflitos familiares, pelo menos os mais comuns atritos.

Essa visão pode, numa análise perfunctória, conduzir ao raciocínio de enfraquecimento da jurisdição; contudo, não é dessa maneira que se deve enfrentar a situação, pois é cediço, conforme sobejamente demonstrado, que a pacificação social, via prestação jurisdicional, por suas próprias características, tem grande dificuldade de materialização, em especial nos conflitos familiares, em que os sentimentos e emoções afloram com mais veemência[38].

Nesse contexto é que se defende a viabilidade técnica da mediação nos conflitos familiares, justamente porque o diálogo é um elemento muito forte que deve existir durante o próprio relacionamento e, com mais intensidade, no conflito, daí a constatação atual de que, infelizmente, na Justiça esse fator não vem sendo privilegiado, pelos menos formalmente.

A jurisdição consensual ora defendida vem sendo implicitamente realizada por advogados nas questões familiares, quando estes, após contato inicial com o seu cliente, chama o outro lado ao seu escritório, e aí, após conversação, acaba-se chegando a um bom termo, que posteriormente segue para homologação do juízo. Nessa situação, realiza-se uma mediação se porventura o causídico não formular diretamente qualquer proposta, o que, na maioria das vezes, acontece, pelo menos nos conflitos familiares[39].

Esta situação é tão interessante, que o legislador, recentemente, através da Lei 11.447/06, expressamente retirou da competência dos Juízes a análise de pleitos consensuais quanto a separação, divórcio, inventário e partilha, acertadamente passando essa atuação para a esfera dos Cartórios, que agora podem formalizar esses desejos de pôr fim à sociedade conjugal,

38 *A decisão imposta, fruto da análise do arcabouço legal vis-à-vis à verdade formal que se apresenta nos autos, acaba, no mais das vezes, gerando um resultado semelhante àquele que, nas negociações, é conhecido por "barganhas baseada nas posições", levando a uma partilha de perdas e ganhos entre os litigantes (mesmo a vitória total terá consumido tempo, dinheiro e energias, sendo provável que ainda haverá resistência na fase de execução). A decisão obtida com a mediação judicial tem mais probabilidade de conseguir resultado eficiente com a chamada barganha de interesses, obtendo "soluções integrativas que satisfaçam o maior número possível das necessidades de ambas as partes".* (SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo**: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. Rio de Janeiro: Atlas, 2000. p. 53).

39 Fernando Horta em estudo já referido chama a atenção para tal fato, acrescentando que tal função também é exercida pelo Ministério Público: "*Na realidade, revelou-se no citado trabalho, embora sem se observar adequadamente seus princípios, a mediação já é manejada cotidianamente pelos advogados em seus escritórios, e pelos Promotores de Justiça, quando atuam nos litígios de família. Dessas mediações, geralmente derivam as petições de acordo de separação consensual, nada impedindo que da mesma forma se operem as modificações de cláusula da separação, ou de guarda dos filhos, majoração ou minoração de pensão etc, tudo isso gerando tão-somente a celebração de novo acordo (ou aditivo a outro) e transformando-se em nova obrigação".* (TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 71).

ao matrimônio e à transferência de bens, se porventura já houver consenso entre os próprios interessados, ou seja, quando os estes apagam, por si sós, as arestas, evitando, por conseguinte, a necessidade da intervenção judicial, com o que ganham tempo[40] e desafogam o Judiciário.

A par dessas reflexões, vê-se, de forma cristalina, que hodiernamente existe um movimento de implementação de uma Justiça que busque, na medida do possível, o consenso, o diálogo, a responsabilidade dos interessados, a harmonia e, principalmente, a continuidade do relacionamento, pois, quando essa solução advém das partes, tais elementos se apresentam de forma evidente, o que infelizmente não ocorre no procedimento tradicional de jurisdição, que sequer, como já dito, prioriza na prática a oralidade.

