

O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”

Fabiana Marion Spengler*
Jose Luis Bolzan de Moraes**

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A (re)solução judicial de conflitos: monopolização estatal da “violência legítima”; 3. O circuito conflito/remédio: o ataque aos sintomas sem erradicar a doença; 4. Entre o tradicional e o inovador: o tratamento de conflitos e a “jurisconstrução”.

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; Poder judiciário; Jurisdição; Mediação; Jurisconstrução.

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 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; Judicial power; Judicial; Mediation; Judicially built.

* Doutora em Direito pelo programa de Pós-graduação *stricto sensu* da UNISINOS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC –, docente dos cursos de Graduação e Pós-graduação *lato sensu* da última instituição, advogada.

** Procurador do Estado do Rio Grande do Sul; Mestre (PUC/RJ) e Doutor (UFSC/Université de Montpellier I) em Direito do Estado; Professor da UNISINOS/RS. Professor Associado do Doutorado em Sistemas Jurídico-Políticos Comparados da Universidade de Lecce – Itália. Pesquisador do CNPQ e da FAPERGS. Membro do Comitê de Ciências Humanas da FAPERGS. Consultor *ad hoc* do CNPQ, da CAPES e do MEC/SESU/INEP. Coordenador do Círculo Constitucional Euro-Americano (CCEUAM).

1 Considerações iniciais

Definir a palavra conflito é uma tarefa árdua, composta de diversas variantes: um conflito pode ser social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou entre nações, pode ser um conflito étnico, religioso ou ainda um conflito de valores.¹

De fato, a noção de conflito não é unânime. Nascido do antigo latim, a palavra conflito tem como raiz etimológica a idéia de choque, ou a ação de chocar, de contrapor idéias, 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.²

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.³ 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 objeto do conflito, que geralmente é um direito entendido

¹ Aqui, a abordagem pretende se dar especificamente quanto aos conflitos sociais enquanto desequilíbrio de uma relação harmônica entre duas pessoas, dois grupos ou duas nações dentro de um mesmo contexto social.

² FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995. p. 58.

³ Konrad Lorenz menciona a natureza intra-específica 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, Konrad. **A Agressão**. Uma história natural do mal. Tradução de Isabel Tamen. Lisboa: Relógio D'Água, 2001, especialmente o capítulo III).

não apenas como uma disposição formal, mas também como uma reivindicação de justiça.⁴

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, idéias ou interesses. É um procedimento contencioso no qual os antagonistas se tratam como adversários ou inimigos.⁵

O presente artigo tem como escopo fundamental discutir o conflito e as suas possibilidades de tratamento.⁶ 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

⁴ 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 – rappresentata la posta in gioco dei conflitti. Torneremo più avanti su queste essenziali relazioni tra conflitto e diritto”. FREUND, Julien. **Il terzo, il nemico, il conflitto**. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995. p. 161.

⁵ FREUND, Julien. **Il terzo, il nemico, il conflitto**. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995. p. 61-62.

⁶ 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, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 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 satisfatória.

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.⁷

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 idéia 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)solução⁸ 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,⁹ 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 resposta que resulte possível, mediante um encontro predisposto de modo tal

⁷ Ver SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli *et al.* São Paulo: Ática, 1983.

⁸ 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.

⁹ 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, Renè. **La violenza e il sacro**. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005.

que a violência não volte a ocorrer. Tal encontro se desenvolverá em campo fechado, de forma regulada entre adversários bem determinados.¹⁰

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,¹¹ 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,¹² 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.¹³

No estado agonal, os meios de jogar são definidos de antemão, sendo que ambos os competidores renunciam ao ataque à 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

¹⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹¹ 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, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 97.

¹² Giovanni Cossi 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, Giovanni. *Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione*. In: **Ars Interpretandi**. nº 9. Padova: CEDAM, 2004. p. 23.

¹³ FREUND, Julien. **Sociologia del conflicto**. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D. L., 1995. p. 66-76.

manter a ordem a qualquer custo, muitas vezes se lança mão do uso abusivo da coerção, fazendo da mesma um instrumento de opressão.

