

FACULDADE SOCIESC DE BLUMENAU

CURSO BACHARELADO EM DIREITO

VITÓRIA MARIA TEREZA DA SILVA MATTOS VINHOLES

**DESENHO DE SISTEMAS DE DISPUTAS: A EVOLUÇÃO DOS MEIOS
ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

BLUMENAU (SC)

2019

VITÓRIA MARIA TEREZA DA SILVA MATTOS VINHOLES

**DESENHO DE SISTEMAS DE DISPUTAS: A EVOLUÇÃO DOS MEIOS
ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a
Faculdade SOCIESC de Blumenau como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Ma. Silvia Helena Arizio

Blumenau (SC)

2019/01

VITÓRIA MARIA TEREZA DA SILVA MATTOS VINHOLES

**DESENHO DE SISTEMAS DE DISPUTAS: A EVOLUÇÃO DOS MEIOS
ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

**Este trabalho foi examinado e aprovado pela
Faculdade SOCIESC de Blumenau, dando ao seu
autor o grau em Bacharel em Direito.**

Blumenau, (SC)

Prof. Dr.

Universidade

Prof. Dr.

Universidade

Prof. Dr.

Universidade

Dedico este trabalho aqueles que o tornaram possível com sua graça, amor, apoio, auxílio... Deus, meus pais Flávio Antônio e Maria Luiza, meus irmãos, Flávia Maria, João Emanuel e Gregório Geraldo. E a todos aqueles que sonham e realizam a vida comigo!

AGRADECIMENTOS

A Deus, a magnífica força que comanda o universo e me trouxe, sob seu cuidado e permissão, até aqui.

Aos meus pais que, por seus esforços realizaram o que tem de melhor em mim, que como bons pais, me entregaram sempre mais do que o que receberam e projetaram em mim os sonhos mais sinceros e os desejos mais puros de plenitude.

Aos meus irmãos que me ensinaram toda a base do que eu sei sobre resolução de conflitos, meus companheiros de vida que me ensinam dia a dia a amar genuinamente um tanto mais e mais e entender que sempre poderá ser mais.

Aos encontros que a vida me permitiu que incluíram na minha trajetória pessoas que aprendi a amar por quem são e escolhem ser. Os amigos que compõem quem sou há muito tempo e aqueles que são presentes já das descobertas mais recentes.

Aos vínculos que o Direito me permitiu, aos exemplos e aprendizados que me proporcionaram tanto crescimento.

Aos meus queridos professores, desde àqueles que quando pequena, estimularam que eu acreditasse no meu potencial e não abandonasse o senso de justiça que me metia em encrencas. Até os que, já na graduação, traduziram séculos de teorias, centenas de pensadores, tudo isso sem me limitar a verdades completas.

Desempenharam seu sacerdócio inspirador aguçando a construção de um pensar capaz de captar o que está posto, analisar as bases do que nos é contemporâneo, mas também, de refletir, dobrando as mangas, sobre o que ainda há de mudar.

Ao aconchego do amor tranquilo que me fortalece e colore os meus dias, aos sonhos que se tornam mais palpáveis hoje e às lutas de amanhã.

Com gratidão e a promessa de que é só o começo.

“Fiquei imaginando se era assim que brotava o perdão, não com as fanfarras da epifania, mas com a dor juntando as suas coisas, fazendo as suas trouxas e indo embora, sorrateira, no meio da noite”.

Khaled Hosseini em *O Caçador de Pipas*

RESUMO

Tendo em vista que a desburocratização do processo alterou o paradigma do acesso à justiça com vistas à efetividade. Pesquisa-se sobre o Desenho de Sistemas de Disputas como evolução dos meios adequados de solução de conflitos a fim de analisar se de fato este método constitui uma nova *ratio jurídica* do acesso à justiça. Para tanto, é necessário o estudo da historicidade do acesso à justiça e a identificação dos meios adequados de solução de conflitos. Realiza-se, então, uma pesquisa dedutiva. Diante disso, verifica-se que sob a perspectiva da autocomposição que, o referido mecanismo é capaz de solucionar demandas de grande complexidade de forma mais satisfatória que os demais canais, o que impõe a constatação de que o Desenho de Sistemas de Disputas inaugura a evolução dos meios adequados de solução de conflitos ao se estruturar sob a lógica da instrumentalidade que permite a adequação na solução ao conflito.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Autocomposição, Desenho de Sistemas de Disputas, Mediação.

ABSTRACT

Considering that the debureaucratization of the process has altered the paradigm of access to justice with a view to effectiveness. Research is done on the Design of Dispute Systems as an evolution of adequate means of conflict resolution in order to analyze whether this method constitutes a new juridical ratio of access to justice. In order to do so, it is necessary to study the historicity of access to justice and to identify adequate means of conflict resolution. A deductive research is then conducted. In view of this, it can be seen from the perspective of self-composition that the aforementioned mechanism is capable of solving demands of great complexity in a more satisfactory way than the other channels, which imposes the realization that the Design of Dispute Systems inaugurates the evolution of the adequate means of conflict resolution when structuring under the logic of the instrumentality that allows the adequacy in the solution to the conflict.

Keywords: Access to Justice, Self-Composition, Dispute Systems Design, Mediation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	14
1.1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	14
1.1.1. A Importância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	15
1.1.2. A Contribuição da Teoria dos Direitos Fundamentais	17
1.1.3. Conceito de Acesso à Justiça e Reflexos do Texto Constitucional no Código de Processo Civil de 2015.....	21
1.1.4. Desafios à Efetivação da Garantia Constitucional ao Acesso à Justiça	27
1.1.5. A Contribuição do Projeto Florença e a Realização das Três Ondas de Acesso à Justiça no Brasil	27
2. JURISDIÇÃO ISONÔMICA: O TRIBUNAL MULTIORTAS E OS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	38
2.1. A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO CONFLITO PARA COMPREENSÃO E RESOLUÇÃO ADEQUADA DAS DISPUTAS.....	38
2.2. GESTÃO DOS CONFLITOS E TRIBUNAL MULTIORTAS.....	47
2.3. MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	50
2.3.1.Heterocomposição	51
2.3.1.1. Adjudicação Estatal.....	51
2.3.1.2. Arbitragem.....	52
2.3.2. Autocomposição	53
2.3.2.1. Negociação.....	53
2.3.2.2. Conciliação	53
2.3.2.3. Mediação	53
2.3.2.4. Mediação e Direito Sistêmico	53
2.4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO	60
3. DESENHO DE SISTEMAS DE DISPUTAS E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS.....	62

3.1. BASE TEÓRICAS DO DESENHO DE SISTEMA DE DISPUTA	62
3.2. O MÉTODO DO DESENHO DE SISTEMAS DE DISPUTAS	66
3.2.1. Passos essenciais do Método	69
3.3. EXEMPLOS DE ARRANJOS PROCEDIMENTAIS	81
3.4. RESPONSABILIDADE CIVIL E O DEVER DE INDENIZAR	84
3.4.1. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	85
3.5. PROGRAMAS INDENIZATÓRIOS.....	86
3.5.1. Câmara de Indenizações do voo 3054 – TAM	88
3.5.2. Programa de Indenização do voo 447 – Air France	90
3.5.3. Programa de Indenização Mediada – Fundação Renova.....	92
4. CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS.....	98

INTRODUÇÃO

O estudo do Acesso à Justiça é atemporal e constante. Desde o surgimento da estrutura jurídica quando da estruturação do Estado, onde os primeiros direitos foram criados e o direito a reivindicá-los também, até os dias atuais, a busca pela efetividade da tutela justa motivou estudos que basearam avanços significativos rumo à formação do Acesso à Justiça como conhecemos.

A expressão cunhada por Kazuo Watanabe “acesso à ordem jurídica justa” exprime com mais fidedignidade a forma contemporânea deste direito. Esta expressão, retira o caráter de mera garantia de direito de petição para dar ao acesso à justiça contornos mais firmes que incluem o tratamento adequado do conflito.

Cappelletti e Garth promoveram na década de 60 o relatório de pesquisa Acesso à Justiça no qual identificaram empecilhos a efetivação da garantia e traçaram as definições das ondas renovatórias que incluíram a gratuidade judiciária, defensoria pública, representação dos direitos difusos e coletivos e também a desburocratização do processo pela adoção de meios de resolução de conflitos alternativos à adjudicação, tão ou mais eficazes do que esta.

Assim, surgem mecanismos procedimentais como os Meios Adequados de Solução de Conflitos (MASCs) e foram integrados ao sistema de justiça, o que demonstra uma alteração significativa no conceito de jurisdição, adotando-se o conceito de Ada Pellegrini Grinover onde afirma que a jurisdição tem escopos sociais e políticos para além do escopo jurídico de dizer o direito, deve incentivar a pacificação e a participação social.

Com a necessidade de resolução aos mais variados tipos de conflitos, outros mecanismos foram estudados por William Ury, Jeanne Brett e Steven Golberg, da obra *Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*, que se faz presente neste trabalho através das palavras dos doutrinadores Diego Faleck e Paulo Ostia, desta forma será abordado a técnica do método do Desenho de Sistemas de Disputas que constitui um novo pensar acerca do acesso à justiça por meios consensuais e participativos, pode ser conceituado como organização deliberada e intencional de procedimentos ou mecanismos processuais que interagem entre si, e quando aplicáveis, de recursos materiais e humanos, para a construção de sistemas de prevenção, gerenciamento e resolução de disputas.

O estudo trata sobre o Desenho de Sistemas de Disputas, inserido no contexto brasileiro e para tanto, analisa-se dados, majoritariamente da década de 60 até os dias atuais, considerando os dados da criação do método nos Estados Unidos da América.

Nesta monografia, dentro dos seus limites metodológicos, por meio do estudo do método do Desenho Sistema Disputas, será evidenciado se o referido método é capaz de constituir um novo horizonte a uma tutela justa por meio da resolução consensual dos conflitos. Principalmente no que tange aos programas indenizatórios, arranjos procedimentais adequados aos conflitos decorrentes de desastres onde afeta um enorme número de vítimas ou beneficiários.

O método sobre o qual se debruçou, esta monografia, ainda é pouco explorado no Brasil, assim, a importância da presente pesquisa se dá pela divulgação do método para que novos estudos possam surgir em nosso país. Com bases teóricas mais bem estruturadas em nosso país poderá se ter maior aplicação do método e das suas técnicas para a resolução dos conflitos pela via da pacificação.

O objetivo geral desta monografia é analisar o Desenho de Sistemas de Disputas como uma nova *ratio jurídica* para o acesso à justiça, por meio da reunião de dados que permitam identificar se este mecanismo é de fato um método capaz de otimizar resultados e reduzir custos na resolução consensual de conflitos de interesses, especificamente nos conflitos decorrentes de desastres, para tanto em específicos se constituem em verificar se a categoria acesso à justiça, dadas as alterações da sua concepção em uma perspectiva histórica dentro do conceito das ondas renovatórias de Cappelletti e Garth, constitui um novo paradigma.

Busca-se ainda, identificar quais os mecanismos e canais de resolução de conflitos que tem se mostrado eficazes no caminho da pacificação social e demonstrar suas formas e os benefícios da sua aplicação.

A metodologia de pesquisa empregada se deu com base no método dedutivo¹, realizado por meio das técnicas de documentação indireta por meio da pesquisa documental – instrumentos legais e normativos – e, documentação bibliográfica² junto

¹ “[...] a base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205

² “[...] técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletânea legais”. PASOLD, Op., cit., p. 207.

aos livros, dissertações, monografias e artigos que foram selecionados por meio da Pesquisa, a Categoria³ e o Conceito Operacional⁴.