Diversos Tribunais[41] já regulamentaram expressamente a mediação em conflitos familiares, justamente porque vislumbraram a ineficácia do Estado-Juiz, ou melhor, a impossibilidade real de que esses agentes consigam, por exemplo, descobrir quem deu causa à dissolução da sociedade, ou o cúmulo de poderem afirmar que a continuidade do relacionamento se impõe como a solução para o problema[42].

Todas essas situações apontadas como óbices a que a jurisdição tradicional tenha êxito nos conflitos familiares justificaram sobremaneira que os próprios Juízes possam promover a mediação nesses casos, pois, como já asseverado, não há qualquer incompatibilidade; pelo contrário, as circunstâncias e características desses conflitos propiciam a resolução por obra e responsa-

40 *"Pois tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis a demora na solução dos conflitos como causa enfraquecimento do sistema. (*CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 26).

41 Cita-se como exemplo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que expressamente regulamentou a questão da mediação por resolução.

42 Por muitas vezes os Juízes se deparam com a seguinte situação: o marido ou a esposa pedem ao Magistrado que o outro seja obrigado a voltar o relacionamento ou coisa parecida, o que como se sabe é impossível, não só pelo fato de que não se pode obrigar a duas pessoas ficarem juntas, bem como pela inexistência de fatores objetivos que apontem para a certeza de que essa é a melhor decisão. Nesse tocante, parece que também é impossível se imaginar que um terceiro, que não conhece as partes e muitos menos as suas intimidades, os seus conflitos internos, as suas dificuldades de relacionamento, as diferenças, etc. possa dizer quem é o culpado da separação e a partir daí determinar várias providências. Esse simples raciocínio já é suficiente para apontar que nesses conflitos, somente os próprios envolvidos podem encontrar a melhor solução para os seus problemas, visto por mais competentes que sejam os advogados, não conseguirão exprimir em suas petições todos os valores envolvidos naquele conflito, muito menos os Juízes terão elementos objetivos para aferir com exatidão em suas sentenças todas as problemáticas.

bilidade das próprias partes, que se sentirão mais capazes nos futuros problemas, dando-lhes a auto estima porventura perdida no decorrer da relação.

Mais uma vez, é oportuno que se transcrevam as lições das professoras Lília Maia e Mônica Carvalho, atinentes à total adequação da mediação, inclusive realizada pelos Juízes, nos conflitos familiares:

> É nas questões de família que a mediação encontra sua mais adequada aplicação. Há muito, as tensas relações familiares careciam de recursos adequados, para situações de conflito, distintos da negociação direta, da terapia e da resolução judicial. A mediação vem-se destacando como uma eficiente técnica que valoriza a co-participação e a co-autoria. Como já analisado, a mediação consiste em um método eficaz de composição de conflitos, em que um terceiro capacitado e imparcial, denominado mediador, auxilia as partes na consecução de um acordo mutuamente satisfatório, melhorando o diálogo e a comunicação entre as mesmas. A pacificação social e a prevenção são objetivos da mediação. Na verdade, por sua grande aplicação nas questões familiares, esse procedimento constitui um importante instrumento de combate à violência doméstica...A mediação introduz a cultura do diálogo, ressaltando a importância da comunicação. Na mediação não existem adversários, as partes devem buscar a solução do problema de forma pacífica, construindo conjuntamente uma solução satisfatória[43].

Não há como fugir dessa realidade, pois a mediação judicial nos conflitos familiares já foi, até, privilegiada - pelo projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, tratando da mediação prévia e incidental – com a previsão de que o Juiz deverá contar com um co-mediador, que poderá ser um psicólogo, psiquiatra, terapeuta ou assistente social, dependendo de caso específico, para auxiliar nesse processo de estímulo às partes na criação da melhor solução[44].

Em se tratando especificamente dos casos mais comuns de conflitos

43 SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho, **Mediação Familiar**: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p. 122-123.

