



## A “JURISCONSTRUÇÃO” DE UMA RESPOSTA PARA OS CONFLITOS SOCIAIS A PARTIR DAS “ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION” (ADR) NO BRASIL<sup>1</sup>

Fabiana Marion Spengler<sup>2</sup>

**RESUMO:** A função jurisdicional, atualmente ainda monopolizada pelo Estado, já não oferece respostas à conflituosidade social, passando por uma crise que demanda a busca de alternativas. Nestes termos, o presente artigo tem como escopo fundamental discutir o conflito e as suas possibilidades de tratamento. Todavia, analisar-se-á especificamente a conflitualidade social traduzida em conflitualidade judiciária, ou seja, na litigiosidade que busca resposta no aparato judicial. Assim, delimitado o significado da palavra conflito, o desempenho da jurisdição e a lógica exercitada pelo Estado no seu tratamento será objeto de estudo. Paralelamente discutir-se-ão outras formas de tratamento, mais democráticas e autonomizadoras, “jurisconstruídas” pelos litigantes.

**Palavras-chave:** Conflito. Jurisconstrução. Jurisdição. Mediação. Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** The jurisdictional role, currently a State’s monopoly, does not offer answers for the conflicting society, which goes through a crisis phase demanding a search for alternatives. In those terms, the present work has as its main scope the discussion of the conflict and the possible paths to address it. Yet the social conflicts are to be analyzed, which translates into a conflicting judicial issue, that is, litigation

<sup>1</sup> O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado *Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz*, financiado pelo CAPES/CNJ do qual é pesquisadora a autora.

<sup>2</sup> Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da UNISC e da UNIJUI, Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq, coordenadora do Projeto de Pesquisa “Entre a jurisdição e a mediação: o papel político/sociológico do terceiro no tratamento dos conflitos” coordenado pela autora e financiado pelo CNPq, chamada 43/2013 - Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas, Nº do processo 408582/2013; pesquisadora do projeto “Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz” financiado pelo CNJ e pela CAPES; coordenadora e mediadora do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; e-mail: fabiana@unisc.br

that searches answers in the judicial structure. Thus, being the meaning of the word conflict limited, the judicial performance and the logic exercised by the State in facing it, will be one object of this study. At the same time other more democratic and freed ways to deal with the issue, and “judicially built” by the litigants, will be discussed.

**Keywords:** Conflict. Judicially built. Judicial. Mediation. Judicial Power.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A noção de conflito não é unânime. Nascido do antigo latim, a palavra conflito tem como raiz etimológica a ideia de choque, ou a ação de chocar, de contrapor ideias, palavras, ideologias, valores ou armas. Por isso, para que haja conflito é preciso, em primeiro lugar, que as forças confrontantes sejam dinâmicas, contendo em si próprias o sentido da ação, reagindo umas sobre as outras.

Na tentativa de uma explicação mais esmiuçada para a palavra conflito, tem-se que consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. “Para manter esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes lançam mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes” (FREUND, 1995, p. 58).

Essa definição de conflito pode ser desmembrada em alguns aspectos importantes. Primeiramente, se avista que o enfrentamento é voluntário, de modo que um homem, ao tropeçar em uma pedra, colide com a mesma e não conflita com ela, justamente porque no primeiro caso não se avista a intenção de conflitar que se percebe no segundo. A “vontade conflitiva” pode se direcionar a uma única pessoa ou a um grupo. Num segundo momento, avista-se a necessidade de que os antagonistas sejam da mesma espécie, pois não se denomina conflito o enfrentamento entre um homem e um animal.<sup>3</sup> Adiante, a intencionalidade conflitiva implica na vontade hostil de prejudicar o outro, porque é considerado um inimigo ou porque assim se quer que seja. A hostilidade pode ser uma simples malevolência ou tomar aspectos mais graves como uma briga ou uma guerra. Outro aspecto é o

---

<sup>3</sup> Konrad Lorenz menciona a natureza intraespecífica como uma das características do conflito, que pode ser definida na necessidade de dois seres da mesma espécie para que se possa definir o enfrentamento como conflito (LORENZ, 2001, capítulo III).

objeto do conflito, que geralmente é um direito entendido não apenas como uma disposição formal, mas também como uma reivindicação de justiça.<sup>4</sup>

O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar através da violência direta ou indireta, através da ameaça física ou psicológica. No final, o desenlace pode nascer do reconhecimento da vitória de um sobre a derrota do outro. Assim, o conflito é uma maneira de ter razão independentemente dos argumentos racionais (ou razoáveis), a menos que ambas as partes tenham aceitado a arbitragem de um terceiro. Então, percebe-se que não se reduz a uma simples confrontação de vontades, ideias ou interesses. “É um procedimento contencioso no qual os antagonistas se tratam como adversários ou inimigos” (FREUND, 1995, p. 61-62).

O presente artigo tem como escopo fundamental discutir o conflito e as suas possibilidades de tratamento.<sup>5</sup> Partindo do pressuposto de que o conflito possui importância para o desenvolvimento e amadurecimento democrático das relações sociais observa-se que possui não somente os aspectos negativos, mas também aspectos positivos da interação conflitiva. “Assim, não obstante todo conflito ser considerado uma perturbação que rompe com a harmonia e equilíbrio constituidores do *estado normal* da sociedade, ele é importante uma vez que impede a estagnação social. Por conseguinte, o conflito não pode ser visto somente como uma patologia social. Conflito é também vitalidade” (SIMEL, 1983).