O capítulo inaugural aborda a evolução histórica do acesso à justiça considerando a atribuição do caráter de garantia fundamental a este direito e os desafios dispostos no caminho da sua efetivação. No segundo capítulo, esta pesquisa compreende o valor da análise da teoria do conflito e dos meios adequados de solução que surgiram quando da mudança do paradigma do acesso à justiça no Brasil.

O terceiro capítulo se debruça sobre o método do Desenho de Sistemas de Disputas, analisando suas bases teóricas que se deram na Harvard Law School, os passos para efetivação do método e o estudo dos casos mais importantes do uso do DSD no Brasil constituídos na Câmara de Indenização 3054 (CI3054 TAM), Programa de Indenização 447 (PI447 Air France) e Programa de Indenização Mediada (PIM Fundação Renova) considerando os registros acerca da sua execução e de seus desdobramentos práticos.

³ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. PASOLD, Op.cit., p. 25.

⁴ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos[...]. PASOLD, Op. cit., p. 37.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

É cediço que o Judiciário brasileiro passa por um panorama crítico onde a morosidade tornou-se tema a ser estudado e a compreensão do enfrentamento deste pode ocorrer de forma mais clara se retornarmos ao limiar normativo e principiológico do ordenamento brasileiro.

Condição que deu causa a discussão constante acerca da efetividade da garantia constitucional ao acesso à justiça contido no artigo 5º, inciso XXXV, que conceitua a garantia ao acesso à justiça, como a inafastabilidade da tutela jurisdicional ao sustentar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Expressão de direito fundamental que deve receber tratamento especial quando da sua efetivação pelo estado haja vista tratar-se de garantidor das liberdades asseguradas ao ser humano quando da conquista dos direitos fundamentais.

Diante das diversas alterações promovidas no ordenamento brasileiro, inclusive da edição de um novo Código de Processo Civil, com vistas à efetividade da entrega da prestação jurisdicional influenciadas pelo “Projeto Florença de Acesso à Justiça” busca-se por meio deste artigo detectar a falha estrutural que pode ter dado causa ao panorama emergente vivenciado pelo judiciário.

1.1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Emana do texto constitucional o conceito oficial e formal de acesso à justiça. Direito este que pode ser interpretado como inafastabilidade da tutela jurisdicional visto fundar-se na garantia de acesso irrestrito à estrutura estatal responsável pela entrega da resposta jurisdicional. Nesse sentido, afirma Grinover⁵.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (ex parte principis) e o amplo acesso de todos à referida justiça (ex parte populi).

⁵ Afirma, GRINOVER. Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10 – jul./dez. 200, p. 13

Figura como parte da base do Estado Democrático de Direito estabelecido no Brasil com a Constituição Cidadã de 1988 e como texto constitucional mantém-se vivo e mutável, adaptando-se as agruras do tempo e absorvendo o produto das evoluções humanas.

1.1.1. A Importância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988⁶, afetuosamente apelidada de “Carta Magna” - que aqui chamar-se-á apenas de CRFB/88 - é razoável estabelecer nesta, o prelúdio de uma nova era de direitos na história do Brasil.

Observa-se, como marco inaugural do Estado Democrático de Direito neste país. Uma vez que sua promulgação sucedeu períodos conflituosos de ausência material de direitos, que não estavam sequer assegurados formalmente na constituição outorgada pelo regime ditatorial vigente à época.

Logo, aquela era alheia à legitimação popular enquanto esta emergiu da vontade do povo, legitimada por meio do poder constituinte originário, conferido à Assembleia Nacional formada especialmente para este ato, sob a expectativa do povo, como assevera Paulo Bonavides:

Com a Constituição de 1988, resolveu-se no quadro das instituições do País a crise da Constituição de 1967, cujas bases, corroídas em sua legitimidade, impetravam uma reforma de profundidade, na mudança de largo alcance, uma aliança de extrema solidez, um compromisso movido do bom-senso e da razão; algo efetivamente se intentou fazer por via da constituinte derivada, autora da nova Carta. (apud CANOTILHO, 2013, p. 55).

Este caráter de estrutura de uma nova ordem traduz-se em sua classificação como constituição dirigente ou programática, quanto à sua finalidade, logo, é fonte precípua de planos e metas do Estado que se busca promover com sua promulgação, como ensina J.J. Canotilho⁷.

⁶ BRASIL. Constituição República Federativa do Brasil de 1988. Brasília 5 de outubro de 1988. Brasil disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 mai. 2019.

⁷ Segundo CANOTILHO, J. Gomes. Comentários à Constituição do Brasil, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 10/2013, p. 48.

A constituição normativa que propõe linhas ou direções para a política de concretização e implementação do programa constitucional em domínios sensíveis como os dos direitos sociais, da transformação agrária e dos instrumentos de garantia de direitos.

Outra classificação destinada à constituinte de 1988, que denota o mencionado desejo de renovação contido nesta e igualmente interessante para a construção deste diálogo, é quanto à sua extensão, pois é classificada como analítica, o que se depreende em sua amplitude de matérias abrangidas ao rol de garantias constitucionais. Sendo muitas, matérias que tradicionalmente não seriam tratadas em uma constituição, conforme ensinamento do mesmo doutrinador⁸.

A Constituição de 1988, promulgada sob a égide das ideias de redemocratização do país, introduziu profundas alterações nas garantias dos direitos individuais, conferindo a muitas dessas garantias status constitucional e, por isso, acabou por receber uma conformação de Constituição analítica.

Dentre todas as matérias apreciadas pela CRFB/88 para garantir o estado que se desejava promover à época, merecem especial atenção aquelas que premiam garantias fundamentais - o que não se restringe aos artigos do Título II, porquanto, pode-se localizar, por todo o corpo da constituição, garantias de direitos fundamentais, que inclusive, se acham revestidos do caráter de cláusulas pétreas, como é o caso do artigo 150, inciso I que dispõe acerca do princípio da legalidade na esfera tributária, como afirma Dimitri Dimoulis:

A Constituição Federal de 1988 não se caracteriza pela sistematicidade com relação à garantia dos direitos fundamentais. Referências a tais direitos encontram-se em diversas partes do texto constitucional. A sede material é o Título II, que trata “Dos direitos e garantias fundamentais”, regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e político, assim como as respectivas garantias”. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 25).

A proteção conferida a estes tópicos se dá exclusivamente por se tratar de garantias fundamentais, com isto buscou afastar a possibilidade de alteração ou supressão destas por meio do poder constituinte derivado, quer seja por força de Emenda Constitucional, quer seja por interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Além de conferir proteção constitucional quando da ofensa à tais direitos como afirma o referido autor ao sustentar que:

⁸ CANOTILHO, Op., cit, p.

O art. 7º eleva o direito do trabalho ao nível constitucional, o que traz relevantes consequências dogmáticas, como a incidência do dever estatal de tutela, sendo que a omissão ou não cumprimento desse dever pelo Estado dá azo a ações constitucionais. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 25).

Construído o diálogo entre a CRFB/88 e os direitos fundamentais, salutar a breve exposição acerca de tema tão relevante ao Direito e sempre atual à luta contra as mazelas sociais que afastam o Estado que se tem do Estado que se quer.

1.1.2. A Contribuição da Teoria dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais intrínsecos na CRF/88, o foram, pois, se trata de direitos reconhecidamente inerentes ao homem, direitos naturais que a vida em sociedade não tem o condão de tolher. Sua afirmação é fruto de construção paulatina, tratado após tratado, constituição após constituição, revolução após revolução e resultam no conceito exposto por Konrad Hesse⁹:

Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre, e vice-versa; essa liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos, sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsavelmente na vida da sociedade publicamente constituída como comunidade.

Estes direitos, hoje teoricamente sedimentados, foram divididos em três dimensões ou gerações por Karel Vasak¹⁰, sua teoria tinha como basilar a classificação dos direitos fundamentais em três gerações, que não se sobrepunham umas às outras e guardavam certa correlação com os ideais da Revolução Francesa, “*Liberté, Égalité, Fraternité*” respectivamente, a Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

⁹ Nesse sentido, HESSE, Konrad. Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33

¹⁰ Segundo Álisson José Maia Melo, Karel Vasak foi um jurista nascido na então Tchecoslováquia, mas que, em razão da invasão soviética da sua terra natal, radicou-se na França, onde cursou Direito. MELO, Álisson José Maia. Revisitando as gerações dos direitos fundamentais: Uma abordagem epistemológica do direito constitucional. In: LINHARES, Emanuel Andrade et al. Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides, 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 190.

Esta teoria foi trabalhada e ampliada por Paulo Bonavides, ilustre doutrinador brasileiro, que como leciona Álisson José Maia Melo¹¹, trabalhou de forma mais abrangente a teoria criada por Vasak, o que resultou na fixação de outras duas classificações, totalizando cinco dimensões ou gerações de direitos fundamentais, quais sejam:

a) Direitos Fundamentais de Primeira Geração (direitos individuais, civis e políticos): datam dos séculos XVIII e XIX e inauguraram o constitucionalismo ocidental por meio da consagração dos direitos basilarmente ligados à liberdade, logo, preceituam limites, ou ainda, um dever de ação negativa do Estado como ensina Álisson José Maia Melo¹²:

A primeira geração, com forte influência política liberal clássica, consagra os direitos da liberdade, que contêm os direitos civis e políticos, cujo titular é o indivíduo e são compreendidos como direitos de resistência ou oponíveis ao Estado (*status negativus*). Tem por conteúdo material “faculdades ou atributos da pessoa” e encarta a subjetividade, que imprime uma diferenciação conteudística de um mesmo direito fundamental para pessoas distintas.

Estão abrangidos nesta classificação, por exemplo, os direitos à vida, liberdade religiosa e propriedade, além é claro do direito ao acesso à justiça como defensor da dignidade humana e da legalidade;

b) Direitos Fundamentais de Segunda Geração (direitos sociais): surgiram na virada do século XIX para o século XX, para consolidar os direitos ligados à igualdade, consagram-se neste período os direitos inerentes ao “bem-estar” do homem, exigindo do Estado uma postura positiva, responsável por garantir determinadas condições existenciais ao povo, do mesmo autor¹³:

A segunda geração, por sua vez, tem seu enfoque predominante ao longo do século XX, no bojo das Constituições dos Estados sociais — “proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo)” —, como resposta dos movimentos trabalhistas à política liberal que marcou o século precedente. Concentrada no “princípio da igualdade”, consagra os direitos sociais, culturais e econômicos, tem como titular as coletividades e grupos sociais, e demanda do Estado prestações positivas (*status positivus*).

¹¹ MELO, op. cit., p. 191.

¹² MELO, op. cit., p. 192.

¹³ MELO, op. cit., p. 192.

Estão abrangidos nesta classificação as liberdades coletivas – sociais, culturais e económicas – bem como, a garantia de igualdade no pleito dos direitos de grupos marginalizados por meio da paridade de armas.

Entre a segunda e a terceira geração de direitos fundamentais Bonavides chama para a percepção de um processo de evolução histórica no enfoque destes direitos, como afirma Álisson José Maia Melo¹⁴:

Passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa”, acarretando sua remissão “à chamada esfera programática”, mas que a despeito de “uma crise de observância e execução”, a aplicabilidade imediata desses direitos teria sido conferida pela Constituição de 1988. De se observar que nesta oportunidade ele começa a apontar a positivação específica no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto ao tratar da primeira geração manteve-se no âmbito do Direito Constitucional Geral.