Nestes termos, o estado agonal objetiva a submissão da vida à regulamentação e ao Direito.¹⁴ 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.¹⁵

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.¹⁶ 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 apóia 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.¹⁷

Somente ao Poder Judiciário – expressão da autoridade pública – 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 – contratualista – de transfe-

¹⁴ “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, Stuart. **Non c'è giustizia senza conflitto. Democrazia come confronto di idee**. Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Feltrinelli, 2000. p. 64.

¹⁵ *Ibidem*, p. 75-76.

¹⁶ 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, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 38.

¹⁷ GIRARD, René. **La violenza e il sacro**. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005. p. 40-41.

rência 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.

Por conseguinte, a sociedade atual permanece inerte enquanto suas contendas são decididas pelo juiz.¹⁸ Da mesma forma, como o cidadão espera pelo Leviatã para que ele faça a guerra em busca da paz, resolva os litígios e traga segurança ao encerrar a luta de todos contra todos, também 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.¹⁹

Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o “solucione”. Espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem “mais ou melhor” 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 Estado-juiz que o traduz na linguagem dele.²⁰ 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 da jurisdição, 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

¹⁸ “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, Giovanni. *Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione*. In: **Ars Interpretandi**. Padova: Cedam, 2004. n. 9. p. 21.

¹⁹ RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 74-75.

²⁰ 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, Maurice. **Pour l'amitié**. Paris: Fourbis, 1996.

ele decide, pronunciando a última palavra. Entretanto, um sistema judiciário chamado a decidir sobre tudo e com poderes muitas vezes ampliados e pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: 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.²¹

3 O circuito conflito/remédio: o ataque aos sintomas sem erradicar a doença

Assim, observa-se uma oferta monopolista de justiça incorporada ao *sistema da jurisdição*, delegado a receber e a regular uma conflitualidade crescente e complexificada. Atualmente, chamamos essa conflitualidade crescente de explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que demanda análise de forma mais profunda. É notório como a estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos “remédios” e quase nunca às causas, deixando de lado análises mais profundas sobre a litigiosidade crescente, que é constantemente “traduzida” na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais.²²

A explosão de litigiosidade se dá quanto à quantidade e à qualidade das lides que batem às portas do Poder Judiciário, especialmente observando a existência de uma cultura do conflito. Em face de tal fato, a direção da política do Direito deve ser no sentido de uma “jurisdição mínima”, contra uma jurisdição ineficaz.

Quando se litiga judicialmente, ao juiz pede-se que “decida”, que diga a resposta com base na lei, e não que desenvolva a tarefa de cimento social que compete a outros mais preparados para fazer. Mas o resultado, sabe-se, é paradoxal: incorpora-se no interior das competências judiciais cada gênero de linguagem “funcional”, embocando, obviamente, em uma estrada errada. Os sintomas da inadequação de tais condições são percebidos de modo incisivo.²³

No entanto, por que não cabe ao Poder Judiciário “eliminar” e sim “decidir” conflitos sociais? O fato de que o Judiciário tem como “função fundamental” a decisão de conflitos não quer dizer que a sua função seja a eliminação de conflitos. Assim, o conflito social representa um antagonismo estrutural entre elementos de uma relação social que, embora antagonísticos, são estruturalmente vinculados – aliás,

²¹ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 65-66.

²² Dunque il compito del giudice, fuori da ogni retorica, è quello di assumere decisioni sulla base di decisioni e di permettere decisioni sulla base delle stesse decisioni. Paradossalmente, però, in un sistema ad altissima complessità, più si decide e più aumenta il bisogno di decisione dato il carattere di rete interrelata dei sistemi di comunicazione (*Ibidem*, p. 40).

²³ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 69.

o “vínculo” é condição *sine qua non* do conflito. Portanto, se os elementos não são estruturalmente ligados, também não podem ser conflituosos ou divergentes. Nesse contexto, as funções (competências) do Poder Judiciário fixam-se nos limites de sua capacidade para absorver e decidir conflitos, ultrapassando os próprios limites estruturais das relações sociais. Não compete ao Poder Judiciário eliminar vínculos existentes entre os elementos – ou unidades – da relação social, a ele caberá, mediante suas decisões, interpretar diversificadamente este vínculo; podendo, inclusive, dar-lhe uma nova dimensão jurídica (no sentido jurisprudencial), mas não lhe “competere” dissolvê-lo (no sentido de eliminá-lo), isto porque estaria suprimindo a sua própria fonte ou impedindo o seu meio ambiente de fornecer-lhe determinados *inputs* (demandas).²⁴