44 Nesse sentido também há previsão do projeto Movimento pela Conciliação, do Conselho Nacional de Justiça, que orienta os Tribunais a se estruturarem para inserirem tanto previamente como já no curso do processo todos os meios consensuais de solução dos conflitos, inclusive a mediação.

familiares, quais sejam os divórcios e separações judiciais, a mediação se amolda, como uma luva, visto que, nessas situações as partes estão emocionalmente abaladas, e as angústias e decepções do relacionamento se apresentam bem evidentes, sendo assim necessária a intervenção de uma pessoa, tecnicamente preparada, que propicie o restabelecimento da comunicação, na maioria das vezes já abalada, através de um diálogo, em pé de igualdade, com o uso da boa-fé e pensamento firme na manutenção do relacionamento, principalmente se houver filhos, que não podem ser prejudicados nessa ruptura, razão por que, o acordo prioriza tais valores[45].

Além do mais, é de frisar que a jurisdição tradicional procura quase sempre um culpado pelo rompimento da sociedade conjugal, quando a realidade demonstra que é quase impossível se imputar a culpa a um dos cônjuges, já que, na essência, todo relacionamento é difícil, por si só, em razão das diferenças de comportamento e da falta de compreensão. Destarte, como na mediação o diálogo é força motriz, os envolvidos passam a perceber que o mais importante não está no que ocorreu, e sim no presente e futuro do relacionamento, que, apesar de não ser, necessariamente, o escopo da continuidade da relação amorosa, no mínimo deve-se buscar a amizade, visto que, quando existem filhos, a ruptura total é inaceitável.

Dentro dessas peculariedades dos conflitos familiares, principalmente os que envolvem diretamente o casal e a possível separação de fato, quando já não presente tal fato, a mediação consegue adentrar o âmago dos problemas, priorizando o presente e o futuro, mostrando às partes que o acordo obtido por eles, responsabiliza-as de uma forma mais intensa quanto ao constante cumprimento do acordado.

45 *Em muitos casos, é intenso o sofrimento de um casal que decide pelo rompimento, havendo filhos ou não. Durante este processo, geralmente a sensação de fracasso vem acompanhada de depressão, ódio, angústia, sentimento de traição, humilhação, além das dificuldades financeiras, decorrentes da repartição de rendas e despesas. Haim Grunspun aponta as fases de desconstrução da família: I-Desilusão de uma das partes, II-A manifestação de insatisfações, III-A decisão de se divorciar, IV-Agindo na decisão, V-Aceitação crescente. Desse modo, o sofrimento inicia-se com a desilusão. Insatisfeitos com a relação conjugal, os esposos trocam ameaças de separação e de divórcio, demonstrando sua insastifação. Geralmente, percebe-se a existência de ressentimentos que foram acumulados ao longo da convivência, que se exprimem por sentimentos como: amor, culpa, ansiedade etc. Uma vez decididos a tornar concreta a separação, os cônjuges vivenciam uma nova realidade permeada por tensão e angústia. Em um primeiro instante, é normal que um dos cônjuges ou ambos enfrentem um momento de negação, recusando-se a aceitara separação, afirmando que se trata apenas de uma situação passageira.* (SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p.125).

Por outro lado, propicia que o respeito prevaleça acima de tudo, já que um dia, os mediados estiveram juntos e formaram uma família, pelo que, podem manter, pelo menos, uma relação amistosa que deixe de lado o que aconteceu e passe a tratar o problema não como uma coisa ruim, mas como o inevitável do destino do destino, que, mas não necessariamente, traz somente efeitos maléficos.

Essa percepção pode facilmente ser obtida através das sessões de mediação, em que, o comprometimento é transferido para os próprios envolvidos, tão-somente com a intermediação de uma pessoa que não se encontra emocionada; assim, a solução é descurada das picuinhas infelizmente existentes quando do rompimento, já que o desabafo em conjunto alivia, em muito, toda essa carga emocional. Quando esses sentimentos são deslocados, e a primazia passa a ser outra, o acordo é uma questão quase que automática, eis que as partes percebem, claramente, que um terceiro não vai ter condições de decidir por elas[46].