---

<sup>4</sup> Sobre essa afirmação, encontra-se o posicionamento de Julien Freund, que afirma que a noção de direito de muitos juristas é estreita. Assim, [...] nel momento in cui si analizza la maggior parte dei conflitti si deve constatare che il sentimento del diritto o della giustizia è al centro della discordia, che si tratti di una disputa tra due vicini o tra due contadini a proposito dei confini dei loro campi, della volontà di un gruppo o di una associazione di essere ufficialmente riconosciuto, della rivendicazione da parte di una collettività politica del diritto all'indipendenza allo spazio vitale, o infine della pretesa dei rivoluzionari di giustificare la loro azione nel nome della volontà di combattere le ingiustizie di una data società. Non sarebbe difficile moltiplicare gli esempi tanto essi sono numerosi. Non esiste praticamente conflitto o guerra che non tenti in qualche modo di legittimarsi. Ciò che per il momento occorre sottolineare è che il diritto nella diversità dei suoi aspetti – che si tratti cioè del diritto positivo o del diritto naturale, che si presenti come una espressione formalizzata piuttosto che come una rivendicazione informale – rappresenta la posta in gioco dei conflitti. Torneremo più avanti su queste essenziali relazioni tra conflitto e diritto (FREUND, 1995, p. 161).

<sup>5</sup> Aqui, utilizar-se-á a expressão “tratamento” em vez de “resolução” de conflitos, justamente por entender que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Isso porque “a supressão dos conflitos é relativamente rara. Assim como relativamente rara é a plena resolução dos conflitos, isto é, a eliminação das causas, das tensões, dos contrastes que os originaram (quase por definição, um conflito social não pode ser “resolvido”).” (BOBBIO, 2004, p. 228). Por conseguinte, a expressão “tratamento” torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito buscando uma resposta satisfativa.

O texto abordará as relações existentes entre o conflito e o seu tratamento estatal. Todavia, analisar-se-á especificamente a conflitualidade social traduzida em conflitualidade judiciária, ou seja, na litigiosidade que busca resposta no aparato judicial. Assim, o desempenho da jurisdição e a lógica exercitada pelo Estado no tratamento dos conflitos será objeto de estudo, paralelamente à discussão de outras formas, mais democráticas e autonomizadoras.

Em resumo, o conflito é inevitável e salutar (especialmente se queremos chamar a sociedade na qual se insere de democrática), o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflitos é estática.

## **2 A (RE)SOLUÇÃO<sup>6</sup> JUDICIAL DE CONFLITOS: MONOPOLIZAÇÃO ESTATAL DA “VIOLÊNCIA LEGÍTIMA”**

O Estado, detentor do monopólio da violência legítima, que decide litígios e chama para si a possibilidade de aplacar a violência o faz mediante um sistema diverso do religioso e do sacrificial<sup>7</sup>, denominado Sistema Judiciário. Este último se diferencia dos primeiros porque não é ao culpado que se voltam os olhos, mas à vítima não vingada, sendo preciso dar a ela uma satisfação meticulosamente calculada, que apagará os seus desejos de vingança sem acendê-los novamente. Não se trata de legislar a propósito do bem ou do mal, não se trata de fazer respeitar uma justiça abstrata, se trata de preservar a segurança do grupo afastando a vingança, de preferência com uma reconciliação baseada na composição ou em qualquer outra que resulte possível, mediante um encontro predisposto de modo tal que a violência não volte a ocorrer. “Tal encontro se desenvolverá em campo fechado, de forma regulada entre adversários bem determinados” (GIRARD, 2005, p. 39).

---

<sup>6</sup> A expressão “(re)solução” é aqui utilizada como meio de fazer o “contraponto” entre a busca pela “solução” dos conflitos feita pelo Judiciário e a matriz teórica discutida no presente texto que aponta para o “tratamento” dos conflitos.

<sup>7</sup> Sobre o assunto, é de grande importância a obra de Renè Girard, na qual ele demonstra como o sacrifício possibilitava o distanciamento da violência, interpretando-o como violência substitutiva, reconhecendo em seu âmago uma verdadeira operação de transferência coletiva que se efetua às expensas da vítima e que investe as tensões internas, os rancores, a rivalidade, todas as agressões no seio da comunidade (GIRARD, 2005).

Para que se entenda melhor esse processo, é importante distinguir entre situação polêmica e estado agonal. A primeira é refletida na violência aberta e direta, aquela do combate regulado. É uma situação conflitiva ou que corre o risco de chegar a sê-lo, pouco importando o grau de violência. A característica essencial da situação polêmica é que os opositores se enfrentam como inimigos<sup>8</sup>, o que quer dizer que se dão, mutuamente, o direito de se suprimir fisicamente. Já o estado agonal consiste naquela situação que logrou desativar os conflitos e substituí-los por outra forma de rivalidade, conhecida pelo nome de competição, de competência ou de concurso. Nestes termos, se assimila ao jogo. “A característica essencial é que os rivais não se comportam como inimigos, e sim como adversários<sup>9</sup>, o que quer dizer que de antemão a violência e a intenção hostil estão excluídas, ainda que permaneça a possibilidade de vencer ou de cair frente ao outro competidor” (FREUND, 1995, p. 66-76).