Esta mudança de olhar, pela sociedade e pelo Estado, permitiu que os direitos fundamentais abandonassem, a fase onde não recebiam grande atenção normativa e executiva para adentrar a fase marcada pela positivação dos direitos fundamentais somada ao planejamento com vistas à conquista da efetividade destes direitos por todos, por meio das Constituições.

c) Direitos Fundamentais de Terceira Geração (direitos difusos): estes direitos surgiram no final do século XX, se coadunam com a evolução mencionada alhures por se diferenciarem daqueles pertencentes as gerações tratadas anteriormente. A este respeito, salutar o destaque do autor¹⁵ para a possibilidade de embate entre os direitos fundamentais dessa geração:

Trata-se de direitos de conteúdos diversificados e possivelmente sujeitos a embates apriorísticos, a depender do referencial político utilizado (por exemplo, na tensão entre o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente natural sadio).

Surgiram para consagrar o direito à fraternidade, visto que são direitos de titularidade compartilhada por todos os indivíduos, elencam esta dimensão os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

¹⁴ MELO, op. cit., p. 192.

¹⁵ MELO, op. cit., p. 193.

d) Direitos Fundamentais da Quarta Geração (direito à democracia): de criação do professor Paulo Bonavides, a quarta geração de direitos fundamentais foi sustentada pela primeira vez em 1994 e em seguida oficialmente incluída às suas publicações. Seu nascimento deu origem à uma revisão na teoria que baseava as gerações que a antecederam por tratar-se esta, de meio de efetivação daquelas, como destaca Melo¹⁶:

Enfim, democracia direta é o povo investido na amplitude real de seu poder de soberania, alcançando, pela expressão desimpedida de sua vontade regulativa o controle final de todo o processo político. Só o povo constituído, por conseguinte em árbitro supremo, confere legitimidade a todos os pactos e acomodações dos grandes interesses sociais conflitantes da sociedade complexa e pluralista. O povo-ficção dos ordenamentos representativos cede o lugar ao povo realidade e concreção da democracia direta.

Nesta classificação, estão inclusos os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, direitos definidos pelo professor Paulo Bonavides como correspondentes à derradeira fase de institucionalização do estado social.

e) Direito Fundamental da Quinta Geração (direito à paz): o jurista Paulo Bonavides citado por Álisson José Maia Melo¹⁷, traduz o direito à paz como direito natural dos povos, que em seu caráter global, abarca em sua feição a solidariedade, plano harmonizador de todas as culturas e de todos os sistemas, crenças, em sentido mais profundo que, garante ao homem a mais inderrogável cláusula de sobrevivência na era dos artefatos nucleares e na explosão tecnológica.

Ainda que detentora da mesma forma e expressão normativa dedicada aos outros direitos fundamentais que se tornaram princípios norteadores do Direito, ao consagrar a paz como direito supremo da humanidade, reconhecido em diversos textos constitucionais ao redor do mundo, Bonavides também agregou todos os direitos fundamentais em torno da paz, Álisson José Maia Melo¹⁸ compilam estes seus ensinamentos acerca do tema:

¹⁶ MELO, op. cit., p. 195.

¹⁷ MELO, op. cit., p. 198.

¹⁸ MELO, op. cit., p. 198.

Após asseverar que a paz é “pressuposto da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos”, fundado num “elemento de concórdia” das civilizações, conclui que o “direito à paz é o direito natural dos povos”, “implícito como um dogma na paz perpétua de Kant”. Daí, arremata com a conclusão de que, “desde já, é possível proclamar também, em regiões teóricas, o direito à paz por direito da quinta geração, tirando-o da obscuridade”. Alavancada a “supremo direito da Humanidade”, a paz deve-se fazer “axioma da democracia, designadamente a democracia participativa.

Ao alcançar-se este ponto do raciocínio teórico acerca dos direitos fundamentais, dada à sua relevância e proteção superior no ordenamento brasileiro, torna-se imperativo associar-se ao pensamento de Bonavides ao afirmar a paz como um direito natural dos povos.

Consagrando-a como núcleo da quinta geração de direitos fundamentais, pode-se passar às considerações acerca do fenômeno como objeto que legitima esta pesquisa, uma vez que é a única força capaz, gravada na consciência dos povos, que busca garantir uma sociedade pacífica¹⁹, o que pode se obter por meio do direito ao acesso à justiça.

1.1.3. Conceito de Acesso à Justiça e Reflexos do Texto Constitucional no Código de Processo Civil de 2015

¹⁹ Uma sociedade pacífica é importante uma reflexão através das palavras do Ministro Aurélio Gastaldi Buzzi. Todavia, no presente momento histórico, esse avocar de atribuições já delegadas ao Estado não ocorre divorciado de um extenso aprendizado, em razão do qual as sociedades civis agora estão fixando balizas, limites ante os quais se admite o emprego destes métodos alternativos à jurisdição. Nessa verdadeira retomada na busca pela utilização de sistemas informais de pacificação de conflitos, utilizados no âmbito para judicial, extrajudicial e até mesmo judicial, provoca o confronto com a preocupação em se estabelecer, igualmente de modo informal, mecanismos que sirvam de controle à garantia da higidez dessas modalidades de prestação de serviços, a definição e a orientação dos princípios éticos que devem presidir essas relações, a conduta dos operadores desses sistemas, a uniformização dos procedimentos utilizados e das soluções dadas aos casos que recebem para dirimir. BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **A Mudança da Cultura pelo Composição do Litígio**. In Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa de 25 anos. Brasília/DF: Ed. dos Plenário. 2014, p. 485. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1123/1057>> Acesso em: 05 jun. 2019.

A Carta Magna²⁰ explicita no Título I, seus princípios fundamentais, e para melhor entendimento do tema proposto, cabem alguns destaques quanto ao conteúdo deste título do diploma. No artigo 1º, inciso III, afirma como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana; no artigo 3º, consagra como objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia ao desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Ainda, no que tange ao referente aqui estabelecido, firma no artigo 4º²¹, os princípios que regem as relações internacionais, dos quais se extrai os incisos II, VI, VII e IX que respectivamente asseguram, a prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Princípios estes, que se verifica refletidos no ordenamento processual interno por meio do Capítulo I do Livro I da Lei 13.105 de 16 de março de 2015²² - conhecida como Código de Processo Civil de 2015 - que aqui chamar-se-á apenas de CPC/2015, que dispõe acerca das normas fundamentais do processo civil como se explicitará a seguir. Todavia, antes de adentrar no aspecto explicativo do Novo Código de Processo Civil, importante a leitura do prefácio 2ª edição contida no livro “Mediação nos Conflitos Cíveis” de Fernanda Tartuce, desenhadas na citação pela autora das palavras de Rodolfo Mancuso²³:

²⁰ BRASIL. Constituição República Federativa do Brasil de 1988. Brasília 5 de outubro de 1988. Brasil disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 mai. 2019

²¹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; op. cit. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 05 jun. 2019

²² BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 05 jun. 2019

²³ Desenhadas nas palavras de MANCUSO, Rodolfo Apud TARTUCE. Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4ª ed., São Paulo: Método, 2018, p. XII.

De resto, o próprio sentido tradicional do acesso à justiça, sediado no artigo 5º, XXXV, da Constituição federal (novo CPC, art. 3º, caput), vai hoje sendo revisitado e trazido à luz da realidade contemporânea, reconhecendo-se que a leitura ufanista e irrealista daquela garantia acabou por convertê-la numa sorte de convite à litigância, em detrimento das soluções negociadas, que deveriam antes de ser experimentadas. A leitura clássica daquela garantia não guarda mais aderência com o contemporâneo mundo globalizado, no qual se comprimem as sociedades massificadas, carentes de respostas rápidas para suas novas necessidades, deflagrando a chamada explosão de litigiosidade. E o estado-juiz, tentando “acompanhar” essa demanda exacerbada, arrisca-se a fornecer resposta judiciária que deixa a desejar: massifica, funcionarizada, lenta, onerosa, imprevisível.

Ainda, nesse sentido, muito bem observado por Tartuce²⁴, o Poder Judiciário deve apreciar as questões impossíveis de por qualquer outro método, devido sua natureza exigir o judiciário como único canal em ações como a autora chama de “ações necessárias”.

Referido capítulo, pode ser considerado a base da inovação promovida pelo CPC/2015, uma vez que a Lei 5. 869 de 11 de janeiro de 1973, conhecida como Código de Processo Civil de 1973, tacitamente revogado iniciava já nos ditames do processo de conhecimento, sem explicitar sobre quais bases este havia sido construído e sob qual olhar deveria ser compreendido.

No aludido código, são princípios relevantes ao tema em comento, além do já mencionado artigo 3º²⁵, que reafirma o direito ao acesso à justiça, o princípio da primazia da resolução do mérito, contido no artigo 4º do CPC/2015²⁶, tendo como desdobramentos as medidas previstas nos artigos 317, 338, 932, § único, 938, §1º²⁷

²⁴ Conforme TARTUCE. Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4ª ed., São Paulo: Método, 2018, p. XII

²⁵ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Op. Cit.

²⁶ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Op. Cit.

²⁷ Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. Art. 932 (...) Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. Op. Cit.

e outros; os princípios da boa-fé objetiva presente no artigo 5^{o28}; da cooperação, disposto no artigo 6^{o29}, da imprescindibilidade de fundamentação das decisões contido no artigo 11³⁰ do CPC/2015, que replica no artigo 93, inciso IX³¹ da Constituição, melhor explicado pelo CPC/2015 por meio do artigo 489, §1^{o32}.

Estes princípios, que pelo prisma filosófico já se encontravam implícitos em nosso ordenamento em obediência à Constituição Federal e o estado democrático de direito promovido por ela, passaram a constar expressamente no Código de Processo Civil como forma de realizar no processo os direitos fundamentais que não podem de maneira alguma existir em plano diferente do plano existencial.

O capítulo I do CPC/2015 busca a efetividade dos direitos fundamentais, como afirmam Duarte e Oliveira³³:

O juiz que julga à luz de princípios terá que expender argumentação naturalmente mais consistente, para tanto devendo investigar de forma mais profunda e ampla o sistema normativo, o que alcança a ordem jurídico processual. É como bem coloca Ronald Dworkin, com peculiar percuciência: “conduzir uma argumentação utilizando princípios necessariamente resulta na tentativa de estabelecer algum direito fundamental envolvido na questão”.

²⁸ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Op. Cit.

²⁹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Op. cit.

³⁰ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Op. Cit.

³¹ Art. 93 (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; BRASIL. Constituição República Federativa do Brasil de 1988. Brasília 5 de outubro de 1988. Brasil disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 mai. 2019.

³² Art. 489 (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 05 jun. 2019.

³³ DUARTE, Bento Herculano, OLIVEIRA Jr, Zulmar Duarte de. Princípios do processo civil: Noções fundamentais (com remissão ao novo CPC): jurisprudência do STF e do STJ. São Paulo: Método, 2012, p. 26.

Além de trazer em seu corpo, positivamente o direito ao acesso à justiça, direito este que se encontra expresso precipuamente no artigo 5º - a principal morada dos direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna - inciso XXXV, que conceitua a garantia ao acesso à justiça, como a inafastabilidade da tutela jurisdicional ao sustentar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Este inciso do texto constitucional replica o direito de petição, positivado já em 1689 no Bill of Rights que consistia no direito de levar ao monarca as injustiças sofridas pelos súditos para que estas fossem sobrestadas pelo Rei que tinha o dever de contraprestação com o reino, como elucida Comparatto³⁴:

Tradicionalmente, o rei tem o dever de corrigir injustiças (to redress wrongdoing) cometidas por qualquer autoridade do reino. A petition é a reclamação que um súdito faz ao rei, pedindo que este faça cessar uma injustiça de que o súdito é vítima. A instituição passou a fazer parte do sistema de garantias fundamentais do direito contemporâneo.