Nesse diapasão, a mediação familiar é com certeza a melhor forma de composição dos conflitos surgidos em qualquer tipo de relação familiar, justamente porque, ao considerar todas as situações emocionais, as diferenças existentes entre os envolvidos, consegue estimular naturalmente o acordo.

Destarte, o que o mediador familiar deve fazer, mesmo que seja o Juiz, é compreender essas peculiaridades e, a partir delas, de modo imparcial e sem expressar qualquer emoção, conduzir todo esse processo serenamente, até que os próprios envolvidos encontrem a solução.

7 CONCLUSÃO

A principal função da atividade jurisdicional é, sem sombra de dúvi-

46 *A mediação oferece ao casal separado uma oportunidade de reorganização das suas relações parentais de modo pacífico. A partir da escuta da realidade e dos anseios do outro, verifica-se a possibilidade de restauração da confiança rompida. Nessa reorganização, o procedimento busca ressaltar a importância da co-parentalidade, demonstrando a necessidade dos filhos de manter a ligação com seus pais. Nesse enfoque, a mediação melhora o relacionamento entre o casal rompido e, consequentemente, facilita a convivência dos filhos [...]. Note-se que a mediação familiar facilita a manutenção dessas relações continuadas, propondo uma verdadeira mudança de paradigma. Esse processo incentiva as partes a observarem positivamente os conflitos, entendendo-os como fatos naturais. A partir destas transformações, os parentes passam a conviver melhor, evitando novas contendas.* (SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006. p. 129-130).

da, a pacificação social e, infelizmente, esta não vem sendo alcançada pelas vias tradicionais; logo, se faz necessária a utilização de meios alternativos, os mais democráticos possíveis, para solução dos conflitos, visto que estes possuem características que afinam com a satisfação social, principalmente pela efetiva participação dos próprios interessados.

Afora o fator de eficácia social do acordado pelas partes, as formas de auto-composição também prestigiam a questão da celeridade e, até mesmo, efetividade, bem como, quando os acordos são realizados, evita-se perda de tempo e economiza-se financeiramente. Daí por que, esses fatores devem ser levados em consideração pelo Juiz, a fim de que se utilizem tais meios, sem que haja qualquer demérito à atividade jurisdicional propriamente dita.

A conciliação e a mediação não podem ser compreendidas como institutos que excluem a atividade jurisdicional, pois, na realidade, elas são complementares; contudo, são mais eficazes em relação à satisfação social dos contendores, escopo maior do Direito, e a qual, há algum tempo, a jurisdição vem esquecendo pela supervalorização do processo.

Na conciliação, o Juiz tem uma participação mais intensa em relação ao resultado, pois pode propor soluções que serão aceitas pelas partes. Já na mediação, a sua participação no procedimento é mais intensa, visto que a condução neutra e imparcial estimula o surgimento da solução, sendo preponderante, todavia, nesse caso, não se pode propor a resolução, pois esta é alcançada naturalmente pelas partes, através do diálogo e da cooperação mútua, desconstruindo a idéia de litígio.

A mediação, por sua vez, tem a vantagem de não só se preocupar em resolver o litígio em específico, mas de permitir, dentro da realidade de cada caso concreto, a continuidade do relacionamento; logo, sua aplicação é mais eficaz nos conflitos que envolvem sentimentos e valores, pela tendência a esconder os conflitos reais, de modo que a Justiça tradicional, atualmente, só vem resolvendo os aparentes.