No estado agonal, os meios de jogar são definidos de antemão, sendo que ambos os competidores renunciam ao ataque da integridade física recíproca. Os meios de definir tais regras circulam desde o estabelecimento de instituições até a criação do Direito. Tais regras servem para impor condutas e proibições aos rivais, bem como determinar as condições de vitória. Em resumo, o estado agonal é o fundador de uma ordem reconhecida por todos, que não está na vontade discricionária do vencedor, como ocorre ao acabar um conflito violento. No entanto, a estabilidade do estado agonal é precária, podendo sofrer abalos. Na tentativa de manter a ordem a qualquer custo, muitas vezes se lança mão do uso abusivo da coerção, fazendo da mesma um instrumento de opressão.

---

<sup>8</sup> Eligio Resta define “inimigo” como aquele “che indica uno stato di inimicizia, diversa dal non essere amico, che si colloca, o è collocato fuori non si sa da cosa, ma sempre all'esterno di un interno: da un gruppo, da una comunità, da uno Stato, da una nazione. Egli è sempre fuori da qualcosa che blinda i suoi confini più o meno immaginari giustificandoli con qualche cogente necessità imposta da una geografia, da una politica o da una cultura, se non da un semplice stato d'animo. Il nemico quando viene *identificato*, serve persino a rafforzare i confini di un *inside*, di un territorio qualsiasi e di qualsiasi natura che conserverà sempre la caratteristica di un *Nomos der Erde* segnato dall'appropriazione di una terra (RESTA, 2005, p. 97).

<sup>9</sup> Giovanni Cosi diferencia adversário de inimigo salientando: L'avversario è infatti colui senza il quale, nel conflitto, io non esisto: solo dove lui è, anch'io posso veramente essere. Con lui ci si *confronta*. L'avversario mi permette infatti non solo di misurarmi con lui, ma anche con me stesso: mi fa scoprire i miei limiti le mie possibilità. L'avversario è come me: ha i miei stessi timore e le mie stesse speranze; imparando a conoscerlo, scoprendo la sua forza e le sue ragioni, i suoi punti deboli e le sue incongruenze, imparo a conoscere anche i miei. Perciò gli devo rispetto. Il nemico è invece colui che mi impedisce di esistere: dove lui è, io non posso essere. Con lui si combatte; fino alla resa, o all'annientamento (COSI, 2004, p. 23).

Nestes termos, o estado agonal objetiva a submissão da vida à regulamentação e ao Direito.<sup>10</sup> “É conhecido como o “estado dos juizes”, pois busca no procedimento judicial a solução de rivalidades e de divergências políticas. Contudo, as dúvidas nascem da incerteza de que a instauração do estado agonal seja sempre desejável, temendo que ele possa determinar um conservadorismo social ao impor regras de flexibilidade e plasticidade rígidas que não atendam à complexidade social na qual estão inseridas” (HAMPSHIRE, 2000, p. 75-76).

No momento em que o Sistema Judiciário (ou estado agonal, como quer Freund) passa a reinar absoluto como único meio de impor regras de tratamento de conflitos, dissimula - e ao mesmo tempo revela – a mesma vingança avistada nos sacrifícios religiosos, diferenciando-se somente pelo fato de que a vingança judicial não será seguida de outra, rompendo, assim, a cadeia vingativa.<sup>11</sup> Desse modo, o Poder Judiciário racionaliza a vingança, a subdivide e limita como melhor lhe parece e a manipula sem perigo; buscando uma técnica eficaz de prevenção da violência. Essa racionalização da vingança se apoia sobre a independência da autoridade judiciária que recebeu tal encargo, atribuição que ninguém discute. “Assim, o Judiciário não depende de ninguém em particular, é um serviço de todos e todos se inclinam diante de suas decisões”(GIRARD, 2005, p. 40-41).

Somente ao Poder Judiciário se atribui o direito de punir a violência porque possui sobre ela um monopólio absoluto. Graças a esse monopólio, consegue sufocar a vingança, assim como exasperá-la, estendê-la, multiplicá-la. Nestes termos, o sistema sacrificial e o Judiciário possuem a mesma função, porém o segundo se mostra mais eficaz, desde que associado a um poder político forte. Todavia, ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário – num perfeito modelo hobbesiano de transferência de prerrogativas – o cidadão ganha, de um lado, a tranquilidade de deter a vingança e a violência privada/ilegítima para se submeter à vingança e à violência legítima/estatal, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo e não violento, através de outras estratégias.

---

<sup>10</sup> Il dominio, la repressione dei conflitti con la forza o con la minaccia del ricorso alla forza, è un grande male politico che ogni cittadino dovrebbe sentire come tale, anche se non condivide la posizione di altri cittadini che riconoscono a esso una particolare priorità rispetto ai grandi mali (HAMPSHIRE, 2000, p. 64).

