

A VISÃO SISTÊMICA NA ESCOLHA DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM PROCEDIMENTO ADEQUADO

Vanessa Souza da Silva¹

Resumo: O presente artigo possui como objetivo salientar a importância do conhecimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos - ADRs, mas, além disso, demonstrar que mais importante do que a noção teórica de tais métodos, a aplicação prática dos mesmos requer uma atenção especial. Nesse sentido, se faz muito importante a utilização de uma visão sistêmica dos ADRs, a partir da qual se torna viável a criação de um Design de Sistema de Disputa – DSD. Esses, por sua vez, são criações complexas e personalizadas para determinadas demandas, ou seja, a partir de uma caixa cheia de opções (ADR's), são selecionados os mais adequados para o caso específico, fazendo mesclas da utilização desses para a construção do objetivo final, que é uma solução pacificadora, seja alcançada. Para tanto, serão abordados no presente trabalho os ADRs, a fim de possibilitar uma visão geral e, em seguida, será aprofundado o tema do DSD, o qual acredita-se que seja a melhor forma de resolver conflitos, apesar de ser um método mais complexo. E por fim, será possível levar em consideração quais são as vantagens e possíveis desvantagens pela escolha de criação de um DSD.

Palavras-Chave: Arbitragem. Conciliação. Design de Solução de Disputas. Métodos alternativos de resolução de conflitos. Mediação. Negociação.

¹. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos e Mestra em Política Social pela Universidade Católica de Pelotas – UCPel.

Abstract: This article aims to emphasize the importance of knowledge of alternative methods of conflict resolution - ADRs, but also to demonstrate that more important than the theoretical notion of such methods, is that their practical application requires special attention. In this sense, it is very important to use a systemic view of ADRs, from which it becomes possible to create a Dispute System Design - DSD. These, in turn, are complex and customized creations for certain demands, which means that from a box full of options (ADR's), only the most appropriate tools are selected for the specific case, making joins, mixes and new creations so that the ultimate goal, which is a peaceful solution, is achieved. To this end, the ADRs will be described in the present article, in order to provide an overview of them, and then the topic of DSD will be deepened, which is believed to be the best way to resolve conflicts today, despite being a more complex method that requires further study. Finally, it will be possible to conclude what are the advantages and possible disadvantages by choosing to create a DSD.

Keywords: Alternative methods of conflict resolution. Mediation. Negotiation. Arbitration. Conciliation. Dispute System Design.

INTRODUÇÃO



os últimos anos, o Brasil tem vivenciado uma severa crise no Poder Judiciário, em que as demandas começaram a ser tantas, que os magistrados se viram humanamente impossibilitados, de dar vazão a todos os pleitos postulados judicialmente. Com isso, foi gerado no brasileiro um verdadeiro sentimento de aversão a tudo que envolve processo judicial, pois esta frase remete aos sinônimos de morosidade, insatisfação e custos elevadíssimos.

Diante desse problema, os métodos adequados de resolução de conflitos foram ganhando mais notoriedade, principalmente dos acadêmicos e estudiosos da área jurídica, sendo possível vislumbrar todo um movimento em âmbito nacional, convergindo para a entrada em vigor de leis e resoluções, que buscaram regulamentação e a utilização de Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, tais como a mediação, conciliação e arbitragem.

Em consequência dos inúmeros avanços teóricos vivenciados pelo Direito Processual Civil brasileiro, em determinado momento, todos os mecanismos processuais postos à disposição dos processualistas demonstram-se como uma grande variedade de opções, mas que muitas vezes não são utilizados da forma mais efetiva.

Está-se diante do momento da instrumentalidade metodológica do processo, de modo que o estudo metafísico do processo, ou seja, a ciência do Direito Processual Civil, já está firmada. Dessa forma, visando dar continuidade aos avanços produzidos até aqui, bem como à criação de novos contornos, os estudos atuais sobre o processo devem se focar muito mais em dar vazão e aplicabilidade correta aos mecanismos já existentes, o que por vezes têm sido uma tarefa árdua para o aplicador do direito.

A busca por respostas efetivas para os problemas que surgem nas demandas sociais, através da utilização de mecanismos existentes, encontra respaldo nos métodos consensuais de resolução de controvérsias. Estes são de grande valia para todos aqueles que buscam soluções satisfatórias. Mas será que a utilização de mecanismos isolados é capaz de atender plenamente todo tipo de demanda conflituosa?

A grande missão do processualista do século XXI é justamente analisar os modelos existentes e, combinando-os e alternando-os, construir um arranjo processual adequado para a resolução de determinado conflito. Para tanto, é necessário

compreender os microssistemas processuais e, a partir de então, reorganizá-los e arranjá-los, com a ajuda de um olhar sistêmico dos mecanismos como um todo, a fim de que funcionem da forma mais adequada e personalizada.

Através da utilização da visão sistêmica quanto aos métodos de resolução de conflitos, é possível entender que existem diversos mecanismos processuais e que estes são praticados com diferentes níveis de qualidade. Para construir uma solução criativa e que de fato seja transformadora, o processualista moderno necessita criar algo melhor, ou seja, precisa entender que existe uma série de mecanismos possíveis e que quando for buscar uma solução para o seu problema, caso opte pela utilização da visão sistêmica, conseguirá visualizar melhor o que já existe ou construir um arranjo procedimental que se encaixe à situação das partes envolvidas.