No corpo do texto do CPC/73 não havia menção expressa deste direito, apenas a obediência da norma constitucional por todo o ordenamento, como bem orienta o controle de constitucionalidade por meio do qual esta lei foi recepcionada pela CRFB/88, visto que já se encontrava em vigência há 15 anos quando da promulgação da constituinte.

Com o advento do CPC/2015 vê-se este direito reafirmado por meio do caput artigo 3º deste diploma, tal ratificação convida à reanálise do conceito de acesso à justiça trabalhado até o momento no Brasil e relembra o que sustentava Konrad Hesse³⁵ acerca da efetividade da lei e da vedação desta tornar-se letra morta:

Por isso, da perspectiva de Constituição no tempo, a Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a constituição com um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 109.

³⁵ HESSE, Konrad. Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

Deste doutrinador³⁶, pode-se ainda extrair outro ponto fundamental para o diálogo-exposição que se busca promover com esta pesquisa, quando reforça a importância da carta que emana do povo, para o povo, ser vivida por este em sua plenitude, afasta-se assim a ideia de normativas utópicas, que sustentam comportamento inerte do estado frente aos contrastes entre a norma e a realidade:

Estas normas restam letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana mediante sua aplicação e observância diárias. Só enquanto o Direito Constitucional é “realizado” por e nesta conduta, alcança a realidade de uma ordem vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade.

O abrir de portas definitivo para o vislumbre do processo, não mais como responsável pela entrega de um desfecho formal para o litígio, mas como forma de resolução efetiva de conflitos encontra-se no artigo 3º do CPC/2015³⁷, onde se lê:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Diante do exposto, torna-se evidente que o novel Código de Processo Civil buscou aproximar a realidade social do texto constitucional ao institucionalizar a aplicação dos princípios constitucionais no âmbito do processo civil.

Contudo, a promulgação deste diploma não se trata de passo único entre o acesso à justiça contido na constituição e o devido processo legal contido na lei infraconstitucional que rege os procedimentos, como se elucidará a seguir, passamos por mudanças significativas ao longo destes trinta anos de CRFB/88, que

³⁶ HESSE, Op. Cit., 166;

³⁷ BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 05 jun. 2019

paulatinamente construíram este caminho de efetividade que segue em constante construção dia a dia.

1.1.4. Desafios à Efetivação da Garantia Constitucional ao Acesso à Justiça

Dadas as exposições acerca da origem e relevância da garantia constitucional de acesso à justiça, salutar a menção à obra coordenada pelo jurista italiano Mauro Cappelletti com a brava colaboração de Bryant Garth que, traduzida pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Ellen Gracie Northfleet em 1988, trouxe ao Brasil uma expansão dos horizontes da justiça.

A obra “Acesso à Justiça” reuniu dados que correlacionam os desafios à efetivação da justiça ao redor do mundo com as desigualdades inerentes ao sistema capitalista, responsável pelas desigualdades que sustentam uma sociedade onde para alguns há excesso de justiça e a outros resta a invisibilidade.

Os estudos do direito processual, resultaram em um relatório comparativo sobre o acesso à justiça envolvendo 27 países e preparado em Florença, na Itália. O professor toscano Cappelletti, calha a cada momento, ou onda – denominado pelo autor, em clara alusão à obra de Alvin Toffler, “A terceira onda”.

Os reflexos das três ondas de Cappelletti e Garth no sistema de justiça brasileiro são muitos e, como se demonstrará mais adiante, vive-se nestes dias o auge da terceira onda que comporta uma justiça mais efetiva e isonômica.

1.1.5. A Contribuição do Projeto Florença e a Realização das Três Ondas de Acesso à Justiça no Brasil

Como seio de normas programáticas que é, a Constituição Federal para ser realizada precisa de normas infraconstitucionais que abarquem o passo a passo para o que pretende realizar e assegurem sua efetividade. Desta necessidade, nascem os códigos. Como já mencionado, o CPC/73 já se encontrava em vigência quando da promulgação da CRFB/88, desta forma foi recepcionado, logo, sua aplicação adequou-se aos princípios desta, restando vetadas quaisquer disposições contrárias.

O acesso à justiça deve ser considerado como o garantidor da ordem, guardião da dignidade humana assegurada nas constituições e tratados

internacionais. Nesse sentido, é assegurar que a justiça possa ser realizada no contexto em que se inserem todas as pessoas e não é possibilitar ir ao poder judiciário.

Logo, tal direito não pode ser mitigado, sua efetividade deve ser garantida e promovida pelo estado, o que coaduna com o sustentado por Konrad Hesse³⁸ “Partindo dessa teoria, os direitos fundamentais se consideraram, em princípio, como expressão do direito à liberdade frente a qualquer coerção que não se ajustasse ao princípio da legalidade”.

Para alcance do ideal de acesso à justiça contido na Constituição o ordenamento brasileiro, criou formas de realizar este direito. É cediço que as alterações promovidas neste caminho foram fortemente influenciadas pelo trabalho de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, responsáveis pelo “Projeto Florença de acesso à justiça” no qual juristas de 23 países associaram-se para realizar pesquisas sobre o tema que resultaram na obra “Acesso à Justiça” publicada pelos autores supramencionados, que mesmo passados 30 anos, segue atual.

Nesta pesquisa, em um determinado ponto o foco torna-se a detecção dos empecilhos para a efetivação do acesso à justiça naquele momento, que foram traduzidos pelos autores em alguns pontos como passa a explicitar.

Inicialmente, acerca das custas inerentes ao litígio, os autores mencionam as custas processuais e honorários advocatícios como fator limitador do acesso à justiça, estendem esta conclusão aos honorários sucumbenciais. O que fazem com base na recorrência com que se depararam, ao longo de suas pesquisas, com demandas que tinham proveito econômico de valor pecuniário inferior ao custo efetivo de propositura da ação.

Somado o alto custo para estar em juízo à incerteza vivenciada pelos jurisdicionados, asseveram que o prejuízo poderia ser ainda mais significativo no que tange às pequenas causas, como se extrai dos autores acima³⁹:

³⁸ HESSE, Konrad. Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988, p.6.

Na Alemanha, por exemplo, as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a US\$ 100, no sistema judiciário regular, estão estimadas em cerca de US\$ 150, mesmo que seja utilizada apenas a primeira instância, enquanto os custos de uma ação de US\$ 5.000, envolvendo duas instâncias, seriam de aproximadamente US\$ 4.200— ainda muito elevados, mas numa proporção bastante inferior, em relação ao valor da causa. Nem é preciso multiplicar os exemplos nessa área; é evidente que o problema das pequenas causas exige especial atenção).

O enfrentamento dessas questões pelo ordenamento jurídico brasileiro se deu em algumas medidas, inicialmente, com a redação da lei 1.060 de 05 de fevereiro de 1950⁴⁰ que regulamentou em específico a concessão da assistência judiciária aos necessitados em obediência ao contido no artigo 141 §35 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil datada de 18 de setembro de 1946⁴¹ vigente à época.

Este inciso replicava, com alterações, o que nasceu no artigo 113, inciso 32 da Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil datada de 16 de julho de 1934⁴², que reconhecia a assistência judiciária gratuita como direito fundamental e além da garantia de fornecimento da assistência, previa também o aparelhamento do estado na criação de órgãos especiais que assegurassem a efetividade da medida, o que podemos entender como o que chamamos hoje em dia de defensoria pública.

Nos dias atuais, a defensoria pública ainda enfrenta desafios rumo a efetivação da entrega da prestação à que se propõe. Prova disto é a redação da Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014⁴³ que concedeu prazo à união, aos estados e ao Distrito Federal para que criem estrutura compatível - com número

⁴⁰ Brasil. Lei nº 1060 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial da União, Brasília de 13 de fevereiro de 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm Acesso em: 05 jun. 2019

⁴¹ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial da União de 19 de setembro de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 05 jun. 2019

⁴² Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Diário oficial da União, Rio de Janeiro de 16 de julho de 1934 – Suplemento e republicado em 19 de dezembro de 1935. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 05 jun. 2019

⁴³ BRASIL. Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014. Diário Oficial da União. Brasília, de 5 de junho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm Acesso em 05 jun. 2019.

de defensores proporcional à densidade demográfica - em todas as unidades jurisdicionais da Federação, prazo que se esgota em 2022.

Medida esta que encontra razão de ser nas diversas ações que chegaram aos tribunais superiores denunciando o descumprimento da Carta Magna no que tange à defensoria pública, em todo o país, como se deu no caso do estado de Santa Catarina, ultima unidade da federação a instituir a defensoria pública, o que só se deu no ano de 2013, por ordem do Superior Tribunal Federal que julgou inconstitucionais as disposições legislativas estaduais que embasaram o convênio com a OAB que permitiu que a chamada “defensoria dativa” existisse por mais de duas décadas⁴⁴.

Visto isso, retorna-se aos reflexos do Projeto Florença no ordenamento brasileiro para que se possa atentar para a criação dos juizados especiais, o que se deu por intermédio da lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995⁴⁵, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais.

E foram os antigos “juizados de pequenas causas” que abriram as portas da justiça, de fato, para os menos favorecidos ao viabilizar uma justiça menos formal, mais rápida, livre de custas e selos e emolumentos, onde em alguns casos não se fazia necessária sequer a presença de um advogado.

Logo perseguir um direito poderia ser inteiramente gratuito, bastava que este se enquadrasse nos limites estabelecidos pela competência dos juizados, que foi definida com vistas as causas de menor valor e complexidade.

Os juizados foram criados e permanecem regidos por princípios que hoje o vemos resgatados pelo processo civil lato sensu, uma vez que este passou, por exemplo, a privilegiar a conciliação em detrimento do embate e a celeridade em detrimento da morosidade provocada, o que hoje em dia, além de condenação moral sofre também a processual e pecuniária, uma vez que caracteriza a litigância de má-fé que enseja a multa prevista no artigo 81 do Código de Processo Civil.

Acerca da morosidade, Mauro Cappelletti e Bryant Garth também abordaram o tempo de espera como empecilho na busca pela justiça, o que os juizados,

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Processos Relacionados: ADI 3.892 e ADI 4.270 julgadas conjuntamente em 14 de março de 2012. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202643>> Acesso em: 10 mai. 2018.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Juizados especiais Cíveis e Criminais. Diário oficial da União. Brasília 27 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm Acesso em: 05 jun. 2019.

inicialmente também conseguiram resolver com processos mais ágeis e com menos recursos, incidentes e entraves procedimentais.

Com estes dois momentos normativos o ordenamento brasileiro buscou tornar-se mais efetivo no que tange o acesso à justiça, cumprindo assim o que Mauro Cappelletti e Bryant Garth chamaram de primeira onda do acesso à justiça.

Em sequência aos resultados destes autores, tem-se a indicação por eles de outra categoria de empecilhos a serem vencidos no caminho para o acesso à justiça. Nesta, volta-se a atenção para a possibilidade das partes, que vai desde o reconhecimento de que determinadas partes possuem recursos financeiros que viabilizam “vantagens óbvias ao propor ou defender demandas” até a atenção à análise da “aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa”.

Neste ponto da pesquisa, Cappelletti e Garth sustentam que a vantagem econômica permite a disparidade de armas na busca pelo direito, pois suas pesquisas resultaram na detecção de correlação entre as possibilidades financeiras e a facilidade para propor ação, visto que para estes indivíduos não há a necessidade de assistência judiciária pois podem suportar todas as despesas inerentes ao processo.

Ainda, mencionam a importância de conhecer o direito para reivindicá-lo, e asseveram que essa aptidão de que falam não se restringe ao desconhecimento dos direitos básicos pelos menos favorecidos financeira e culturalmente mas abrange o desconhecimento dos direitos num todo e por todos, incluídos os direitos não óbvios que não são pleiteados mesmo por aqueles que utilizam o judiciário para dirimir questões mais simples. Nesse sentido Cappelletti e Garth⁴⁶ “Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera”.