<sup>11</sup> Por isso, segundo Eligio Resta, é confiado ao mecanismo judiciário não o exercício da virtude, mas a difícil tarefa de *dizer* a última palavra sobre os conflitos e, graças a isso, minimizar a violência, evitando o seu perpetuar. Depurada da retórica mais ou menos justificada, esta é a função que o sistema legal atribui ao juiz: interromper o conflito e decidir (RESTA, 2005. p. 38).

Por conseguinte, a sociedade atual permanece inerte enquanto suas contendas são decididas pelo juiz.<sup>12</sup> “Da mesma forma, como o cidadão de outrora esperava pelo Leviatã para que ele fizesse a guerra em busca da paz, resolvesse os litígios e trouxesse segurança ao encerrar a luta de todos contra todos, atualmente vemos o tratamento e a regulação dos litígios serem transferidos ao Judiciário, esquecidos de que o conflito é um mecanismo complexo que deriva da multiplicidade dos fatores, que nem sempre estão definidos na sua regulamentação; portanto, não é só normatividade e decisão” (RESTA, 2005, p. 74-75).

Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o “solucione”. Espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático.

Essa transferência de responsabilidades quanto à gestão do conflito se direciona ao juiz que o traduz na linguagem dele.<sup>13</sup> Desse modo, partindo do processo de racionalização weberiana, o Estado, ao deter a forma de poder legal, detém, também, o monopólio legítimo da decisão vinculante. Assim, as atenções continuam centradas na figura do juiz, do qual se espera a última palavra, “não importa qual, mas a última”. O lugar do juiz entre os conflitantes é uma questão complicada, uma vez que ele não se deixa encerrar na fácil fórmula da lei que assegura “distância de segurança” das razões de um e do outro. Ele vive no conflito e do conflito que ele decide, pronunciando a última palavra. “Entretanto, um Sistema Judiciário chamado a decidir sobre tudo e com poderes muitas vezes discricionários e pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade:

---

<sup>12</sup> La nostra cultura appartiene da tempo al gruppo di quelle che hanno deciso di delegare prevalentemente al diritto statale e ai suoi strumenti formali di decisione delle controversie la gestione dei conflitti sociali. Non importa se di civil o di common law, se accusatori o inquisitori, i nostri sistemi giuridici ci sembrano i soli capaci di garantire un livello accettabile di ordine e sicurezza, scongiurando al tempo stesso la necessità di ricorrere a interventi di controllo eccessivamente repressivi, se non addirittura totalitari (COSI, 2004, p. 21).

<sup>13</sup> Isso se dá, segundo Maurice Blanchot, porque o juiz tem o direito de ser único *maître du langage*. A expressão *maître du langage* é decisiva e densa, como pode ser aquela de um pensador como Maurice Blanchot, que trabalhou de maneira muito convincente sobre o poder da escrita e sobre a idéia de comunidade. A conexão entre linguagem e comunidade não é, obviamente, imprevista, mas encontrar ligações e mediações através do juiz abre caminhos insuspeitos por meio dos quais se descobre que a linguagem da comunidade não corresponde nunca à comunidade de linguagem (BLANCHOT, 1996).

consente álibis e cobre a aguda diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz que é, e o que faz, e aquilo que na realidade é e faz” (RESTA, 2005, p. 65-66).

### 3 ENTRE O TRADICIONAL E O INOVADOR: O TRATAMENTO DE CONFLITOS E A “JURISCONSTRUÇÃO”

O contexto cultural contemporâneo fomentou e, principalmente, determinou o surgimento de outras práticas de tratamento de conflitos de modo responsável – por indivíduos, organizações e comunidades –, possibilitando o diálogo e promovendo uma mudança de paradigmas.<sup>14</sup> Essas práticas se conduzem em caminho diverso daquele até então privilegiado pela cultura jurídica que funcionava em torno de uma lógica determinista binária, na qual as opções estavam limitadas a “ganhar” ou “perder”. Essas práticas passam a observar a singularidade de cada participante do conflito, considerando a opção de “ganhar conjuntamente”, construindo em comum as bases de um tratamento efetivo, de modo colaborativo e consensuado.

Tais práticas tiveram origem nos Estados Unidos sob o nome de Alternative Dispute Resolution (ADR)<sup>15</sup>, cuja expressão foi reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade

---

<sup>14</sup> Aqui, o que se pretende abordar é um novo paradigma no tratamento de conflitos, não necessariamente atrelado ao Estado e ao Poder Judiciário. Naquele momento, a palavra paradigma foi utilizada (segundo Thomas Kuhn) como uma visão de mundo articulada sob a forma de explicações científicas, determinando os problemas a serem utilizados e o tipo de solução admitida. Tratava-se de um paradigma científico que poderia conduzir à certeza e ao previsível, que trabalhavam com marcos universais unificadores e com visões inclusivas, sem espaço e conhecimento para lidar com o espontâneo e o inesperado. Agora, quando se discute um “novo paradigma” ou uma “mudança de paradigmas”, o enfoque que se pretende dar é aquele que atende à noção de complexidade social, partindo do pressuposto de que o tempo possui papel inovador e criativo desde que se possa observar o caos como fonte unificadora, a aleatoriedade, a complexidade e a novidade como oportunidades de construir nosso lugar ativamente e o conhecimento como um processo construtivo gerador. Assim, pode-se resumir dizendo que a estratégia é trabalhar co-participativamente na complexidade e na incerteza (Vide MORIN, Edgar. *Epistemologia de la complejidad*. In: SCHINITMAN, Dora Fried. **Nuevos paradigmas. Cultura e subjetividad**. Buenos Aires: Paidós, 1994. p. 421-442; PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, I. **La nouvelle alliance: Métamorphose de la science**. Paris: Gallimard, 1979; BRUNER, Jerome. **Realidad mental y mundos posibles**. Barcelona: Gedisa, 1988; SCHINITMAN, Dora Fried, *Novos paradigmas na resolução de conflitos*. In: SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999. p. 17-27).