Sendo assim, o presente trabalho visa demonstrar a importância da utilização da visão sistêmica, quando da escolha e criação do melhor *design* ou sistema para atender a demanda concreta, permitindo uma configuração autêntica e eficaz para satisfação dos objetivos das partes envolvidas e que seja hábil a transpor quaisquer obstáculos que porventura apareçam. Para tanto, serão analisados os métodos adequados de resolução de conflitos já existentes e a necessidade da visão sistêmica para a construção de um arranjo procedimental, que irá maximizar a adequação destes às especificidades concretas de cada conflito.

O ACESSO À JUSTIÇA E A PACIFICAÇÃO SOCIAL

A clássica concepção de acesso à justiça, bem como de quais são os meios mais adequados de se obter tal tutela, têm passado por grandes transformações nas últimas décadas; a expansão do controle normativo protagonizada pelo Poder Judiciário se reflete no exercício da moralidade pública, através do modelo judicial de decisões. Todavia, esse monopólio do controle das

demandas pode ocasionar arbitrariedades, de modo a cercear a soberania dos indivíduos na solução de seus próprios conflitos, trata-se, pois, de um obstáculo à uma política de efetiva pacificação social.

A justiça estatal clássica, guiada pela figura do magistrado, não se revela mais como o único meio para que sejam solucionados os conflitos. Ao lado dessa justiça estigmatizada, tradicionalmente vista como a única via para a resolução das demandas, surgem novas possibilidades, novas vias, novas portas de acesso. Surgem, pois, os métodos adequados de resolução de conflitos.

Nessa nova concepção, as sentenças judiciais tendem a perder a sua primazia, assim como o seu status de única via possível para que um litígio seja resolvido, passando assim a ser almejadas soluções através de métodos de autocomposição, métodos que se adequem especificamente a cada conflito de forma individualizada; a busca pela adequada tutela dos direitos, de forma efetiva e tempestiva, exige com que sejam feitas também adequações nos caminhos, nas formas, nos atores processuais, a fim de que viabilizem tal tutela.

Este movimento se reflete como um ciclo da vida. Isso porque, nos primórdios da civilização dos povos, havendo um conflito, este era solucionado pelas próprias partes envolvidas, cada qual com a sua própria força, a fim de satisfazerem suas pretensões.

O fortalecimento dos métodos consensuais de resolução de conflitos, diga-se, pois, está relacionado à própria existência dos seres humanos, eis que a comunicação sempre esteve presente nas relações sociais. Em verdade, há que se acordar que os métodos adequados de solução de conflitos não constituem um “fenômeno” ou algo relativamente “novo”.

Em que pese se tratar de alternativas, certamente, até mais antigas do que o meio judicial de resolução dos conflitos, aquelas ainda se encontram buscando seu espaço no cenário nacional,

mas de forma cada vez mais abrangente e efetiva.

A fim de estabelecer uma breve delineação da trajetória dos métodos adequados de resolução de conflitos até o presente momento, é possível notar que com o passar dos anos, o Estado passou a intervir nas relações individuais, tomando para si o poder decisório, intervindo como terceiro imparcial nas causas e ditando o direito acima da vontade dos particulares. Ocorreu, dessa forma, uma migração da autotutela para a jurisdição.

Desde então, a sociedade brasileira, especificamente, está imersa em uma cultura onde o litígio prevalece, haja vista que, apesar de existirem vias eficazes de resoluções amigáveis dos litígios, grande parte população sequer busca estas alternativas, acreditando que a participação do Poder Judiciário seja a única via efetiva para a solução de suas demandas.

Consequentemente, o judiciário se vê afogado em um contexto de processos exorbitantes, com causas que se arrastam por anos, devido à morosidade e burocracia da máquina estatal.

Conforme destaca Roberta Freitas Carvalho dos Santos, 2002.

As relações estabelecidas em um mundo em permanentes transformações têm sido pautadas pela ausência de diálogo e individualismo. Numa relação continuada, tal postura se revela propícia ao surgimento de conflitos. Os indivíduos passam a não valorizar o diálogo e o entendimento entre si. A partir desta perspectiva, tem-se delegado de forma crescente ao Judiciário a solução dos litígios, fazendo com que sua estrutura não suporte a quantidade de demandas. (2012, p. 11)

Atualmente, o poder estatal é voltado a dirimir os conflitos sociais, atuando com verdadeira intenção de pacificação social. Porém, a via judiciária não tem atingido tal escopo, uma vez que após as demandas serem judicializadas, a ocorrência de uma solução que agrade ambas as partes se faz cada vez mais distante, haja vista que possivelmente a coisa litigiosa será encerrada imperativamente, por meio de uma decisão imposta pelo magistrado, sendo este o caminho natural do processo judicial.