Ainda, Cappelletti e Garth⁴⁷ demonstram os resultados encontrados pelo professor Galanter ao tratar dos litigantes eventuais e dos litigantes habituais:

⁴⁶ CAPPELLETTI; GARTH, Op., cit., p. 9.

⁴⁷ CAPPELLETTI; GARTH, Op., cit., p. 25.

As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos.

Com o que se conclui que as grandes corporações têm maior chances de buscar e alcançar seus direitos por intermédio do processo, vez que são demandantes habituais, podendo firmar contratos de honorários baseados no volume de demandas e não mais no ganho de capital que pode ser obtido com o processo ou na complexidade da ação como se daria com o litigante eventual, entre outros benefícios mencionados acima.

Para os empecilhos mencionados nesse segundo momento pode-se observar como reflexo, em forma de soluções, no ordenamento brasileiro a ampla atuação do Ministério Público⁴⁸ como defensor dos direitos coletivos e difusos, igualmente a força conferida aos sindicatos de classes⁴⁹.

Igualmente, integra este rol o momento em que o estado conferiu à defensoria pública igual poder-dever de salvaguarda dos direitos coletivos e difusos⁵⁰, ainda, a proteção dos direitos do consumidor, prevista na norma constitucional⁵¹ e por meio do Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990-, todos estes consagrados pela Constituição Federal.

Salutar o destaque para a obrigação imposta aos atores jurídicos supramencionados de fornecer informações à sociedade acerca de seus direitos, o que na prática vê-se ocorrer por meio de campanhas de conscientização, palestras,

⁴⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988, Op., cit., Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

⁴⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988, Op., cit., Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

⁵⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988, Op., cit., Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

⁵¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988, Op., cit., Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor

aconselhamento jurídico por meio de consultas uma vez que todos têm o dever de receber a sociedade, dentro de suas atribuições, de portas abertas pois todos são a expressão da norma constitucional e garantidores da dignidade humana.

Chega-se então, à terceira onda prevista por Cappelletti e Garth, onda pela qual pode-se dizer que o ordenamento brasileiro ainda passa e talvez esteja no ponto alto desta, previa a abertura do conceito de acesso à justiça para além dos tribunais judiciais, ao consagrar outras formas de resolução de conflitos como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Trabalhou-se, neste momento, a criação de formas alternativas de resolução de conflitos, o que no Brasil vê-se, principalmente, com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais como já mencionado, mas também, por meio das alterações do CPC/73.

Estas mudanças refletem o panorama atual como fruto de construção social, mesmo que de forma morosa, há sim em nosso ordenamento passos rumo à uma prestação jurisdicional mais efetiva.

O que estabelece plena conexão com o discurso de diversos juristas como Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe que sustentam que não se pode mais falar de acesso à justiça, como mero formalismo, incluso num processo burocrático que privilegia os procedimentos às pessoas, mas sim a entrega do acesso à uma ordem jurídica justa.

A primeira alteração frui da lei nº 8.952⁵², de 13 de dezembro de 1994 que incluiu à redação, em seu artigo 125, inciso IV a competência ao juiz de tentar a qualquer tempo conciliar as partes, entre outras disposições que trouxeram melhorias como a criação do instituto da tutela antecipada, por exemplo, que mais tarde foram melhor trabalhadas na segunda reforma promovida no CPC/73 que adveio da lei nº 10.444⁵³, de 07 de maio de 2002.

Com o advento da lei nº 11.232⁵⁴, de 22 de dezembro de 2005, que entre outras disposições, revogou os dispositivos relativos à execução fundada em título

⁵² BRASIL. Lei nº. 8.952 de 13 de dezembro de 1994. Altera do Código de Processo Civil sobre o processo conhecimento e processo cautelar. Brasília Diário Oficial da União de 14 de dezembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm Acesso em: 10 junh. 2019

⁵³ BRASIL. Lei nº 10. 444 de 7 de maio de 2001. Altera Código de Processo Civil. Brasília Diário Oficial da União de 8 de maio de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm Acesso em: 10 de mai. 2019.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial. Brasília. Diário Oficial da União de 23 de dezembro de 2005.

judicial para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, logo, para tornar efetiva a sentença deixou de existir a necessidade de iniciar um novo processo – de execução de sentença – que passou a ser provocado por meio de simples petição que dá início ao cumprimento de sentença, nova fase processual do processo de conhecimento.

Corroboram estas alterações com a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004 que, além das importantíssimas disposições acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, incluiu ao texto constitucional o inciso LXXVIII do artigo 5º que prevê a razoável duração do processo⁵⁵, direcionando ainda mais o enfoque para o acesso à justiça efetivo em tempo hábil como asseveravam Cappelletti e Garth.

A EC nº 45/2004 também foi responsável pela criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão composto por magistrados, responsável pela unificação das decisões acerca da administração judiciária e igualmente, pelas iniciativas de maior efetividade neste sentido.

Dentre elas, encontram-se o Relatório Justiça em Números⁵⁶ responsável pela divulgação anual das estatísticas do Poder Judiciário. Ainda, o custeio de pesquisas nacionais com experts que fornecem ao CNJ meios mais efetivos de alcance dos objetivos a que se propõe, como é o caso do relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário” coordenado pela Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade⁵⁷, por exemplo.

Mas as mudanças ocorridas no panorama brasileiro não se limitaram a reformar o Código de Buzaid e emendar a Constituição Federal.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm Acesso em: 10 de jun. 2019.

⁵⁵ Artigo 5º “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. BRASIL. Emenda Constitucional nº. 45 de 30 de dezembro de 2004. Brasília. Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm Acesso em: 10 de jun. 2019

⁵⁶ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros> Acesso em: 11 mai. 2019

⁵⁷ Importante relatório como meio de alcance dos objetivos. ANDRADE, Vera Regina Pereira. Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário. Instituição Executora da Pesquisa: Fundação José Arthur Boiteux da Universidade Federal de Santa Catarina–Florianópolis. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/552d371330ac678e682e18267e4dd440.pdf> Acesso em 11 maio 2019

Em 23 de setembro de 1996 foi publicada a primeira lei dedicada a formalizar o uso de um Método Alternativo de Resolução de Conflitos que permitisse às partes submeter suas nº 9.307⁵⁸ que disciplina a arbitragem no Brasil. É conhecida como “Lei Marco Maciel”, em homenagem ao senador que lutou pela aprovação desta desde 1992 quando apresentou a iniciativa que originou esta lei, que inclusive, recentemente sofreu alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015 que ampliaram sua aplicação tornando-a mais efetiva.

De fato, estava à frente do seu tempo para os moldes da sociedade brasileira pois, já delineava os primeiros traços do novo direito, inicialmente para o meio empresarial, e passados 22 (vinte e dois) anos, ainda que de forma acanhada, a possibilidade de resolução de conflitos por meio da atuação dos Tribunais Arbitrais, que possibilitam soluções rápidas, que contemplam com o dinamismo da vida moderna.

Cappelletti e Garth previam para essa “terceira onda” uma desconstrução das barreiras ao acesso à justiça por meio da construção de um ambiente mais efetivo de recepção e administração de litígios.

Nota-se que a necessidade encontrada foi a de estruturação de um sistema capaz de compreender a existência de níveis de complexidade distintos que, conseqüentemente, ensejariam um tratamento e resolução igualmente distintos.

Com igual objetivo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125 em 29 de novembro de 2010⁵⁹ que instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” para fins de efetivar o disposto na Resolução nº 70, de 18 de março de 2009 do mesmo órgão que firmava como objetivos estratégicos do poder judiciário a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social.

Entre outras disposições basilares à estruturação da aplicação da mediação e da conciliação no âmbito judicial, a Resolução nº 125 previu no artigo 8º⁶⁰, a criação, por parte dos tribunais, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

⁵⁸ BRASIL. Lei. nº 9.307/96. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Diário Oficial da União de 24 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm Acesso em: 10 jun. 2019

⁵⁹ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125 de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em: 10 jun. 2019

⁶⁰ CNJ. 2010, Op., cit.

(Centros ou CEJUSC), que como o próprio artigo define são “unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.”

A terceira onda do acesso à justiça previa o que se pode elucidar com a visualização da duplicação de uma rodovia, ou da criação de uma rota alternativa, paralela à principal. Mas mesmo com todas as alterações propostas, a rodovia do acesso à justiça no Brasil ainda se encontra tão afogada quanto as rodovias que atravessam (e conectam) o país e viabilizam, em perfeita analogia, a única forma de trânsito terrestre. E a criação de uma rota alternativa, como ocorre no tráfego de automóveis, desafogaria a via principal que se encontra no judiciário.

Como que para amarrar os pontos de evolução gradativa surge o Código Fux que trouxe consigo o ideal de unificação das normas processuais e constitucionais, prevendo assim, todo um rol de princípios e replicando em seu corpo a utilização das técnicas de conciliação, mediação e arbitragem como mencionado alhures.

Seguida da promulgação do Código de Processo Civil, surgiu, no mesmo ano de 2015, a lei nº 13.140, conhecida como lei da mediação, que estabeleceu diretrizes para aplicação da mediação incentivada pelo códex alhures mencionado, o que deu para este novo tempo do direito contornos ainda mais claros, ao viabilizar a utilização do método diagonal e auto compositivo, baseado num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos, que em vez de acomodar a contradição para obtenção do acordo, busca a transformação do conflito e a restauração da relação.

Pode-se observar com esta visualização que além do desafogar da via principal, o ideal de criação de um novo caminho também permitiria que aqueles que optassem pela via alternativa desfrutassem de um fluxo mais rápido, automaticamente, a opção destes por deixar a via principal também tornaria o acesso nesta mais ágil.

E se visualizar isto de forma lógica é tão fácil, frui desta percepção o questionamento acerca de onde residiria a dificuldade que vemos manter-se nos relatórios divulgados pelo próprio CNJ⁶¹ anualmente. A resposta encontra fontes

⁶¹ RELATÓRIO que reúne as estatísticas oficiais acerca os números do judiciário brasileiro, reduz à diversos algoritmos os números contidos no cotidiano judicial. CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT Acesso em: 10 jun.2019

diversas, mas todas elas afirmam tratar-se de construção cultural como se verá adiante.

2. JURISDIÇÃO ISONÔMICA: O TRIBUNAL MULTIORTAS E OS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

De acordo com a Constituição Federal o princípio da isonomia ou igualdade, representa o tratamento justo a todos os cidadãos, assim busca superar a desigualdade e nesse sentido pode-se verificar que a jurisdição será isonômica.

Para além das considerações acerca da garantia constitucional de acesso à justiça como tutela jurisdicional efetiva, salutar a distinção dos verbetes conflito e litígio e igualmente, a observação da multiplicidade de respostas adequadas aos conflitos diferentes da adjudicação estatal e muitas vezes, inclusive, composta por arranjos dissonantes daqueles que as fontes do Direito apontariam em juízo.

Para tanto, faz-se necessário ainda, analisar a estruturação constante do sistema de justiça brasileiro rumo à um sistema de tribunal multiortas, que compreende a multiplicidade de conflitos sociais e igualmente, de meios de resolução adequados a cada manifestação do dissenso que resulta em uma demanda.