Pormenorizando, é possível afirmar que a vida social gera as suas próprias relações. Se em qualquer uma destas relações sociais nascer um conflito e uma decisão sobre o mesmo for demandada ao Judiciário, este poderá dar uma sentença sobre aquele tipo especial de relação social. Por conseguinte, não é pelo fato do Judiciário decidir a respeito de divórcio ou separação, de uma ação de despejo ou homologar um dissídio coletivo entre patrões e empregados, que deixarão de existir vínculos familiares ou trabalhistas, convergentes ou divergentes.²⁵

Conseqüentemente, o Judiciário funcionaliza (no sentido de que institucionaliza) ou processa conflitos sociais, mas suas decisões não eliminam relações sociais. Na verdade, ele decide sobre aquela relação social especificamente demandada, o que não impede, todavia, que outras tantas, com novas características, se manifestem ou que continue existindo a própria relação social enquanto tal. O ato do Poder Judiciário interrompe apenas aquela relação conflitiva, mas não impede o desenvolvimento de outras tantas. Não cabe ao Judiciário eliminar o próprio manancial de conflitos sociais, mas sobre eles decidir, se lhe for demandado. Assim, ele funcionaliza os conflitos sociais, mas não a própria vida. O que se espera é que decida os conflitos que absorve, dados os graves riscos para a sua funcionalidade e para a própria sociedade.²⁶

²⁴ BASTOS, Marco Aurélio Wander. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 103.

²⁵ La pace assicurata dal diritto si dimostra spesso carente sia sul piano etico che su quello pratico dell’effettiva risoluzione del conflitto perché, come già si diceva, essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del nemico che non a quella dell’avversario. La pacificazione giuridica non farebbe del resto che riflettere, nei metodi utilizzati e nei risultati perseguiti, il modo tipicamente competitivo d’intendere le relazioni sociali diffuso nelle moderne società tecnologicamente avanzate: no esistono altri esiti possibili di una disputa, oltre la vittoria/sconfitta e il compromesso. COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: **Arts Interpretandi**. nº 9. Padova: CEDAM, 2004. p. 26.

²⁶ BASTOS, Marco Aurélio Wander. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. p. 104.

Não se pode perder de vista que os modos por meio dos quais um sistema social regula os conflitos que nascem no interior da sociedade são, de fato, muito diversos, mudam no tempo e no espaço, não são nada eternos.²⁷ Refugiam-se nos singulares sistemas sociais; dão eles próprios, por sua vez, complexos sistemas sociais. Somente em parte dependem do modo pelo qual se conflitam; às vezes ocorre o contrário, o modo pelo qual se briga e se conflita depende do modo pelo qual existem saídas para o conflito, os remédios (leis) são, então, dispostos cultural e socialmente.²⁸

A lei substitui a violência privada ou sacrificial, determinando posições e tornando-se exigível e coercível. A ordem e a segurança dependem, assim, não só da validade da solução adotada como do consenso entre as partes e, principalmente, da eficácia do seu aparato de coerção. Contudo, os litigantes podem não estar satisfeitos e as raízes do conflito não estarem extirpadas, mas a paz do Direito funcionará repousando sobre a sua capacidade impositiva. Como certos remédios, o Direito parece capaz de tratar, sobretudo, os sintomas e não as causas de um mal-estar.²⁹

O circuito *conflito/remédio* é aquele no qual mais empenhado se torna o reequilíbrio ecológico. Os conflitos aumentam progressivamente e se atribui tudo isso à ineficácia decorrente da falta de recursos; requerem-se aumentos consistentes destes pensando que, assim, os conflitos podem ser diminuídos. O remédio reage sobre o remédio, mas não tem nenhuma incidência direta sobre as causas, dimensões, efeitos da litigiosidade que determinam os conflitos.³⁰