Num contexto em que a autotutela, tanto estatal, quando

particular, passaram a ser caracterizadas, em regra, como crimes – exercício arbitrário das próprias razões e exercício arbitrário ou abuso de poder, respectivamente – e em que a autocomposição e a arbitragem ainda estão ganhando notoriedade, fez-se necessário voltar os olhares para todas essas modalidades alternativas à via jurisdicional de pacificação social.

Dessa forma, nas palavras de CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, (2008):

(...) 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 eficientes. 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; GRINOVER; DINAMARCO: 2008, p. 31-32)

Nesse sentido, a ampliação da aplicação e alcance dos institutos da conciliação, da mediação e da arbitragem no novo Código de Processo Civil e demais legislações significam uma grande e necessária evolução, tanto legislativa quanto social, pois trazem alternativas eficazes para que as partes tenham as suas pretensões solucionadas de forma consensual, fazendo com que o conflito se encerre, diferente do que ocorre quando cessado imperativamente.

Tais práticas, portanto, deixam de ser encaradas como alternativas, pois devem passar a ser analisadas como sendo os métodos mais adequados. Cada demanda possui a sua particularidade, o que significa, conseqüentemente, que uma via de solução que seja adequada para um tipo de conflito pode não ser a mais adequada para o outro, mesmo que tais conflitos inicialmente pareçam semelhantes entre si.

Pode-se apontar, dentro das benesses trazidas com os métodos adequados de resolução de conflitos, a reestruturação da convivência social dos envolvidos no conflito, de modo que isso implica na diminuição de recursos (pois já se contentaram com a solução encontrada) e também na fase de execução, pois,

tendo em vista que as próprias partes envolvidas no conflito construíram a solução que lhes parecia mais adequada e satisfatória, na maioria das vezes o adimplemento da obrigação é espontâneo.

Estes são apenas alguns breves exemplos dos benefícios trazidos com a escolha do método adequado para as resoluções de conflito, mas estes já compensam pela escolha, haja vista que há de se ressaltar que o modelo processual judicial atual ocorre de forma extremamente morosa. Inicia-se a demanda, as partes, na maioria das vezes, não conseguem chegar em um consenso por estarem ressentidas uma com a outra, o que faz com que o caso se arraste por anos no judiciário. Quando, finalmente, é decretada uma sentença, o conflito se encerra apenas na teoria, pois, na prática, ainda há ressentimento, ainda há uma parte ou ambas as partes insatisfeitas com a solução proposta; e a partir desse momento, ainda será feita a execução, ou seja, há uma enorme espera para que se profira uma sentença e nem quando isso ocorre o caso se encerra.

Ainda haverá mais dispêndio de tempo e paciência para que a obrigação seja cumprida, isso certamente não acontece quando há uma solução amigável para o conflito, quando se busca a implementação da cultura de pacificação social. Sendo assim os operadores do direito devem incentivar tais práticas, ao invés de se manterem armados e reticentes às mudanças, as quais se mostram mais do que necessárias. As formas consensuais de resolução dos conflitos já imperam há séculos, desde os primórdios do convívio em sociedade.

Representa o alcance do verdadeiro acesso à justiça, a justiça disposta à população na prática, por intermédio das próprias partes. Trata-se de colocar disposição dos cidadãos formas justas e adequadas, com a vantagem incalculável de proporcionar o resgate do convívio daqueles que eventualmente se vejam inseridos num conflito.

Felizmente, os avanços nos estudos, disseminação e

aplicação dos métodos alternativos, ou adequados, de resolução de conflitos – ADRs, estão acontecendo em quantidade expressiva.

Atualmente já é possível encontrar bastante informação disponível acerca dos referidos métodos adequados, inclusive conceituando-os e elencando quando deve ser preferida a escolha de um em detrimento de outro. Isso tudo já representa um enorme avanço, diante do cenário delineado anteriormente.

Como em quase todas as situações e experiências humanas, quando finalmente se acredita ter encontrado uma solução, novos desafios começam a surgir. Isso porque, em que pese a aplicação dos métodos adequados de resolução de conflitos ter se intensificado, o que vem se observando agora é que a escolha de apenas um dos métodos, em detrimento dos demais, pode não ser a opção mais acertada ou, em outras palavras, pode não se caracterizar a opção mais eficaz.

Diante desta nova necessidade, mediante análise da aplicação prática dos métodos adequados de resolução de conflitos de forma isolada, os estudos desta área foram ganhando novos contornos.

Com isso, surge o que se denomina de Design de Sistemas de Disputas – DSD, de URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B., (1988) aparece com a importante missão de mesclar todos os avanços existentes, em termos de métodos alternativos de resolução de conflitos, e, a partir de então, gerar sistemas que se adequam e se encaixam perfeitamente nas demandas para as quais foram desenvolvidos.

Em outras palavras, o Design de Sistemas de Disputas – DSD se traduz na arte de criação de um arranjo procedimental que seja tão específico e exclusivo quanto a demanda que lhe gerou a necessidade de criação. O DSD irá se valer dos métodos adequados de resolução de conflitos, combinando-os, mesclando-os, criando uma sequência única, para que cada necessidade específica daquela controvérsia seja atendida.