2.1. A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO CONFLITO PARA COMPREENSÃO E RESOLUÇÃO ADEQUADA DAS DISPUTAS

O termo “conflito” deriva do latim *conflictu*, que pode ser traduzido como embate, dissenso, confronto, enfrentamento, ruptura. São muito os sinônimos que dão ao conflito contornos de mazela da qual nada se extrai, onde algo se perde, algo que se deve evitar, Warat sustentava, em sua obra “Surfando na Pororoca – O Ofício do Mediador”⁶² que:

Qualquer coisa que aconteça, deixemos que ela aconteça e passemos por ela. Um problema desaparece, se nós o aceitamos, mas torna-se cada vez mais insustentável, se nós criamos condições para ampliá-lo, e nos negarmos a vive-lo como experiência criativa. Se nós temos um problema, não criemos outro dentro dele.

⁶² WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004, p. 23.

O conflito é inerente ao ser humano, emitimos opiniões o tempo todo, nossas atitudes falam por nós, nossas escolhas nos traduzem e apesar de concordarmos em determinadas situações, nenhum de nós pensa totalmente igual.

Warat⁶³ alertava quanto a armadilha contida nessa completude conflitante de padrões internos:

Estamos cheios de verdades completas, respostas prontas, ansiedades, medos, angústias que nos impedem de saber quem nós somos. Temos que nos esvaziar de tudo isso. Esvaziar-nos do ego. Uma indagação que exige uma destruição de tudo o que nos impede de saber quem somos. (WARAT, 2004, p.19).

Cada ser humano é o resultado de suas vivências, suas crenças, seus sonhos, anseios, daquilo que lhe foi ofertado e daquilo que lhe foi mitigado. Carregamos conosco, igualmente, heranças culturais, maneiras de viver e de ver o mundo excepcionais. Formas de reconhecer respeito e ofensa diferentes, logo, enfatiza-se, o conflito é inerente ao ser humano (VASCONCELOS, 2016).

A modernidade trouxe como um de seus maus mais graves, a centralização do ego pelo ser humano, que o torna de certa forma impermeável a diferentes concepções, como um repetidor do que assistiu, como assevera Luis Alberto Warat:

O cidadão que não pensa, porém acredita que pensa, repetindo chavões. Escuta falar que é livre e acredita nas palavras, enquanto a vida lhe grita, e ele não escuta, que é um prisioneiro de sua própria imbecilidade energizada pelas palavras e pelos mitos.

No frenesi por produtividade e consumo, os conflitos não têm tempo nem espaço para serem privados e pessoais, resolvidos pelos seus titulares, coobrigados e interessados. A vida privada se socorre à estrutura pública onde a resolução não é o foco, o verbo que dirige o espírito do litígio é ganhar, não resolver.

A estrutura do Poder Judiciário é a de triangularização onde: 1) o autor reclama a ameaça ou lesão de direito e exige ao Estado, resposta proporcional ao agravo; 2) o juiz por sua vez, analisa o atendimento aos pressupostos processuais, promove o saneamento e provoca a instrução por meio das determinações que lhe cabem dar e 3) ao réu resta defender-se, impugnar o alegado e buscar nos detalhes procedimentais as nulidades que possam lhe acolher.

⁶³ WARAT, 2004, Op. cit. P. 15.

Passos e personagens que não levam à resolução do conflito, mas à finalização do litígio por meio de um processo de narratividade, que pode ocupar muitos anos da vida das partes, onde se escolhe as correntes doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis e se produz ao fim uma sentença.

Decisão que pode reformar-se múltiplas vezes até estabilizar-se em coisa julgada como atenta Paulo Ferrareze Filho⁶⁴:

Daí que o Direito brasileiro pós-democrático, fortemente marcado pelo protagonismo do Judiciário, em meio a um ambiente social líquido, contingente e tribal; não pode esperar certezas ou segurança jurídica pelo mero advento da Constituição. Ainda que os diversos caminhos hermenêuticos salvacionistas vendam a Terra Prometida das certezas constitucionais e da ausência completa de falhas de todos os julgadores, a certeza das respostas adequadas à Constituição – como se se pudesse ter uma interpretação unívoca dela – são meras pílulas de conforto teórico. As controvérsias fático-narrativas, como se demonstrou, são apenas uma das premissas esquecidas na tentativa de manter intocadas as respostas constitucionais. Aliás, não é desprezível o fato de que a jurisdição brasileira, em um número gigantesco de casos, permita que mais de 15 juízes possam julgar um mesmo processo – do início até as últimas fases recursais e executórias.

Assim, o fim da lide é o mandamento prolatado por um terceiro imparcial, que dotado do poder conferido pelo Estado de dizer o direito, reveste o querer de um dos lados de legalidade, liquidez e executoriedade. Restando ao descontente recorrer ou se escusar do cumprimento, causando uma série de novas demandas.

Logo, a sentença dá ao conflito, muitas vezes, tão somente uma nova perspectiva, um escalonamento do conflito sociológico. Num momento se perseguia o detentor da certeza e, quando se encontra o destinatário do trânsito em julgado, passa-se a perseguir a execução do que foi julgado correto com base no ordenamento pátrio.

A estrutura da adjudicação estatal é essencial para a garantia da ordem e não é plausível rejeitar sua validade, o que se destaca é que há um desequilíbrio entre

⁶⁴ FERRAREZE FILHO, Paulo. Decisão Judicial e Narratividade: um olhar para os fatos da Teoria Narrativista do Direito de José Calvo González. 2017. Tese - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 185-186.

a busca e a necessidade da intervenção estatal. Este desequilíbrio denuncia uma cultura de terceirização, como alerta Quitéria Tamanini Vieira Péres⁶⁵:

Incrível constatar que, por mais que tenhamos consciência do natural envolvimento do ser humano em diversos conflitos ao longo de toda a nossa vida, pouca atenção recebemos em nossa formação educacional a respeito. Afinal, nem os pais, nem a escola tem se ocupado muito deste tema, fazendo prevalecer, com tal omissão, a noção de que, havendo um conflito, caso as próprias pessoas envolvidas não consigam resolvê-lo, sua solução advirá do exercício do poder conferido à autoridade respectiva (que, no âmbito da família, é identificada na pessoa dos pais e, na da escola, pelo professor ou diretor). Ou seja, acostumamo-nos a delegar a solução a uma terceira pessoa (que, quando não for mais os pais ou os professores/diretores da escola, inevitavelmente passará a ser o juiz, contextualizando-se, então, o momento da vida adulta em que, diante de um conflito, se opta pela sua judicialização). Com isso, nasce um processo judicial.

Os meios adequados de solução de conflitos emergem como um exercício de empoderamento, participação social e, de exercício da autonomia como sustentam Roberta Atti e Alfredo Attié Jr⁶⁶:

Em verdade, um dos objetivos dos ADR, decorrente da influência predominante do princípio da autonomia privada, é o de findar com essa distinção entre operadores e consumidores, procurando quebrar o círculo vicioso daquilo que se pode chamar de uma cultura de intermediação e de representação, muito nociva, que afasta as pessoas do conhecimento de sua capacidade de participação e de sua responsabilidade, de seu direito e seu dever de determinar o processo de solução de conflitos e controvérsias.

Mas ainda há muito que se fazer até que os meios adequados de solução de conflitos tomem as proporções necessárias à pacificação da sociedade brasileira. O caminho que se percorre agora é o de reajuste do que se traçou rumo à uma alteração de paradigma onde a resolução efetiva é ofertada adequadamente pela estrutura estatal e desejada pelo jurisdicionado.

Em setembro de 2014 o jornal Estadão publicou uma matéria intitulada: “País dos paradoxos: tem os juízes mais produtivos do mundo, mas um Judiciário dos mais

⁶⁵ PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. Vamos conciliar? Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. 1 ed. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 20.

⁶⁶ ATTI, Roberta de Bragança Freitas, ATTIÉ JR, Alfredo. Justiça e Autonomia. In: RODAS. João Grandino et al. Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil. 1 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2018, p. 313.

morosos e assoberbados” onde, com base nos relatórios do Conselho Nacional de Justiça aferia que mesmo produzindo, anualmente, quatro vezes a produção de um magistrado português, por exemplo, o magistrado brasileiro segue sem descanso.

Os esforços para que a garantia ao acesso à justiça se abrangesse e efetivasse foram tantos que superadas as custas processuais, honorários, burocracias procedimentais, têm-se uma nação de litigantes. A facilidade de acesso desvirtuou o fim a que a justiça – como estrutura estatal -, se propõe.

Ao debruçar-se sobre tal questão, pode-se chegar erroneamente à conclusão que inexistente solução para a condição crítica estabelecida, uma vez que o conflito é inerente à condição humana e que apenas por meio da supressão deste se obteria a paz social.

Atualmente essa concepção limítrofe tão acessível à lógica, deu lugar à visão sistemática do conflito, incutindo neste inclusive, caráter de possibilidade de obtenção de evoluções importantes para o ser humano em diversos aspectos, como bem sustenta Carlos Eduardo de Vasconcelos quando evidencia que:

Assim é reconhecido o caráter transformador do conflito, como aduz Vasconcelos a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedades que aprendem a lidar com o conflito. O conflito, quando bem conduzido, evita a violência e pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo. (VASCONCELOS, 2016)

Neste sentido, pacificou-se na doutrina o entendimento que o cerne desta questão – da busca pela paz social -, não se dá pela erradicação do conflito, mas sim, pela correta resolução do mesmo, que só ocorre por meio da análise caso a caso e por intermédio de profissional devidamente habilitado, pois a ausência desta atenção, pode ser considerada o marco zero da dificuldade aqui estudada, como assevera Luis Alberto Warat:⁶⁷

De várias formas, já vimos que não é o conflito, em si mesmo, mas como nós lidamos com ele, o que cria dificuldades. Um conflito é um catalisador que precipita uma série de respostas e consequências enlaçadas, que podem ser deliciosas emergências vitais ou explosivos trajetos de desencontros e neuroses.

⁶⁷ WARAT, Op. cit., p. 90.

O panorama vivenciado pelo Judiciário brasileiro demonstra o quanto as ondas de acesso à justiça no Brasil tiveram efetividade, o que culminou por fomentar uma cultura de litigância e de demandismo desenfreado.

Sob os auspícios das facilidades ofertadas pelos Juizados Especiais tão céleres e em suma gratuita o que se agravou com a afirmação de novos direitos, firmando um sistema tão acessível, tão atrativo que acabou por não suportar a procura que este abrir de portas desestruturado causou, como sustenta Ada Pellegrini Grinover:⁶⁸

Por outro lado, o elevado grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna, e os esforços rumo à universalidade da jurisdição (um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem ao Judiciário) constituem elementos que acarretam a excessiva sobrecarga de juízes e tribunais. E a solução não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve.

As últimas alterações realizadas na legislação demonstram a urgência que se tem em frear este resultado indesejado, pois a crescente de demandas, que não foi acompanhada pela estruturação da oferta de prestação jurisdicional adequada, criou um desequilíbrio com resultados penosos à própria sociedade.

O que se afirmar sob a análise da correlação entre o excesso de processos destinados à um mesmo magistrado e a margem de erro nas decisões desse magistrado que exacerbado por pressões diversas a ponto de tornar-se mero aplicador da lei, perseguidor incansável de números que deixam de ser pessoas, deixam de ser vidas e passam a ser só números (ROSA, 2015).

Alexandre Morais da Rosa⁶⁹, magistrado catarinense, sustenta isto em um de seus escritos diagnosticando o resultado do narrado acima como um acometimento do Complexo de Münchhausen⁷⁰ no juiz que, por suas palavras “se manifesta pela

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 02.

⁶⁹ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JUNIOR, Salah H., In dubio pro Hell I – Profanando o Sistema Penal, Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 37-42.

⁷⁰ Menção à passagem onde Michael Lowy narra, a célebre história do Barão de Münchhausen, herói picaresco que consegue através de um golpe genial, escapar ao pântano onde ele e seu cavalo estavam sendo tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos. O que Lowy utilizou para elucidar que a pretensão à neutralidade é as vezes uma ilusão, as vezes um ocultamento deliberado, e,

ausência de reflexão sobre os efeitos das externalidades (positivas e negativas) de suas decisões, sob a máxima: ‘não é problema meu, apenas aplico a lei’.