<sup>15</sup> Contudo, a quase totalidade dos autores reconhece a impropriedade da expressão “alternativa de resolução de disputas”. Alternativa a quê? Presumivelmente se faz referência ao mecanismo judicial de resolução de disputas. Então, a palavra alternativa, que tem suas raízes no latim (*alter* = “o outro”), e que significa a sucessão de duas coisas mutuamente exclusivas, explicaria a opção por outro mecanismo. Que outro? A ADR tem sido usada para designar vários mecanismos de resolução de disputas, afora o Judiciário, o que por si só revelaria improbidade da expressão (SERPA, 1999. p. 81).



judicial (VILAR, 199). “Conceitualmente, trata-se de vários métodos de liquidação de desajustes entre indivíduos ou grupos através do estudo dos objetivos de cada um, das possibilidades disponíveis e a maneira como cada uma percebe as relações entre os seus objetivos e as alternativas apresentadas” (NAGEL, 1991, p.8 et. seq.). As práticas de ADR possuem inúmeros pontos positivos, dentre os quais aliviar o congestionamento do Judiciário, diminuindo os custos e a demora no trâmite dos casos, facilitando o acesso à justiça; incentivando o desenvolvimento da comunidade no tratamento de conflitos e disputas<sup>16</sup>; sendo que, principalmente, elas possibilitam um tratamento qualitativamente melhor dos conflitos, no qual reside a sua importância.

Essas estratégias (que fogem do código binário ganhar/perder) permitem aumentar a compreensão e o reconhecimento dos participantes, construir possibilidades de ações coordenadas – mesmo que na diferença -, incrementar diálogos e a capacidade de pessoas e comunidades que possam/queiram comprometer-se responsabilmente para com decisões e acordos participativos, especificando as mudanças que ocorrerão. Os acordos/arranjos alcançados através dessas metodologias apresentam resultados efetivos que permitem considerar – e em muitos casos resolver – disputas e diferenças, permitindo aos participantes elaborar novas ferramentas para organizar as suas relações. “É nesse sentido que essas metodologias para o tratamento dos conflitos se definem como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível” (SCHINITMAN, 1999, p. 17-27).

---

<sup>16</sup> No entanto, existem algumas críticas quanto às formas alternativas de resolução de disputas, tais como: a) *o comum desequilíbrio de poder entre as partes*, pois a maioria dos conflitos envolve pessoas com posições econômicas diferentes, o que acaba por influenciar a parte com menos poder a acordar por falta de recursos; b) *o problema da representação* que, muito embora estes mecanismos pressuponham indivíduos agindo por si mesmos, por vezes, os advogados ou representantes das pessoas jurídicas, grupos ou organizações então constituídos, firmam acordos que não são os que melhor atenderiam aos interesses de seus clientes, subordinados, membros, etc; c) *a falta de fundamento para a atuação judicial posterior*, a qual, segundo os críticos, faz crer que a resolução alternativa minimiza o juízo a um remédio e erroneamente supõe que o acordo realizado pelas partes agirá como um substituto da sentença, pondo fim ao processo. Assim, quando as mesmas solicitarem alguma modificação ou decisão, o juiz estará limitado pelos pactos de decisões já firmadas; d) *a justiça deve prevalecer antes que a paz*, afirmam os críticos. Considerar a equivalência entre um acordo firmado e uma sentença proferida seria reduzir a função social da decisão jurisdicional à mera resolução de conflitos privados, o que privaria os tribunais de emitirem interpretações acerca de textos legais e a sociedade de ter a seu alcance autênticos critérios de justiça (Ver a respeito, BONAFÉ-SCHIMITT, Jean-Pierre, **La Mediation: Une Justice Douce**. Paris: Syros, 1992. p. 16-17 e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 109).

Porém, antes de escolher o método de solução/administração/resolução/tratamento<sup>17</sup> dos conflitos, é preciso diferenciá-los, objetivando uma escolha apropriada. Quando alguém faz referência à solução de um conflito, entende-se que ele será extinto, não importando como esse processo ocorrerá: de forma legítima ou ilegítima, legal ou ilegal. “O objetivo é pôr fim ao conflito criando um estado de uniformidade de propósitos ou meios que significará a sua morte” (FOLBERG; TAYLOR, 1984, p. 25). A mãe conclamada a decidir com quem fica o controle remoto da televisão ao designá-lo para um dos filhos ou retirá-lo de circulação, dá uma solução para o conflito, ainda que ele continue latente entre os irmãos. A sentença judicial, de outro lado, promove, em tese, o equilíbrio de poder e determina um ganhador ou um perdedor, e também soluciona o conflito<sup>18</sup>, mesmo que a “solução” seja passageira e possa vir a dar origem, posteriormente, a uma nova demanda judicial. Os métodos de solução vão desde a simples desistência da disputa, numa extremidade, até a violência, na outra. “O objetivo, todavia, desses meios é comum: não é o resultado positivo ou negativo do conflito, mas, sobretudo, seu fim” (SERPA, 1999, p. 51).