A palavra “design” é utilizada justamente para dar a conotação de que foi um procedimento detalhadamente pensado, calculado, testado e aprovado. Trata-se de um mecanismo desenhado especificamente para se encaixar àquela necessidade particular.

Da mesma forma, a palavra “sistema(s)” traz a ideia de que serão interligados mecanismos já existentes, na busca por um propósito maior, ou seja, serão combinados os métodos mais adequados e mais específicos para que seja formulado o design ideal para o caso concreto, promovendo, assim, um sistema em pleno funcionamento.

Para tanto, além do embasamento teórico e conceitual obtido através dos estudos dos tradicionais métodos alternativos de resolução de conflitos, também são utilizados uma série de princípios e técnicas, a fim de que o sistema de resolução de disputas criado se encaixe perfeitamente ao seu escopo.

Em contrapartida, por mais que o processualista moderno perceba que a utilização de um único método alternativo como forma de solucionar inúmeros conflitos não seja a via mais adequada, nem sempre dar uma solução efetiva para esta lacuna pode ser uma tarefa simples.

Tendo em vista que o DSD utiliza como base os estudos obtidos através do destrinche dos métodos adequados de resolução de disputas, dando a eles novas opções de combinações, encaixes e perspectivas, para o presente trabalho se faz importante o conhecimento de alguns dos mecanismos processuais elencados como essenciais para a construção de um desenho de sistema de disputas.

Inicialmente, cabe registrar que a intenção deste artigo não é aprofundar o tema sobre cada método adequado de resolução de conflitos, mas, sim, trazer as particularidades de cada um deles, possibilitando uma visão geral de ambos.

A princípio, temos a negociação. Esta forma de resolver conflitos é milenar e está presente diariamente em nossas vidas.

As pessoas negociam o tempo inteiro, inclusive com elas mesmas, mesmo não se dando conta de que negociações estão acontecendo em suas vidas.

Desde um pedido de férias, aumento de salário, discussão de um contrato, convencer o seu filho de que ele deve comer mais verduras, tudo isso envolve um processo de negociação. Portanto, a negociação se traduz em não só uma simples alternativa adequada de solucionar nossos conflitos, mas também a mais conhecida e amplamente utilizada, principalmente de forma informal, sem sequer termos a compreensão de que de fato a estamos utilizando.

A obra “Como chegar ao sim”, que tem como autores Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce., 2005), cofundadores do projeto de negociação de Harvard, apresenta os fundamentos de uma negociação baseada em princípios, elencando os seguintes fundamentos para que uma negociação aconteça sem que seja necessário realizar concessões: separar as pessoas dos problemas; concentrar-se nos interesses, não nas posições; criar opções de ganhos mútuos e; utilizar critérios objetivos.

No que tange ao pressuposto de separar as pessoas dos problemas, os referidos autores ensinam que quando conseguimos extrapolar a esfera pessoal daquele problema, conseguimos enxergá-lo com mais clareza, vale dizer, quando relacionamos determinado problema à figura de uma pessoa, dificilmente conseguiremos nos sobrepor a esse problema. Conforme os autores relatam em sua obra:

A raiva diante de uma situação pode levá-lo a expressar raiva em relação a uma pessoa a quem você associa a situação. Os egos tendem a se envolver nas posições essenciais. Outra razão pela qual as questões essenciais se confundem com as questões psicológicas é o fato de as pessoas fazerem inferências infundadas a respeito de comentários sobre a essência do problema. Quando isso acontece, passam a considerar o que foi dito um fato sobre as intenções e as atitudes da outra parte. É preciso ter cuidado para evitar isso, pois esse processo é quase

automático; raramente percebemos que algo pode ter outras explicações válidas além da que surgiu na nossa cabeça. (FISHER; URY; PATTON. 2005, p. 42-43)

Dessa forma, a solução seria analisar o problema de forma objetiva, sem relacioná-lo com a figura da pessoa que o representa, para que isso não gere mais entraves à solução que se busca. Quanto a concentração nos interesses e não nas posições, é possível compreender que os interesses são aquilo que realmente desejamos com aquela negociação, aquilo que de fato nos satisfaria e solucionaria aquela questão. A posição, por outro lado, é aquilo que imediatamente apontamos como sendo o nosso desejo, mas que não reflete aquilo que realmente queremos, aquilo que realmente buscamos. A posição é a postura, muitas vezes combativa, que adotamos e que nos impede de enxergar o que realmente buscamos atingir.

Elucidando tal distinção entre interesses e posições, cabe a análise aplicada do que fora ressaltado por Gladys S. Álvares (2003)

As posições podem ser questionadas e confrontadas, não deixam espaço para explorar e resolver problemas [...]. Logo estão os interesses, que são o porquê e o para quê, muitas vezes ocultos por debaixo das posições; sendo definitivamente o que importa às pessoas. Os interesses podem convergir. Avançar para além das posições abre espaço para os interesses comuns que podem ser satisfeitos plenamente. As necessidades constituem o contexto amplo dentro do qual existem os interesses. (2003, p.63).