Tanto a conciliação quanto a mediação se preocupam com a capacidade de deliberação dos conflituosos, desfazendo aquela concepção de que somente a decisão imposta por um terceiro pode solucionar o problema, bem como evidencia, de forma intensa a responsabilidade dos mesmos, o que propicia, automaticamente, maior satisfação social, já que a solução foi

aceita e, às vezes, até encontrada pelos mesmos.

As técnicas de conciliação e mediação devem ser utilizadas com freqüência pelo Magistrado, a par dos princípios que as informam, prestigiando sempre a necessidade de que as partes estejam de boa-fé e, na medida do possível, em igualdade, de modo que a avença seja um resultado das conversações.

Os Juízes devem, portanto, capacitar-se tecnicamente, e da mesma forma que na entrega da prestação jurisdicional, não podem expressar qualquer tipo de emoção, de modo a causar desconfiança das partes em relação ao seu único desejo de obter a satisfação social via consenso, pelo que devem estimular sempre, a comunicação dos envolvidos.

Na realidade, faz-se necessária a mudança de paradigma na atuação judicial, de modo que a conscientização das partes quanto à eficácia social do acordo preceda a do Juiz, nesse mesmo sentido; para tanto, as amarras da tutela jurisdicional não se podem imiscuir na jurisdição consensual.

Como toda atividade, esta também possui limites, tanto os formais quanto os materiais; logo, nem todos os objetos dos conflitos podem ser solucionados via acordo, como por exemplo, a maioria dos delitos penais e alguns casos de direito indisponíveis, e as partes e o Juiz devem possuir as condições indispensáveis para que a solução amigável seja encontrada.

Os conflitos familiares têm peculiaridades que se amoldam como uma luva, para serem solucionados via mediação, eis que o diálogo e a cooperação mútua são valorizados, de modo a permitir que os diretamente interessados sejam senhores da decisão, prestigiando, por excelência a continuidade do relacionamento.

Os casos de separação e divórcio quase sempre escondem os conflitos reais, já que as partes se apresentam com convicções já postas, dificultando sobremaneira a atuação judicial, todavia, como esse obstáculo já é conhecido, pela experiência, a conversa franca e aberta entre os envolvidos, com a participação do mediador facilitará o acordo, que necessariamente deve primar pela mantença, pelos menos, de uma relação de respeito, principalmente quando o casal tem filhos.

O Juiz não pode, em nenhum momento dessa atividade consensual, agir como Juiz propriamente dito, já que, se assim proceder, coloca em risco a feitura do acordo, desacreditando a própria Justiça quanto à sua função

pacificadora, em especial quando se trata de conflitos familiares, que, como cediço, se referem às desilusões e insatisfações de pessoas diferentes que acreditaram numa relação amorosa, o que sempre deve ser considerado.

Como os Juízes não possuem os elementos necessários para decidir com certeza de satisfação social, nos conflitos familiares principalmente, a mediação se apresenta como o meio mais eficaz nesse sentido, devendo as partes ser convencidas desse poder próprio, já no início do procedimento, o que propiciará, no desenvolver das atividades, uma auto-estima que conduz à eficácia social do acordo.

Não há dúvida de que os meios democráticos de solução dos conflitos são bem mais eficientes do que a sentença; logo, essa divulgação deve ocorrer entre os operadores do Direito como um todo, de modo que a conciliação e a mediação deixem de ser exceção para se tornarem regra geral, já que, indiscutivelmente, toda a razão de ser do Direito é a pacificação social com Justiça, e esta inarredavelmente não vem, infelizmente, sendo realizada pelas vias tradicionais.

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA, Sérgio Jr. **Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional**: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da Tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. Coleção Atlas de Processo Civil Coordenação Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____. **A Constituição Aberta**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e Processo:** a Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais. Coleção Atlas de Processo Civil Coordenação Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora RT, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

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

SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: e**nsaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo**: Abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. V Edição Comentada e Corrigida. Florianópolis: Editado pelo Instituto de Mediação e Arbitragem no Brasil, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do Mediador Florianópolis**: Habitus Editora, 2001.