A administração do conflito, por sua vez, somente realinha ou converge os propósitos ou meios para submeter as forças opostas a um acomodamento. Ocupa-se em neutralizar os choques e minimizar os danos que a situação pode provocar. Uma empresa, através de seu administrador, pode protelar, mediante novos compromissos ou estabelecimento de alguma compensação, o pagamento a seus credores. A administração do conflito não exige identidade de propósitos, métodos ou processos voltados para um resultado positivo do conflito, nem atenta para o alinhamento de interesses e forças. “Demanda atos que, simplesmente, permitam a continuidade do relacionamento das partes, sem interferir ou atuar no litígio propriamente dito” (RESTA *apud* MARINI, 2004. P. 52).

Já a resolução<sup>19</sup> trabalha com a manipulação das relações sociais por meio de técnicas de interação, objetivando restaurar essas relações em nível de legitimidade.

---

<sup>17</sup> Conforme a introdução, a opção foi por fazer referência sempre ao “tratamento” de conflitos por considerar esse termo mais adequado. Porém, aqui se pretende diferenciar “tratar” de solucionar, administrar, etc. Por isso a utilização de tais verbos.

<sup>18</sup> Le parole del giudice, che dice il diritto, sono quelle definitive, sono le ultime parole tra le parole dei contendenti. Non c'è altra virtù nel processo giudiziario che dire l'ultima parola ingannando la cattiva infinità delle liti (RESTA *apud* MARINI, 2004. p. 370).

<sup>19</sup> De todas as expressões anteriormente vistas (solução, administração, gestão, etc), “resolução” é aquela que mais se aproxima – conceitualmente – de “tratamento”, meio escolhido no presente

Não determina necessariamente mudanças de valores ou modelos sociais, nem significa uma solução permanente. “Diferente da administração ou da solução de conflitos, que podem ou não perdurar até que outros fatores desencadeiem um novo conflito” (HAYNES; GRETCHEN, 1989, p. 237). Nestes termos, a resolução não se limita a aliviar as tensões e contemporizar os problemas, ela não só dissolve o litígio, e com ele as suas relações, mas, principalmente, reestrutura o momento conflituoso em bases próprias.<sup>20</sup>

O Poder Judiciário é um meio de solução, administração ou resolução de conflitos (difícilmente de tratamento), porém não o único e com certeza não é o mais democrático. Giovanni Cosi sintetiza os principais modos de gestão conflitual no contexto de uma sociedade através de um esquema que chama de “geografia do conflito”. “Da esquerda para a direita, numa perspectiva de diminuição do controle direto sobre a gestão do conflito e de seus resultados, observa-se o aumento da dureza do confronto, sendo que as partes podem: renunciar unilateralmente<sup>21</sup>; manter aberta a comunicação e iniciar autonomamente uma negociação bilateral; tentar uma conciliação/mediação com a assistência de um terceiro neutro; submeter-se à decisão de um árbitro designado por elas; submeter-se à sentença de um juiz imposto pelo ordenamento; ou, finalmente, confrontar-se mediante força física para verificar quem detém o maior poder” (COSI; FODDAI, 2003, p. 11).

Contudo, para que todos esses métodos de “resolução” de disputas possam ser postos em prática, o primeiro passo é deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo.<sup>22</sup> Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica

---

trabalho para designar as estratégias propostas para lidar com a realidade conflitiva atual. A escolha se deu com base em Norberto Bobbio.

<sup>20</sup> Porém, no presente contexto preferimos utilizar a expressão “tratamento” em vez de “resolução” de conflitos, uma vez que, conforme o já exposto na introdução, entende-se que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Consequentemente, parte-se do pressuposto que a expressão “tratamento” torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito, buscando uma resposta satisfativa.

<sup>21</sup> A desistência das questões é a primeira maneira de resolução dos conflitos, tratando-se, principalmente, de uma forma de evitá-lo. É o modo mais simples e, de certa forma, o menos dispendioso. Implica na aceitação das questões de acordo com o ponto de vista do opositor, sem qualquer discussão com relação à veracidade dos fatos, sua legalidade ou quanto à precisão dos dados que envolvem o conflito. Ela possibilita a continuidade do relacionamento e as partes têm absoluto controle sobre o resultado do conflito (SERPA, 1999, p. 54).

<sup>22</sup> Il conflitto di per sé è un *fatto*, un evento, un fenomeno neutrale: sono le valutazioni che lo qualificano come “utile” o “inutile”, “positivo” o “negativo”, e simili (COSI; FODDAI, op. cit., p. 10).

ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não só na busca de uma resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores.