Sobre criar opções de ganhos mútuos, devemos ter a compreensão de que em uma negociação, não é para a outra parte se sentir enfraquecida a medida em que conquistamos os nossos objetivos. A intenção é que todos saiam satisfeitos, com a sensação de que foi a melhor opção para ambos os envolvidos.

Na obra “Como chegar ao sim” William Ury, 2005, é notada uma importante lição, que se transcreve a seguir:

Conciliar interesses, em vez de posições, funciona por duas razões. A primeira é que cada interesse geralmente pode ser satisfeito por várias posições. Muitas vezes, as pessoas

simplesmente adotam a mais óbvia, como Israel, ao anunciar que pretendia manter parte do Sinai. Quando você olha para os interesses por trás das posições opostas, muitas vezes encontra uma posição alternativa que atenda não só aos seus interesses, mas aos da outra parte. A desmilitarização era uma dessas alternativas. Conciliar interesses, e não posições, também é eficaz porque, por trás de posições opostas, há muito mais interesses em comum do que conflitantes. (FISHER; URY; PATTON. 2005, p. 65)

Por fim, a utilização de critérios objetivos auxilia a traçar desde o princípio quais serão os critérios adotados, ou seja, em quais regras a negociação irá se basear, seja na legislação, seja pelo senso comum ou em uma convenção criada pelas próprias partes.

Elencar tais pressupostos se faz necessário, pois eles servem como base não só para as negociações, mas também para os demais métodos adequados de solucionar conflitos.

Avançando, tem-se a mediação. Esta passou a ganhar maior destaque legislativo, com o Projeto de Lei da Câmara nº 4.827/98, o qual se desenvolveu e chegou a se tornar um Projeto de Lei do Senado. Um dos principais pontos de destaque do referido PL 4.827/98, foi a institucionalização de um procedimento não obrigatório para a mediação, o qual poderia ser instaurado antes ou no curso do processo judicial.

O marco seguinte representou uma enorme conquista legislativa quanto aos meios adequados de resolução de conflitos, uma vez que se consolidou no ano de 2010 a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, dispondo sobre: A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ representou um divisor de águas, pois passou a regulamentar a resolução consensual dos conflitos na sociedade através do próprio Poder Judiciário. Dessa forma, tornou obrigatório ao Judiciário oferecer mecanismos adequados de solução das controvérsias que lhe eram impostas, tais como a mediação e a conciliação.

Em decorrência das inovações anteriores, foi promulgada a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), considerada o marco legal da mediação no Brasil, alinhado às disposições da Resolução nº 125/2010 do CNJ.

O mais recente elemento incorporado à promessa de efetivação da Resolução nº 125 do CNJ foi o Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/15), que passou a vigorar em 18 de março de 2016, implementando definitivamente em seu bojo a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Superando este breve relato quanto aos marcos legislativos no que tange a mediação, podemos definir que esta é compreendida por muitos como um dos métodos adequados mais eficazes de solucionar disputas, pois além de envolver a negociação – esta deve ser uma arte amplamente dominada pelo profissional da mediação – também envolve outras técnicas, a fim de que as partes envolvidas na sessão de mediação sejam conduzidas pelo mediador e tenham o seu diálogo facilitado, conduzido, melhor aproveitado.

Sendo assim, há a percepção de que o papel do mediador vai muito além do que o que pode ser desempenhado por um juiz diante de uma demanda que lhe é direcionada. O mediador buscará, portanto, compreender os reais interesses dos envolvidos, pois não se vincula às posições declaradas pelos mediados.

Como fora ressaltado, o mediador “[...] deve se empenhar no sentido da investigação, identificação e exploração aprofundada dos interesses em jogo, por entender que o acordo de vontades não se concretiza mediante a satisfação de posições, mas, sim, de interesses” (GORETTI, 2012, p. 149).

Em suma, a mediação é caracterizada pela negociação, realizada por um terceiro neutro, ora mediador, que irá criar um ambiente seguro e confidencial aos mediados. Não é possível estudar mediação sem antes ou durante o caminho estudar também sobre técnicas de negociação.

Gerindo uma sessão de mediação com competência e

técnica necessárias, o mediador e os mediados vivenciarão o sigilo/confidencialidade, neutralidade, imparcialidade, escuta ativa e autonomia da vontade das partes. Ao final, terão como possíveis consequências da sessão de mediação: acordo, acordo parcial ou não acordo.

Sim, é possível que uma sessão de mediação seja extremamente bem-sucedida, sem que isso signifique que as partes chegaram a um acordo. Isso porque a ocorrência de um acordo é apenas uma das possibilidades existentes, não sendo este o escopo da mediação.

A mediação busca um objetivo muito maior, que é a compreensão mútua das partes, a possibilidade de conferir a elas o poder de serem ouvidas, de compreenderem de fato quais são as suas dores e as dores do outro lado. Verificarem que por trás de suas rígidas posições, podem existir inúmeros interesses em comum. Com isso, o mediador irá conduzi-las ao diálogo e ensiná-las, de forma indireta, técnicas de negociação, para que elas mesmas consigam construir a sua solução.