Ocorre que para efetivar a garantia constitucional de acesso à justiça a entrega da prestação jurisdicional efetiva não pode ser apenas um simples dizer o direito. Há que se encontrar decisões efetivas, singulares, fundamentadas, que de fato deem fim a lide em toda a sua materialidade, como sustentado por Ada Pellegrini Grinover⁷¹:

Assim como a jurisdição não tem apenas escopo jurídico (o de atuação do direito objetivo), mas também escopos sociais (como a pacificação) e políticos (como a participação), assim também outros fundamentos podem ser vistos na adoção das vias conciliativas, alternativas ao processo: até porque a mediação e a conciliação, como visto, se inserem no plano da política judiciária e podem ser enquadradas numa acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica.

Sendo assim, a chave para a resolução efetiva do panorama crítico instaurado no judiciário brasileiro reside na mudança de cultura. Só assim se poderá transpor a cultura de litígio estabelecida, onde a relativa facilidade para obtenção de uma sentença faz com que o judiciário se obrigue a analisar tudo.

Inclusive sendo levado a ultrapassar os limites estabelecidos na base do Estado Democrático de Direito quando ofende a tripartição dos poderes e passa a legislar por meio do sistema de precedentes sobre temas que não são de competência do judiciário pois se trata de questões que seriam facilmente resolvidas com diálogo.

Neste sentido Sales e Andrade citadas por Silvia Regina Danielski ⁷²:

frequentemente uma mistura complexa dos dois. LOWY, Michael. As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen. Trad. Juarez Guimarães. São Paulo: Cortez, 1998, p. 32-33

⁷¹ GRINOVER, 2007, Op. cit., p. 03.

⁷² SALES, Lília Maia de Moraes. ANDRADE. Mariana Dionísio de Andrade. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 192, p. 43-54, out./dez. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242928/000936208.pdf?sequence=3>>. Acesso em 28 jul. 2016. p. 45. *apud* DANIELSKI, Silvia Regina. Análise das Possibilidades de Concretização dos Escopos da Mediação no Âmbito Judicial: A Construção de um Diálogo Entre Direito e Afeto. 2017. 290 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, Vice-reitoria de Pesquisa, Pós-graduação, Extensão e Cultura, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2017, p. 67. Disponível em: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2235/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20corrigida%20SILVIA%20REGINA%20DANIELSKI.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

As consequências sobre a cultura da litigiosidade nos tribunais brasileiros se apresentam sob a forma de inúmeros processos parados, sem resolução próxima, fomentando o descrédito na resolução satisfatória das questões, desgaste nas relações continuadas, óbices ao diálogo pacífico e à construção do consenso. A cultura da litigiosidade que leva um conflito ao Judiciário, antes mesmo de qualquer tentativa de solução autocompositiva, também fortalece o sentimento adversarial das partes no decorrer da solução do problema na esfera jurisdicional.

O litígio polariza, afasta as partes uma da outra e ambas de uma resolução justa para ambos e efetiva no que tange ao cumprimento desta, uma vez que as possibilidades de composição comportam concessões que podem resultar em uma sentença construída por ambas, mas que depende essencialmente da vontade de conciliar, como ensinam Gajardoni, Romani e Luchiari⁷³:

A parte e o advogado, ao ingressarem com a ação, não buscam uma solução conciliada do caso, mas sim uma sentença. E a sentença, apesar de ser uma solução para o caso, não leva necessariamente à pacificação das partes. Muitas pessoas já chegam à audiência com o firme propósito de não realizar o acordo, mesmo antes de ouvir a parte contrária e a eventual proposta. E esse posicionamento integra a mentalidade de muitos operadores do Direito, pois desde os bancos acadêmicos fomos contaminados pela cultura da sentença”.

A doutrina é uníssona ao afirmar que com o auxílio de profissional capacitado que viabilize o encontro real entre as partes, de maneira desarmada e atenta à resolução e não à vantagem egoística, as partes podem chegar a um denominador comum, como leciona Juliana Demarchi⁷⁴:

Nesse contexto, a divulgação e a utilização da conciliação e da mediação em juízo ganham extrema relevância pelos inúmeros benefícios gerados a todos os envolvidos no dia-a-dia forense, substituindo-se, paulatinamente, a cultura da sentença pela cultura da pacificação”

⁷³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, ROMANO, Michel Betenjane, LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. O Gerenciamento do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19.

⁷⁴ DEMARCHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62.

Esta autora atenta ainda para a importância da capacitação dos profissionais envolvidos no processo de resolução do conflito, pois estes podem - e devem -, orientar as partes na construção de uma sociedade mais pacífica, neste sentido aduz⁷⁵:

Procura-se, com a atuação dos conciliadores e mediadores, acima de tudo, incentivar-se uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, que desde a faculdade é moldada no sentido de buscar-se, via de regra, a solução do conflito por meio de decisões judiciais. Tal perspectiva não leva em conta que o escopo primordial da atividade jurisdicional é a pacificação dos conflitos de forma justa, escopo que pode ser atingido de forma mais rápida e mais satisfatória por meio da composição dos interesses das partes.

Desta forma, infere-se que a correta administração dos conflitos pelos operadores do direito junto às partes é a real morada do sistema de justiça mais efetivo e capaz de entregar por meio da prestação jurisdicional o acesso à uma ordem jurídica justa.

Como sustenta Kazuo Watanabe⁷⁶ o conceito de acesso à justiça foi atualizado:

Deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciários para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que os cidadãos têm o direito de ser ouvido e atendido não somente em situação de controvérsias com outrem como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou os relativos a seus bens”.

Postas as considerações acerca da teoria do conflito e da mudança de paradigma teórico ocorrida frente ao que se entende por tratamento e resolução dos conflitos passa-se ao estudo da gestão dos conflitos dentro de um macrossistema capaz de analisar e compreender os conflitos em suas especificidades rumo à resolução adequada.

⁷⁵ DEMARCHI, 2007, Op.cit., p. 62.

⁷⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhezini; POLONI, Juliana; BERTIPAGLIA, Guilherme. Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil. 1.ed. – Curitiba: Editora Prisma, 2018, p. 99.

2.2. GESTÃO DOS CONFLITOS E TRIBUNAL MULTIPORTAS

Partindo da premissa do conflito como fenômeno social, dois pensadores delinearão de forma significativa, com suas contribuições teóricas, a importância da gestão do conflito para a obtenção de resultados positivos a partir deste, são eles, Mary Parker Follet e Morton Deutsch.

Mary Parker Follet trouxe, com seus conhecimentos provenientes da administração a perspectiva positiva do conflito, o olhar construtivo de que o conflito não deveria ser condenado, mas sim utilizado para trabalhar a favor das partes.

Desta forma, a responsabilidade pelo caráter do conflito passa a ser das partes e não do conflito em si. Por esta ótica as partes têm a liberdade e a responsabilidade de escolher como enfrentarão o conflito, se de forma evolutiva ou estanque.

Assim, Mary Parker Follet afirmou que a resolução dos conflitos pode partir de três diferentes perspectivas: dominação, compromisso e integração, como explana Fernanda Tartuce:

A dominação pressupõe a imposição por uma parte de suas pretensões à outra, enquanto o compromisso pressupõe que as partes abram mão de elementos que valorizam para chegar a um acordo “no meio do caminho”; já a integração pressupõe o manuseio do conflito de uma forma positiva, com a criação de novas opções e valores para atender aos objetivos, às necessidades e às vontades das partes. (apud TARTUCE, 2019)

Ao encontro do que fundamentou Follet, a obra de Morton Deutsch estabeleceu outra distinção na gestão do conflito, a opção pelas posições de competição ou cooperação. A partir desta ideia, a teoria moderna indica cinco formas de enfrentamento dos conflitos.

Além das perspectivas já propostas por Deutsch – competição e cooperação (ou colaboração) -, foram incluídas à classificação as posições de acomodação, fuga e compromisso, modos que encontram correlação com os meios adequados de resolução que serão trabalhados pontualmente mais adiante.

É do reconhecimento da existência de diversos tipos de conflitos e da identificação de maneiras distintas de vive-los que nasce o espaço propício para a implementação dos meios adequados de resolução de conflitos.

Na doutrina norte americana, os meios alternativos de solução de conflitos (MASCs), identificados como *alternative dispute resolution* (ADRs) são objeto de estudos da comunidade acadêmico-jurídica de longa data. De Harvard surgem os maiores avanços nos estudos da resolução de conflitos e as bases da teoria moderna se fundam sob estas influências.

Neste contexto, emerge a ideia de Frank Sander acerca do tribunal multiportas, que surge como um estímulo a estruturação dos tribunais como espaços múltiplos onde os mais diversos conflitos encontrem solução adequada, seja ela dependente da adjudicação estatal ou não.

A estrutura do tribunal multiportas é a que se busca criar no Brasil a partir de 2010 com o advento da resolução nº 125 do CNJ e o sistema que se desenvolveu com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, a Lei da Mediação e a reforma da Lei de Arbitragem.

Dentro da estrutura judiciária atual, conta-se com a figura dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), centros de gerenciamento da política judiciária criados pelo art. 7º da Resolução 125 do CNJ. Sua coordenação, pela resolução, é de incumbência de magistrados (da ativa ou aposentados) e servidores, preferencialmente atuantes na área.

São muitas as atribuições dos NUPEMECs, sua atuação se dá em diversas frentes que sustentam as atividades de desenvolvimento da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida pela Resolução 125.

Dentre elas, estão as atividades de planejamento, implementação, manutenção e aperfeiçoamento das ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas, bem como, a atuação na interlocução com outros Tribunais e a comunidade civil e acadêmica.

Também cabe aos NUPEMECs, incentivar e promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos e, propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins da Resolução 125.

São os NUPEMECs que gerenciam os cadastros de mediadores e conciliadores, com a responsabilidade de repasse de informações permanente ao CNJ. Estabelecem os processos seletivos e controlam os desligamentos de facilitadores, projetos de voluntariado ou programas de remuneração destes.

Ainda, cabe aos NUPEMECs, como eixo estadual da política nacional, instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) foram previstos, primeiramente, pelo artigo 8º da Resolução 125 do CNJ⁷⁷ e posteriormente reafirmados em sua singularidade tanto pelo artigo 165 do Código de Processo Civil de 2015⁷⁸ quanto pelo artigo 24 da Lei da Mediação⁷⁹.

Os CEJUSCs são os espaços propícios para a realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e ainda, local de atendimento e orientação do cidadão. Neles são possíveis, além das audiências preliminares do artigo 334 do Código de Processo Civil – que se detalhará mais adiante -, a realização das audiências pré-processuais.

Nas localidades onde os CEJUSCs existem a regra é que eles sediem as audiências e sessões, mas a possibilidade de realização por mediador ou conciliador na unidade judiciária na qual tramita o processo subsiste.

Segundo a resolução 125, a estrutura de CEJUSC deve ser instalada nos locais onde existam 2 (dois) Juízos, Juizados ou Varas com competência para realizar audiência, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil. E enquanto não instalados os Centros no interior dos estados, os tribunais, poderão implantar o procedimento de conciliação e mediação itinerante. Para tanto, é imprescindível a figura dos Conciliadores e Mediadores devidamente cadastrados.

Os CEJUSCs contam com um juiz coordenador e, quando necessário, um adjunto, a quem cabe a administração do centro, homologação dos acordos, supervisão do serviço dos facilitadores do centro. Este magistrado, verificada a demanda do Centro no atendimento de uma universalidade grande de varas, pode ser designado exclusivamente para o gerenciamento do Centro.