Tratando-se de procedimentos informais, particulares e muitas vezes confidenciais, os métodos de tratamento de conflitos estabelecem uma ordem consensuada contrária àquela solução imposta pelo Poder Judiciário e que, na maioria das vezes, não significa uma solução efetiva para o litígio. Na ordem consensuada, as partes mantêm do início ao fim o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado. É um procedimento autônomo, uma vez que estipulam suas regras, e informal, no sentido que não seguem prescrições ou modelos prontos (ao menos aparentemente). Já na ordem imposta, as partes possuem um controle limitado sobre o procedimento e o seu êxito. “As regras procedimentais são impostas e impera a formalidade” (COSI; FODDAI, 2003, p. 18-19).

Assim, a ordem consensuada utiliza mais de uma estratégia no tratamento de conflitos, baseando-se, principalmente, na sua diferenciação para estabelecer a mais adequada.

A questão que sobressai, aqui, é a de diferenciar a estrutura destes procedimentos, deixando de lado o caráter triádico da jurisdição tradicional, no qual um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito, e assumindo uma postura díade/dicotômica, na qual a resposta à disputa seja construída pelos próprios envolvidos, como ocorre, na França, com as *Maison de Justice et de Droit* – para questões criminais – ou as *Boîtes Postales 5000* – para as relações de consumo.

É por isso que se propõe como gênero o estereótipo jurisconstrução, na medida em que esta nomenclatura permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado, o dizer o Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o elaborar/concertar/pactar/construir o tratamento para o conflito que reúne as partes.

Sob esta ótica, é possível apontar como objetivos destas outras formas de tratamento de conflitos os seguintes: a) em relação ao Estado, busca desincumbi-lo dos contenciosos de massa, restando-lhe uma função simbólica de referencial e como instância de homologação e apelo; b) para as empresas, no caso das relações

de consumo, aponta para ganhos de custos, imagem e marca; c) para as partes, incorporando-as ao procedimento, permite, assim, a sua descentralização, flexibilização e informalização.

Assim, o método consensual aponta para uma possível harmonização dos interesses e o equilíbrio entre as partes.

Pode-se, então, sustentar, que o tratamento consensual de litígios pode ser caracterizado como uma desjudicialização do conflito, retirando-o do âmbito da função jurisdicional do Estado e afastando-o, até mesmo, das técnicas judiciárias de conciliação, colocadas à disposição do julgador tradicional, ou seja, a mediação judiciária.

É o próprio modelo conflitual de jurisdição – caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito – que é posto em xeque, fazendo com que readquiram consistência as propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas, tais as que repropõem em pauta a ideia do consenso<sup>23</sup> como instrumento para o tratamento de demandas, permitindo-se, assim, que se fale em um novo protótipo: a jurisconstrução.

É nessa esteira que a justiça consensual em suas várias formulações – desde as práticas de ADR americana ou da *justice de proximité* francesa – aparece como resposta ao disfuncionamento deste modelo judiciário, referindo a emergência/recuperação de um modo de regulação social que, muito embora possa, ainda, ser percebido como um instrumento de integração, apresenta-se como um

---

<sup>23</sup> Porém, para que se fale de consenso é importante que ele seja diferenciado dos conceitos de obediência e de consentimento. Assim, a obediência consiste na aceitação ou reconhecimento de um mando, independentemente de seus motivos determinantes ou justificados. Para sua caracterização, se faz necessário dois critérios: a aceitação externa e formal do mando. Ela constitui um pressuposto do político. Para a essência do político, pouco interessa se essa obediência é consentida ou forçada, se é dirigida a um regime democrático ou obtida por um regime autocrático. Já o consentimento é um conceito mais complexo que se aplica aos planos distintos do fundamento do poder e do seu funcionamento. No plano do fundamento, o consentimento proporciona a justificação do mando ou da obrigação política; no plano do funcionamento, o consentimento opera como uma forma de participação ou de influência da comunidade no poder. No primeiro plano, o consentimento é uma força de obediência. O consentimento-aceitação é um sinal de legitimidade do poder como autoridade. A comunidade aceita espontaneamente o poder-autoridade, visando determinados fins básicos, porque essa estruturação e esses fins traduzem os valores mínimos fundamentais nela dominantes. Por fim, a noção de consensus é a condição da legitimidade, portanto do consentimento, no que concerne tanto ao fundamento do Poder, quanto ao seu funcionamento. Consensus, já vimos, é o acordo entre os membros da Comunidade, sobre as bases da ordem desejável (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 67-71).

procedimento geralmente formal, através do qual um terceiro busca promover as trocas entre as partes, permitindo que as mesmas se confrontem, buscando um tratamento pactado para o conflito que enfrentam.

Aparecem, assim, os mecanismos consensuais – apesar de suas distinções – como uma outra justiça, na qual, em vez da delegação do poder de resposta, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de geri-los, caracterizando-se pela proximidade, oralidade, ausência/diminuição de custos, rapidez e negociação. Na discussão do conflito são trazidos à luz todos os aspectos que envolvem o mesmo, não se restringindo apenas àqueles dados deduzidos na petição inicial e na resposta de uma ação judicial cujo conteúdo vem pré-definido pelo direito positivo e é resguardado pela atuação saneadora do magistrado na condução do processo.