É claro que a regulação dos conflitos dentro de uma sociedade se transforma no tempo e no espaço, criando os “remédios” a serem aplicados, sendo que a ineficácia em sua aplicação produz a noção equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, dentre outros. Porém, o remédio age apenas sobre a ferida, não atacando a causa. É justamente nesse contexto que se faz necessário reportar ao problema do vínculo social exposto em Freud,³¹ definido pelo jogo das competições e rivalidades geradoras do conflito. Esses podem ser inter-individuais e/ou sociais (aqui encontramos os litígios étnicos, culturais, eco-

²⁷ La cultura modela la forma en que los individuos entienden sus respectivos mundos sociales, clasifican la gente, evalúan las posibles acciones u sancionan ciertas respuestas y no otras. Los conflictos reflejan prioridades culturales pero también un matiz político, puesto que su control sobre la definición de acciones y actores legítimos favorece a cierta gente y grupos 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. p. 254.

²⁸ RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno.** Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 70.

²⁹ COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: **Ars Interpretandi.** nº 9. Padova: CEDAM, 2004. p. 25.

³⁰ RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno.** Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 70-72.

nômicos, bélicos, dentre outros), e, ao mesmo tempo em que rompem, reafirmam o vínculo social, merecendo regulação e decisão.

Desse modo, conforme Simmel,³² existe um conflito “comunitário” entre os litigantes, pois aquilo que separa, justificando o litígio, é também o que os une, uma vez que compartilham a lide. Não se pode, então, deixar de pensar nas palavras de Freud,³³ o qual aponta para a intensa competição entre irmãos, mas também confirma a união dos mesmos na empreitada de matar o pai. Esse conflito entre “irmãos” acontece nas mais diversas formas relacionais e pode, hoje, ser especificado em um jogo de palavras que envolve antônimos como paz-guerra, centro-periferia, norte-sul, desenvolvimento-subdesenvolvimento.

Na busca de tratamento da grande maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, na qual os dois lados na batalha poderão vencer ou perder, mas não podem e/ou não querem desistir do confronto. É por isso que quem frequenta as salas dos tribunais reconhecerá, muitas vezes, no rosto neutro das partes, verdadeiros e próprios duelantes³⁴ que estão ali a demonstrar com a sua presença e com seu comportamento processual – do qual muitas vezes também outros são cúmplices – que a verdadeira razão do conflito judiciário não é um direito controverso, mas é simplesmente a “contraparte”, como se diz na linguagem do processo. Cada motivo é supérfluo: as causas em matéria de separação e divórcio,³⁵ que não terminam nunca, mesmo quando são concluídas, são seu emblema mais evidente, tanto é verdade que, melancolicamente, a teoria sugere que somos adultos quando “litigamos bem”.³⁶

³¹ FREUD, Sigmund. **O mal estar da civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

³² SIMMEL, G. **Sull'intimità**. Roma: Armando Editore, 1996.

³³ FREUD, op. cit., p. 1745-1851.

³⁴ Nel duello nessuna delle parti può godere di un vantaggio iniquo: la sola ineguaglianza dev'essere quella tra il temperamento e l'abilità dei contendenti. Com'è ovvio, il duello presenta un esempio molto chiaro di istituto preposto alla risoluzione dei conflitti, governato da regole e rituali tradizionali oltre che da un ideale di equità procedurale. HAMPSHIRE, Stuart. **Non c'è giustizia senza conflitto**. Democrazia come confronto di idee. Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Feltrinelli, 2000. p. 24.

³⁵ O tratamento de conflitos na área de direito de família sempre foi alvo de estudos e debates. Sobre o tema, é importante a leitura de GORVEIN, Nilda S. **Divorcio y mediación – construyendo nuevos modelos de intervención en mediación familiar**. 2. ed. República Argentina: Córdoba; HAYNES, John M. **Fundamentos de la mediación familiar como afrontar la separación de pareja de forma pacífica para seguir disfrutando de la vida**. Madrid: Gaia Ediciones, 1993; MARTÍN, Nuria Belloso. **Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de castilla y león**. [s.l.]: Junta de castilla y león. 2006; ORTEMBERG, Osvaldo D. **Mediación familiar aspectos jurídicos y prácticos**. Buenos Aires: Biblos, 1996; YANIERI, Alcira Ana. **Mediación en el divorcio alimentos y régimen de visitas**. Buenos Aires: Júris, 1994.