Outrossim, em caso de não acordo, as partes poderão ser encaminhadas ao próximo procedimento, mas certamente já estarão transformadas. O objetivo da mediação é justamente esse, a transformação, fortalecer relacionamentos, canalizar emoções, conversar objetivamente, fazer com que as partes sejam ouvidas e compreendidas umas pelas outras.

A conciliação, por sua vez, apesar de ser frequentemente confundida com a mediação, trata-se de instituto distinto. Neste caso, o conciliador atua de forma mais interveniente do que no processo de mediação, ofertando sugestões e conselhos às partes que preferencialmente não possuam vínculos anteriores.

Sendo assim, o papel do conciliador não se restringe ao reestabelecimento de um diálogo que fora quebrado, atuando de forma mais incisiva como um facilitador na busca pelo melhor acordo. De todo modo, o conciliador também deve buscar manter a sua imparcialidade, neutralidade e confidencialidade, assim

como a autonomia da vontade das partes, visto que, assim como a mediação, se trata de uma autocomposição.

Também não se trata de uma prática recente. Já era possível identificar características conciliatórias nas resoluções de conflitos há centenas de anos. Tanto funcionou, que a conciliação representa, hoje, um dos mais utilizados métodos de solução de conflitos no Brasil.

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes. (CALMON, 2007, p. 144).

Dessa forma, o conciliador deverá canalizar as discussões para as áreas onde o acordo seja mais provável. Poderá também alertar sobre os riscos e efeitos caso não seja possível um consenso entre as partes. Intervindo de forma mais incisiva, o conciliador poderá, inclusive, fornecer novas propostas de acordo ainda não pensadas antes.

Por fim, a arbitragem. Esta, apesar de também se tratar de um procedimento voluntário, não é de autocomposição. Isso porque as partes escolhem aderir à arbitragem, mas não são elas que chegam a uma decisão final sobre seus próprios conflitos.

Trata-se de um mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes). (CARMONA, 2004, p. 52-53).

Ao escolherem a arbitragem, as partes entregam ao árbitro o poder de decisão, sendo estes quem irão ditar a palavra final. As partes poderão contratar um ou três árbitros para analisar

provas, documentos e emitir decisões vinculantes.

A arbitragem não se trata se um instituto novo no direito brasileiro. Isso porque, desde a Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 160, até a atualidade, sempre esteve presente no ordenamento jurídico, com a denominação de juízo arbitral ou compromisso. Trata-se de uma alternativa a ser utilizada para a resolução de conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Por exemplo, tudo que possa ser estabelecido em um contrato pode ser solucionado por arbitragem.

Por outro lado, cabe ressaltar que estarão fora do âmbito de aplicação da arbitragem questões sobre as quais as partes não possam efetuar transações, de modo que todas as questões que estejam fora da livre disposição das pessoas deverão ser resolvidas pelo Judiciário.

Enquanto prevista nos artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916 e nos artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil de 1973, a arbitragem ainda se subordinava à homologação judicial.

Atualmente, com o advento da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, bem como os artigos 485, VII e 1.012, §1º, IV, do Novo Código de Processo Civil, as decisões proferidas pelos árbitros passaram a receber os mesmos efeitos daquelas proferidas em processos judiciais.

Dispõe o art. 1º da Lei 9307/96 que "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Assim, sendo possível, as partes deverão nomear árbitros. O árbitro, ou vários árbitros (desde que seja em número ímpar), poderá ser qualquer pessoa maior de idade, no domínio de suas faculdades mentais e que tenha a confiança das partes. Também deverá atuar de forma independente e imparcial, de modo que não poderá estar vinculado a nenhuma das partes ou, sequer, possuir algum tipo de interesse na demanda.

Nota-se que na arbitragem a escolha do terceiro

interventor é feita pelas partes, enquanto no processo judicial o terceiro – juiz – é imposto aos litigantes.

Esse método de pacificação dos conflitos foi conceituado por José Maria Rossani Garcez (2002) como:

[...] uma técnica que visa solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destas, resultante de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado. (GARCEZ, 2002, p.48)

Por ser praticada por árbitros ou tribunais privados, a arbitragem guarda semelhança, no que tange aos seus escopos, com a atividade jurisdicional exercida pelo Estado, apesar de não se confundirem. Apesar de ser um método alternativo de solução de conflito de natureza adversarial – já que a solução será imposta às partes – a opção pela arbitragem deve ocorrer em razão de vontade expressa de ambas as partes na convenção arbitral, que se traduz tanto na cláusula compromissória quanto no compromisso arbitral.

Tendo realizado este apanhado geral sobre os métodos adequados de resolução de conflitos, segmentados em suas especificidades, é possível compreender que os mesmos possuem características próprias, mas que, caso fossem combinados, poderiam promover um efeito resultado muito mais impactantes e apropriados.

Passa-se agora a análise do cabimento contextual da iniciativa de desenho de um sistema de resolução de disputas, e o papel, os desafios e as expectativas do processualista do Design de Sistema de Disputas – DSD (URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B., 1988.)

O primeiro ponto a ser analisado, de uma forma geral e abrangente, é quanto a iniciativa de criação de um DSD. É necessário analisar se a iniciativa realmente vale a pena, qual solução pode ser criada, se o desenvolvedor do design possui

competência e experiência esperadas para tanto.