Todavia, para nós operadores do Direito, por um lado, as possibilidades propostas por mecanismos consensuais de reconstrução dos litígios permitem supor o evitar as deficiências profundas – instrumentais, pessoais, de custos, de tempo, etc. – próprios à Grande Justiça – a jurisdição estatal – marcando, apesar das insuficiências, inevitavelmente um reforço das relações de cidadania sendo privilegiado como instrumento apto a pôr fim a conflitos que se prolongariam, caso fossem levados à jurisdição estatal nos moldes tradicionais mas, por outro, supõem, para muitos, a aceitação acrítica destes métodos sem sequer considerar que esta temática necessita ser pensada em um quadro mais amplo no contexto dos projetos de reforma do Estado, em particular no que diz respeito ao que nominamos funções do Estado Contemporâneo – no qual a saga privatista aparece como o virtual paraíso suposto por uma ética, quase religiosa, descompromissada(?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da economia, do Direito e do Estado.

Pensar um modelo reflexivo para as soluções de controvérsias pressupõe ter presente estas duas perspectivas – uma interna, que aponta para o seu viés autonomizante, outra externa, que reflete os seus vínculos com um projeto de sociedade assentado na proposta (neo) liberal. Consequentemente, em meio aos aspectos multifacetários que marcam as relações sociais atuais, é preciso buscar estratégias jurisconstruídas entre as partes de tratamento das demandas, não operando somente com a lógica do terceiro estranho às partes (juiz), mas buscando a instituição de outra cultura que trabalhe com a concepção de fomento à reconstituição autonomizada do litígio. Tal objetivo poderá ser alcançado a partir da ideia da constituição de consensos mediados diante do exaurimento das formas

tradicionais de agir da jurisdição, incapaz de lidar com a complexidade multifacetária das relações sociais contemporâneas, marcado por um ambiente de crise(s) das instituições modernas.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Marco Aurélio Wander. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

BLANCHOT, Maurice. **Pour l'amitié**. Paris: Fourbis, 1996.

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale, et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAFÉ-SCHIMITT, Jean-Pierre, **La Mediation: Une Justice Douce**. Paris: Syros, 1992.

COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: **Ars Interpretandi**. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. **Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi**. Milano: Giuffrè, 2003.

FERRARI, Vincenzo. **Lineamenti di sociologia del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation**. Washington: San Francisco: Londo: Jessey Bass Publishers, 1984.

FREUD, Sigmund. **O mal estar da civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FREUND, Julien. **Il terzo, il nemico, il conflitto. Materiali per una teoria del politico**. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995.

\_\_\_\_\_. **Sociología del conflicto**. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995.

GIRARD, Renè. **La violencia e il sacro**. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005.

GORVEIN, Nilda S. **Divorcio y mediación – construyendo nuevos modelos de intervención en mediación familiar**. 2. ed. República Argentina: Córdoba.

HAMPSHIRE, Stuart. **Non c'è giustizia senza conflitto. Democrazia come confronto di idee.** Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Feltrinelli, 2000.

HAYNES, John M.; HAYNES, Gretchen, L. **Divorce mediation: case book strategies for successful family negotiations.** San Francisco: Jossey Bass, 1989.

HAYNES, John Michael. **Fundamentos de la mediación familiar como afrontar la separación de pareja de forma pacífica para seguir disfrutando de la vida.** Madrid: Gaia Ediciones, 1993.

LORENZ, Konrad. **A Agressão. Uma história natural do mal.** Tradução de Isabel Tamen. Lisboa: Relógio D'Água, 2001.

MARTÍN, Nuria Beloso. **Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de castilla y león.** [s. l.]: Junta de castilla y león. 2006.

MORIN, Edgar. Epistemología de la complejidad. In: SCHINITMAN, Dora Fried. **Nuevos paradigmas. Cultura e subjetividad.** Buenos Aires: Paidós, 1994.

NAGEL, Stuart. S.; MILLS, Miriam. K. **Systematic analysis in dispute resolution.** New York: Quorum Book, 1991.

ORTEMBERG, Osvaldo D. **Mediación familiar aspectos jurídicos y prácticos.** Buenos Aires: Biblos, 1996.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, I. **La nouvelle alliance: Métamorphose de la science.** Paris: Gallimard, 1979. BRUNER, Jerome. **Realidad mental y mundos posibles.** Barcelona: Gedisa, 1988.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno.** Roma-Bari: Laterza, 2005.

\_\_\_\_\_. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. **Processo e verità.** Pisa: Plus, 2004.

\_\_\_\_\_. Le verità e il processo. In: **Politica del Diritto.** Bologna: Il Mulino. Anno XXXV, n. 3, settembre, 2004.

ROSS, Marc Howard. **La cultura del conflicto. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia.** Traducción de José Ral Gutiérrez. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

SCHINITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação.** Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.



SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, et al. São Paulo: Ática, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sull'intimità**. Roma: Armando Editore, 1996.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e democracia constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2002.

VILAR, Silvia Barona. **Solución extrajudicial de conflictos alternativa dispute resolución (ADR) y derecho procesal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Surfando na porroca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.

YANIERI, Alcira Ana. **Mediación en el divorcio alimentos y régimen de visitas**. Buenos Aires: Júris, 1994.