³⁶ RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 78-79.

Todavia, tratar o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. É nesse sentido a afirmativa de que “quando se vai ao juiz se perde a face,”³⁷ uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força.³⁸ O principal problema da magistratura é que ela decide litígios que lhe são alheios, sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes. “Para os juízes, o outro não existe, sempre decidem a partir de si mesmos, de seus egos enfermos. Decidem sem responsabilidade, porque projetam a responsabilidade na norma. Decidem conflitos sem relacionar-se com os outros. As decisões dos juízes são sem rosto”. Nestes termos, os juízes crêem que sua função é administrar justiça e que a realizam, quando decidem, a partir de um conceito, simultaneamente, metafísico e determinista, que não leva em consideração, salvo raras exceções, o que as partes sentem como o justo no litígio que vivem. A tal ponto que, em alguns casos, a distribuição de justiça termina sendo uma violência para com uma das partes. Quando um juiz se preocupa em comparar se seu conceito abstrato de justiça corresponde às expectativas do que é justo para as partes?³⁹

Paralelamente às formas jurisdicionais tradicionais, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento de disputas, nas quais se atribui legalidade à voz de um conciliador/mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Não se quer aqui negar o valor do Poder Judiciário, o que se pretende é discutir uma outra maneira de tratamento dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes.

³⁷ É nesse contexto que Eligio Resta recorda o estudioso norueguês Eckhoff, que, no ensaio *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution*. *Acta Sociologica*, 1996. p. 158, avançava a hipótese de que nas culturas religiosas de tipo conciliatório, como o confucionismo, havia escassa propensão privada e baixa atenção pública à lide judiciária. Não é que ali não houvesse litígios, mas existe uma forte ligação entre a desvalorização do litígio e a interiorização dos preceitos religiosos. Diz que para a religião confuciana, “quando se vai ao juiz se perde a face”, quase que litigar seja pecado. Isto não ocorre nas culturas católicas nas quais, não obstante a ética do perdão e a proibição do ressentimento, recorre-se cada vez mais frequentemente ao juiz. RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 80. Sobre o assunto, Warat acrescenta: “a noção de rosto foi trabalhada entre nós por Levinas, que revela o que não se pode conhecer do outro, o inacessível, ao qual podemos nos aproximar por intelecção sensível, não por interpretações racionais. O acesso ao rosto não é perceptivo, não é intencional, dá-se longe do conhecimento. É uma aproximação do outro a partir de nosso próprio corpo, e não a partir de lugares de saber, lugares de conhecimento ou modelos de significado. O rosto é o que eu chamo de reserva selvagem ou reserva de sensibilidade. [...] O rosto pode também ser entendido como a força moral do outro. A resistência do outro não nos faz violência, não se abre negativamente; tem uma estrutura ética positiva. É o limite à onipotência do ser.” WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 145. Vol. 1.

³⁸ FERRARI, V. **Lienamenti de sociologia del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 1997. Vol. 1.

³⁹ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 151. Vol. 1.

Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no direito fraterno,⁴⁰ centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Existem outros mecanismos de tratamento das demandas, podendo-se citar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Tratam-se de elementos que possuem como ponto comum o fato de serem diferentes, porém não estranhos à jurisdição, operando na busca da “face” perdida dos litigantes numa relação de cooperação pactuada e convencionada, definindo uma “*justiça de proximidade* e, sobretudo, uma filosofia de justiça do tipo restaurativo que envolve modelos de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisórios.^{41”}

Na busca por uma justiça mais próxima – não em termos geográficos, econômicos ou sociais, mas em termos que signifiquem autonomização e responsabilização do cidadão pelas decisões dela vertidas – a mediação pode surgir como

um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, que vem baseada no litígio e possuindo como escopo objetivo idealizado e fictício, como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo.

Essa verdade⁴² deve ser “descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus” na tentativa de “descoberta da verdade que é só imaginária”.⁴³ A ciência e o pensamento linear cartesiano têm como pressuposto evitar a dúvida, apontando o certo, o verdadeiro, o indubitável. Desse modo, as verdades científicas impossibilitam a indagação e o risco.