Neste primeiro momento, é fundamental que o designer estude de forma aprofundada quais são todas as soluções já existentes para aquela determinada demanda. Mais do que isso, porque elas não estão efetivamente funcionando, quais são os seus pontos fortes – para serem aproveitados – e quais são os seus pontos fracos, que serão o alvo de trabalho do designer.

Também é necessário que o designer se auto avalie e compreenda se possui as qualidades e características para esta função. Dentre as qualidades essenciais, estão a escuta ativa, que significa muito mais entender do que falar, compreender de fato as pessoas e como elas veem e sentem o problema.

Não obstante, é imprescindível que o designer possua habilidade de entrevistar e de gerar confiança, conexão, empatia com as partes que serão os atores do seu sistema, pois além de conseguir a informação, o designer também precisa conquistar o apreço e simpatia daqueles que irão se submeter ao seu sistema.

Enfim, é necessária uma análise bastante realista, para que se reflita se a criação de um DSD realmente será a melhor opção de solução e que não serão empregados recursos materiais e imateriais em vão.

Vencido primeiro estágio, é hora de avançar para o diagnóstico. Nesta etapa, são contabilizadas quais são as partes interessadas e afetadas, se elas possuem interesse na criação de um DSD, se elas usariam esse design, o que elas esperam desse sistema e quais são as formas de resolução desse conflito já existentes.

O diagnóstico, apesar de ser uma das etapas mais trabalhosas do DSD, é também um dos momentos mais imprescindíveis. Com um diagnóstico bem feito, o designer terá menos chances de ser surpreendido adiante com algumas adversidades que, porventura, não teriam sido consideradas quando da elaboração e aferição do diagnóstico.

É necessário ter em mente que as partes só irão utilizar

um sistema de resolução de disputas se elas sentirem que participaram da sua construção. Por isso é tão importante a parte do diagnóstico.

Caso contrário, se acontecer de uma parte importante ficar de fora desse sistema, esta poderá causar problemas para a sua implementação. Deixar um tema de lado também pode ser perigoso, como, por exemplo, deixar fora do sistema um tipo de dano específico – nesse caso, por mais que a pessoa participe do programa, depois ela vai acabar tentando resolver isso de outra maneira e os custos envolvidos na criação do sistema não fará sentido.

Portanto, apesar de bastante trabalhosa, a parte do diagnóstico é de fundamental importância, pois irá garantir os padrões mínimos de segurança e exequibilidade do DSD.

A terceira etapa é a definição dos objetivos do DSD, ou seja, estabelecer quais serão os critérios adotados, fazer um verdadeiro esboço procedimental a ser seguido.

Com isso, é necessário indagar: qual será o prazo, quais serão os princípios aplicáveis, quais são as partes envolvidas, quais são os seus interesses, suas necessidades, seus recursos, suas alternativas, dentre outros.

Esse momento é também uma oportunidade de “educar” as partes, entendê-las, construir um relacionamento. Se alguma parte, grupo ou tema for negligenciado, o designer pode deixar de entender se há algum fator impeditivo, se alguma dor não possui interesse, se há algum obstáculo financeiro, dentre outros.

Vencidas estas etapas, é a hora da implementação. Com isso, chega o momento de implementar o sistema e avaliá-lo. Pouco a pouco, poderão ser feitos os ajustes necessários, para que todo sistema funcione em perfeita harmonia.

Em suma, se o designer possuir uma visão sistêmica e se atentar a todas as etapas de construção do sistema, à todas as suas variáveis, será muito capaz de construir uma resposta mais adequada.

A adequação do DSD irá depender justamente da capacidade do designer de compreensão do funcionamento de todos os microsistemas de resolução de disputas, para que então ele consiga construir uma opção ainda melhor para os envolvidos, mesclando o que for necessário para a construção de um DSD que se adeque perfeitamente ao caso.

Construir um mecanismo processual adequado significa construir uma resposta processual que consiga atender aos objetivos das partes que esteja em disputa e que seja capaz de lidar com os obstáculos que essa disputa requer.

Como é possível fazer isso? Por meio da visão sistêmica, por meio do conhecimento dos mecanismos processuais existentes, como eles são oferecidos, com que qualidade eles são oferecidos e por meio do conhecimento de como se dá a construção do DSD – arranjo procedimental que maximiza as chances de adequação.

Logo, a utilização de somente um método, muitas vezes será muito pouco para que se consiga construir um arranjo procedimental consensual que pode trazer melhores resultados. Por certo, os estudos e aplicação dos *Designs de Sistemas de resolução de Disputas* ainda estão ganhando maior espaço e notoriedade no cenário nacional, em que pese já ser uma realidade vivenciada há algumas décadas nos Estados Unidos.

Felizmente, possuímos alguns nomes de destaque em âmbito nacional, que devem ser seguidos como referência e exemplo para o jurista moderno, qual seja o mediador e designer de resolução de disputas, Diego Faleck, o qual, inclusive, esteve e continua à frente da criação dos maiores sistemas desenhados de disputas que o Brasil já pôde observar, como é o caso do acidente aéreo do voo 3054 da TAM em 2007 e o rompimento da barragem da mineradora Samarco em Mariana, Minas Gerais, em 2015.