⁴⁰ O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do Direito fechado na angústia dos confins estatais e propõe um espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade não é apenas um lugar “comum”, em cujo interior pode-se pensar o seu reconhecimento e tutela. Assim, ser homem e ter humanidade são coisas diferentes: ser homem não significa que se possua o sentimento singular de humanidade. O direito fraterno propõe uma auto-responsabilização. RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. XI a XIII da introdução.

⁴¹ *Ibidem*, p. 82-83.

⁴² A verdade formal que emerge do processo, das provas e da capacidade das partes de produzi-las, retrata um sistema tradicional de solução de conflitos que necessita de socorro. Na jurisdição tradicional, o Estado-juiz enquanto definidor dos direitos das partes, detentor do poder de estabelecer o melhor direito, decorre e depende que o litígio siga até o seu final. As partes, em regra, “ganham” e/ou “perdem”; o julgador decide quem tem o melhor direito e assim define. Ao contrário, na mediação, as partes constituem, com o auxílio dos mediadores, um mecanismo capaz de gerir seus próprios conflitos. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 146.

⁴³ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 18. Vol. 1.

A procura da verdade, nos termos da ciência mecanicista,⁴⁴ é, por si mesma, violenta. Traduz-se numa forma de manipulação do mundo e dos outros. Ninguém pode prever o real, ninguém sabe o que vai acontecer; por isso, as verdades como momentos previsíveis do saber da ciência são uma ficção, mito destinado a satisfazer nossa criança insatisfeita e os lugares comuns de medo, com as quais pretendemos dotar “de sentido o sentido da existência”.⁴⁵

É por isso que precisam ser pensados outros mecanismos de tratamento dos litígios, tais como a mediação, enquanto *locus* democrático que trabalhe com a concepção de auto-regulamentação dos conflitos por parte do sistema social, redefinindo, de forma radical, o modelo de terceiro e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo da jurisdição.

4 Entre o tradicional e o inovador: o tratamento de conflitos e a “jurisconstrução”⁴⁶

O contexto cultural contemporâneo fomentou e, principalmente, recuperou 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.⁴⁷ Essas práticas se conduzem em caminho diverso

⁴⁴ Dove c'è intersecazione tra vero e possibile, il metodo scientifico, si sa non da oggi, perde il riferimento e si auto-descrive come qualcosa di diverso, ad esempio, come mercato delle idee definito dall'immediatezza degli scopi e, nel migliore dei casi, “deciso” e regolato dall'autorità della comunità scientifica. La delega operata dal diritto alla verità scientifica ha funzionato fin quando le intersecazione non erano forti e dove il modello “positivistico” era in grado di placare le indecisioni. Il modello tecnocratico che ne derivava finiva per ribadire che *scienze speaks truth to power*, essendone essa l'unica detentrica e la sola legittima portavoce: il diritto visì rimetteva neutralizzando la propria debolezza insita nell'infinito delle Humanities, dove, peraltro, era più facile occultare le background ideologies. RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: **Politica del Diritto**. nº 3. Bologna: Il Mulino. Anno XXXV. settembre, 2004. p. 397.

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 117-18. Vol. 3.

⁴⁶ Este termo foi cunhado por Jose Luis Bolzan de Moraes, para distinguir as práticas consensuais de tratamento de conflitos das práticas jurisdicionais.

⁴⁷ 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

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),⁴⁸ cuja expressão foi reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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;⁵¹

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. Epistemología 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.

⁴⁸ 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 impobridade da expressão (SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Medição de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 81).

⁴⁹ Sobre o tema, vide VILAR, Sílvia Barona. **Solución extrajudicial de conflictos alternativa dispute resolución (ADR) y derecho procesal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

⁵⁰ NAGEL, S. S.; MILLS, M. K. **Systematic analysis in dispute resolution**. New York: Quorum Book, 1991. p. 8 et seq.

⁵¹ 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*

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.⁵²

Porém, antes de escolher o método de solução/administração/resolução/tratamento⁵³ 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.⁵⁴ 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

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-SCHMITT, 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.

⁵² 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.

⁵³ 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.

⁵⁴ FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation**. Washington: San Francisco: Londo: Jessey Bass Publishers, 1984. p. 25.

conflito,⁵⁵ 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.⁵⁶

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.⁵⁷

Já a resolução⁵⁸ trabalha com a manipulação das relações sociais por meio de técnicas de interação, objetivando restaurar essas relações em nível de legitimidade. 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.⁵⁹ 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.⁶⁰

⁵⁵ 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, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. **Processo e verità**. Pisa: Plus, 2004. p. 370.

⁵⁶ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 51.

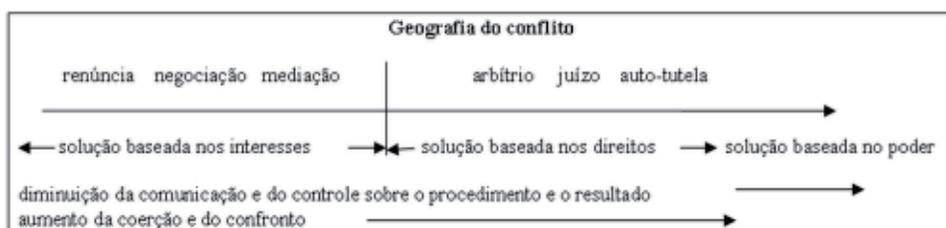
⁵⁷ *Ibidem*, p. 52.

⁵⁸ De todas as expressões anteriormente vistas (solução, administração, gestão etc.), “resolução” é aquela que mais se aproxima – conceitualmente – de “tratamento”, meio escolhido no presente trabalho para designar as estratégias propostas para lidar com a realidade conflitiva atual. A escolha se deu com base em Norberto Bobbio.

⁵⁹ HAYNES, J. M.; GRETCHEN, L. **Divorce mediation: case book strategies for successful family negotiations**. San Francisco: Jossey Bass, 1989. p. 237.

⁶⁰ 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. Conseqüentemente, 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 satisfatória.

O Poder Judiciário é um meio de solução, administração ou resolução de conflitos (dificilmente 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;⁶¹ 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.⁶²



Fonte: 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.⁶³ Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica 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

⁶¹ 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, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 54.

⁶² COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. **Lo spazio della mediazione**. Conflitti di diritti e confronto di interessi. Milano: Giuffrè, 2003. p. 11.

⁶³ 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.

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.⁶⁴

Métodos de tratamento de conflitos
Ordem consensuada: as partes decidem que seja o seu acordo a pôr fim ao conflito Características: autonomia, informalidade Exemplos: negociação, mediação, conciliação
Ordem imposta: as partes delegam a uma terceira pessoa a decisão do conflito Características: heteronomia, formalidade Exemplos: arbitrio, juízo, legislação

Fonte: COSI; FODDAI, 2003, p. 18.

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

⁶⁴ COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. **Lo spazio della mediazione**. Conflitti di diritti e confronto di interessi. Milano: Giuffrè, 2003. p. 18-19.

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/consertar/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 o seguinte: a) em relação ao Estado, busca desincumbi-los 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 idéia do consenso⁶⁵ como instrumento para o tratamento de demandas, permitindo-se, assim, que se fale em um novo protótipo: a jurisconstrução.

⁶⁵ 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, Cezar Saldanha. **Consenso e democracia constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2002. p. 67-71.

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 funcionamento 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 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 o envolvem, não se restringindo apenas àqueles dados deduzidos na petição inicial e na resposta de uma ação judicial cujo conteúdo vem predefinido 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. Conseqüentemente, 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 reconstrução autonomizada do litígio. Tal objetivo poderá ser alcançado a partir da idéia 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. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen 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: UnB, 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*. nº: 9. Padova: CEDAM, 2004.
- COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. **Lo spazio della mediazione**. Conflitti di diritti e confronto di interessi. Milano: Giuffrè, 2003.
- FERRARI, V. **Lienamenti de sociologia del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 1997. Vol. 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.
- FREUND, Julien. **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, J. M.; GRETCHEN, L. **Divorce mediation: case book strategies for successful family negotiations**. San Francisco: Jossey Bass, 1989.
- HAYNES, John M. **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 Belloso. **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, S. S.; MILLS, M. 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, G. **Sull'intimità**. Roma: Armando Editore, 1996.

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

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. Vol. 1.

_____. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Vol. 3.

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