Como um importante avanço a ser observado e seguido, a utilização do DSD nos casos acima elencados já representa um

divisor de águas e abertura de portas para que o design de novos sistemas sejam utilizados em novas disputas que venham a surgir. Certamente, esta será a melhor alternativa dentre as já conhecidas, visto que mescla o melhor de cada uma delas.

CONCLUSÃO

Mediante todo o exposto no presente trabalho, denota-se a importância do processo e do conhecimento de todos os métodos adequados de resolução de conflitos, haja vista que os mesmos já viabilizaram enormes avanços na pacificação social e melhor resolução de conflitos.

O prestígio de procedimentos que não se traduzem apenas no processo judicial clássico, tais como a negociação, mediação, conciliação e arbitragem, como meios de composição de conflitos, constituem um caminho importante para solução pacífica das controvérsias vivenciadas pelos cidadãos, bem como de fortalecimento e pacificação das relações sociais.

Sendo o acesso à justiça considerado um direito fundamental basilar, pelo qual outros direitos se resultam, e neste mesmo caminho surgem meios de combate à redução das desigualdades sociais, todo esforço deve ser empreendido para que o paradigma atual da máquina Judiciária, que se encontra engessada, seja repensada.

Nesse contexto, pode-se entender que o manejo das formas adequadas de resolução de conflitos podem alcançar verdadeiramente a pacificação social, trazendo reflexos diretos na diminuição da judicialização de demandas (e não no número das demandas já existentes), que conseqüentemente contribuirão para uma real possibilidade de melhora na prestação da jurisdição institucional.

Contudo, o que se observa, é que a aplicação isolada destes métodos adequados de resolução de conflitos pode não ser suficiente. Isso porque, por mais que os métodos adequados

estarem sendo amplamente difundidos, estudados e, aos poucos aplicados, quando estes são inseridos na prática, mais uma lacuna surge.

Em muitos casos, a escolha de apenas um método adequado, em detrimento de outro ou outros, pode não ser a opção mais inteligente, visto toda a variedade posta à disposição do jurista moderno.

Sendo assim, além do conhecimento individualizado de todos os métodos adequados, suas aplicações, suas técnicas necessárias, também é de suma importância que o aplicador do direito saiba gerenciá-los e, principalmente, combiná-los, criando os arranjos processuais adequados para cada tipo de conflito específico.

A visão sistêmica, tanto dos métodos adequados de resolução de conflitos, quanto do próprio conflito em si, possibilita que o jurista compreenda, como um todo, as inúmeras variedades de opções e que, a partir de então, desenhe o seu próprio arranjo procedimental, aquele que englobe tudo o que for necessário – dentro dos limites legais e doutrinários – para que determinada relação conflituosa se dissolva e seja convertida em uma solução satisfatória, adequadamente pensada e aplicada.

Diante de uma encruzilhada entre a essência do ser humano, que é conflituosa, e sua inserção em uma sociedade capitalista, em que surgem as demandas em massa e das mais variadas espécies, somente um tipo de solução idêntica para todos os conflitos emergentes, certamente não seria suficiente.

Assim como em todos os âmbitos do conhecimento, o conhecimento teórico se mostra bastante distante da aplicação prática. Daí a relevância do estudo dos designs de sistemas de resolução de disputas, uma vez que através dessa forma de avaliar os conflitos é possível utilizar mais de um método adequado para resolver um ou diversos conflitos que surjam em decorrência de um contrato, desastres naturais e demais relações conflituosas, afinal, o homem está em constante conflito.

Acima de tudo, o profissional do direito deve estar apto a olhar o conflito com olhar sistêmico e compreender as suas raízes e dimensões, para então escolher qual será a caminho que irá solucioná-lo, ou seja, qual será o arranjo processual aplicado ao caso. Não se trata de uma tarefa fácil, certamente requer muitos estudos, conhecimentos hábil, para que se tenha uma visão sistêmica, e assim, a medida em que os designs de sistemas de disputas forem sendo desenhados, aplicados e validados, será possível vislumbrar todos os seus benefícios



BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2003.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação de da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- COSTANTINO, Cathy A.; MERCHANT, Christina Sickles. *Designing conflict management systems*. 1ª Ed. São Francisco: Jossey-Bass, 1996.
- DOS SANTOS, Roberta Freitas Carvalho. *Acesso à justiça por meio da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro, 2012.
- FALECK, Diego. *Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054*. In *Revista brasileira de arbitragem*, Ano V, n. 23 São Paulo: IOB, 2009.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2005.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de negociação*:

- resolução alternativa de conflitos: adrs, mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de Mediação de Conflitos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora JUSPODIUM, 2020.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação extrajudicial e indenização por acidente aéreo: relato de uma experiência brasileira*. In *Lex Humana*, v. 4, n. 1, 2012.
- URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the cost of conflict*. 1ª Ed. São Francisco: Jossey- Bass Publishers, 1988.
- WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.