⁷⁷ Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. BRASIL. Conselho nacional de justiça. Resolução n. 125 de 29/11/2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em: 11 jun. 2019

⁷⁸ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. BRASIL. Conselho nacional de justiça. Resolução n. 125 de 29/11/2010, Op., cit.

⁷⁹ Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. BRASIL. Conselho nacional de justiça. Resolução n. 125 de 29/11/2010, Op., cit.

Aos Centros também é assegurado pela Resolução 125 o contingente mínimo de 1 (um) servidor com dedicação exclusiva, capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, para a triagem e encaminhamento adequado de casos

Os CEJUSCs possuem setores de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania. Podendo atuar nestes espaços, membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.

Estas estruturas têm ganhado cada vez mais atenção do Conselho Nacional de Justiça em ações que afirmam a imprescindibilidade da concretização dessas vias como opções plenamente capazes de subsidiar a resolução adequada dos conflitos.

O que se vê com o Ato Normativo 0001467-77.2019.2.00.0000 do CNJ⁸⁰ que alterou a resolução 219/2016 do CNJ que deu aos CEJUSCs status de Unidade Judiciária e não mais mera área de apoio judicante.

Isto demonstra o compromisso do sistema de justiça com o estímulo às práticas não adversárias por meio do fornecimento de estrutura adequada, contingente de servidores, equipamentos e disponibilidade de material físico e humano para os projetos da política judiciária.

2.3. MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como já explanado alhures, não há método de solução de conflito adequado para todos os conflitos. Na mesma medida em que existem diversos tipos de conflitos há igualmente meios de solução adequados para cada tipo de resultado que se busca atingir.

Para alguns conflitos é possível utilizar as técnicas provenientes da mediação, conciliação ou negociação para guiar as partes até uma solução construída pelas partes com base nas suas necessidades. Para outros conflitos é necessário que haja uma imposição de uma decisão, por um terceiro imparcial, capaz de dar a uma das partes a posição de vencedor em relação ao outro. O que ocorre pelos processos de adjudicação estatal ou arbitragem.

Logo, frisa-se não há meio universal nem meio inadequado de solução de conflitos, cabe a análise caso a caso para a decisão pelo caminho ideal a seguir.

⁸⁰ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Ato Normativo 0001467-77.2019.2.00.0000. Brasília 14 de abril de 2019. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/685713310/ato-normativo-ato-14677720192000000/inteiro-teor-685713316?ref=juris-tabs> Acesso em: 10 jun. 2019

2.3.1. Heterocomposição

A Heterocomposição é a classificação de métodos de resolução de conflitos que abrange a adjudicação estatal e a arbitragem. Nesse sentido, Bacellar⁸¹ apresenta que:

Heterocompositivas, em que não há livre autonomia de vontade entre as partes e as soluções são tomadas por um terceiro a partir da colheita de informações, produção de provas e da análise dos argumentos materializados nos pedidos, contestações, impugnações, agravos, embargos por eles apresentados, em outras palavras, são aquelas formas em que as soluções são encontradas por um terceiro imparcial (juiz ou árbitro) que decide a questão em substituição dos envolvidos. As questões são resolvidas nos limites em que são apresentadas, e o terceiro, substituindo a livre-iniciativa da vontade das partes, decide conforme estabelecido pela lei ou pela convenção arbitral.

Assim, a heterocomposição pressupõe a análise do caso e a consequente prolação, por terceiro imparcial e legalmente habilitado, de comando vinculante, que põe fim a lide revestido da executoriedade inerente às sentenças, sejam elas judiciais ou arbitrais como se verá adiante.

2.3.1.1. A Adjudicação Estatal

A adjudicação estatal, como já exposto, é o meio de solução de conflitos no qual as partes provocam o Estado, na forma prevista, a dizer o direito por meio do magistrado que, com a utilização da estrutura criada pelo direito processual, deverá instruir o feito com os meios que entender necessários a formação do seu convencimento.

É o meio ideal quando o conflito versa acerca de direito indisponíveis, quando há a necessidade de apuração de fatos por meio da produção de provas, e por fim, quando é latente a necessidade das partes de que haja a estabilização de precedente, por exemplo.

⁸¹ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e Arbitragem. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38

2.3.1.2. A Arbitragem

A arbitragem é o meio de resolução de conflitos⁸² regulado pela Lei 9.307/96, que comporta a análise do caso por um terceiro imparcial⁸³ que é responsável pela prolação de decisão vinculante⁸⁴ acerca da matéria submetida à arbitragem.

Neste sentido:

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida. (SCAVONE, 2019, p.2).

Diferencia-se da adjudicação estatal por ser um meio privado, logo, é uma alternativa mais célere⁸⁵ na qual a parte pode, inclusive, obter uma decisão mais adequada, em especificidade de matéria, visto que o árbitro, mesmo atuando como juiz do caso⁸⁶, pode ser um expert da área, podendo assim compreender a dinâmica do conflito pelo viés técnico e não apenas jurídico⁸⁷.

O procedimento da arbitragem é previsto em convenção de arbitragem ou cláusula arbitral. Neste momento, as partes acordam que qualquer conflito decorrente da relação jurídica estabelecida será solucionado por meio da arbitragem.

⁸² Aqui o sentido do conflito como resolução reporta-se ao art. 3º “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

⁸³ Nesse sentido imparcial reporta-se ao art. 13. (...) § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. BRASIL. Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre arbitragem, Op., cit.

⁸⁴ Conforme aduz: art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. BRASIL. Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre arbitragem, Op., cit.

⁸⁵ Conforme aduz: art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. BRASIL. Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre arbitragem, Op., cit.

⁸⁶ Conforme aduz: art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. BRASIL. Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre arbitragem, Op., cit.

⁸⁷ Conforme aduz: art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. BRASIL. Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre arbitragem, Op., cit.

Contudo, há a possibilidade de renúncia por ambos e submissão do conflito à adjudicação estatal se, provocado o Poder Judiciário por uma das partes a outra, em sede de preliminar da sua contestação não alegar a existência de sentença arbitral⁸⁸.

2.3.2. Autocomposição

Considerando a multiplicidade de conflitos e a existência daqueles de complexidade reduzida onde não persiste a necessidade de resolução por terceiro dotado de poder vinculante. Os meios autocompositivos são aqueles em que há voluntariedade das partes na construção da solução da sua demanda.

Podendo ser auxiliadas neste processo por um terceiro imparcial sem poder decisório, ou atuarem de forma independente. Representados por advogados ou pessoalmente se dispõem ao diálogo em busca do acordo. Nesta classificação de métodos encontram-se as figuras da negociação, da conciliação e da mediação como se verá a seguir.

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, a conciliação e a mediação ganharam enfoque, muito pela decisão do legislador de inserir os meios não adversarias na dinâmica processual, como já demonstrado, mas também em decorrência da inserção da conciliação e da mediação no procedimento comum como fase preliminar por meio da audiência obrigatória prevista no artigo 334 do referido diploma.

2.3.2.1. A Negociação

A negociação pode ser conceituada como meio voluntário, composto por um conjunto de técnicas que permite a resolução de um sem número de tipos de conflitos, desde os conflitos profissionais aos políticos e jurídicos (SCAVONE, 2019).

A negociação pode ser intermediada por um terceiro ou ocorrer pessoalmente entre as partes. É inerente ao ser humano negociar, estamos o tempo fazendo negociações das mais variadas em nosso cotidiano.

⁸⁸ Conforme aduz: art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) X - convenção de arbitragem; (...) § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

A negociação pode não ser a melhor opção quando há um desequilíbrio de poder entre as partes que demanda maior dedicação pois nesse caso, uma parte pode coagir a outra a um acordo infeliz. A negociação é um meio rápido e eficaz de produzir acordos práticos em conflitos que não possuam conteúdo emocional.

Neste sentido, com base na negociação baseada em princípios e pautada pela ética, é imprescindível a observação da figura que Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton nomearam, em sua obra *Como Chegar ao Sim* como BATNA.

O BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement) - em livre tradução, Melhor Alternativa ao Acordo Negociado (MAAN) -, é como um limitador da barganha, o BATNA deve conter o que é mais precioso para a parte no processo em tela. Com esta ferramenta, a parte se blinda de um acordo com resultado menos vantajoso do que o que poderia atingir com outra ferramenta de resolução. (TAKAHASHI et al, 2019, p. 57)

Algumas das técnicas da negociação são utilizadas nos processos de conciliação, mediação e facilitação assistida. Há inclusive, previsão legal para utilização da negociação no Código de Processo Civil no artigo 166, § 3º que dispõe que “admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”, isso se dá, pois, estas técnicas propiciam o diálogo por meio da escuta ativa e do exercício da empatia.

Neste sentido ZAPPAROLLI⁸⁹ aduz:

Sendo a negociação um processo de comunicação linear, ela se assume como espaço fundamental para se reduzirem as diferenças entre os reais interesses das partes e gerar caminhos de escuta ativa. Escutar ativamente não é só ouvir, mas também demonstrar ao outro que estamos interessados em entender o que diz. Na negociação, as partes devem falar para ser entendidas. Uma negociação não é um debate, mas sim uma conversa para se atingir um objetivo – o acordo. O negociador deve proporcionar às partes espaços de respeito para falarem o que pretendem para si – afastando-se dos lamentos, do que não desejam, da inevitável necessidade de se manifestarem pela outra parte e, inclusive, pressuporem o que a outra quer ou não quer. Aspectos emocionais e culturais que também devem ser trabalhados nos demais instrumentais em tela. Contudo, em alguns, visando mudanças para além dos instrumentais, outros para superação da eficiência exclusiva no próprio processo.

⁸⁹Fundamentação da negociação segundo. ZAPPAROLLI, Célia Regina. Procurando Entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos prevenção e gestão de crises. In: SALLES. Carlos Alberto de et al. *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019,

Sendo assim, resta demonstrado que o método de negociação de Harvard privilegia os ganhos mútuos por meio do compromisso com vistas a otimizar os resultados do processo de negociação.

2.3.2.2. A Conciliação

O conceito de conciliação pode ser extraído do artigo 165 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo § 2º que dispõe que:

O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. (BRASIL, 2015)

Assim, a conciliação é o método de solução de conflito onde um terceiro neutro auxilia no estabelecimento de uma comunicação eficaz entre as partes para que, juntas construam o melhor caminho para sua demanda. As partes podem utilizar, nessa construção, as sugestões do conciliador que em hipótese alguma pode coagir as partes a um acordo ou impor um arranjo que lhe pareça o mais correto.

A conciliação pode ser realizada antes da instrução do processo ou pode também a qualquer tempo antes da sentença, basta a decisão das partes, ou seja, vontade e autonomia de não mais litigar. Vendo que a conciliação é estimulada para evitar o crescimento de demandas e finalizar as ações sem a necessidade de participação estatal, para tanto e oferecidos setores de conciliação pelos tribunais de justiça câmaras extrajudiciais para autocomposição.

A atividade de conciliador e mediador pode ser voluntária ou remunerada⁹⁰, sendo imprescindível o preenchimento do requisito de capacitação para o

⁹⁰ Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. § 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

desenvolvimento da respectiva atividade conforme o parâmetro estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça⁹¹.

O quadro de conciliadores e mediadores pode ser formado por facilitadores vinculados ao respectivo tribunal por meio de concurso público⁹² ou por credenciamento junto ao cadastro nacional⁹³.

É promovida, anualmente desde 2006, pelo Conselho Nacional de Justiça a Semana Nacional da Conciliação, onde são pautados processos que podem ser submetidos ao procedimento conciliatório e organizados os mutirões de conciliação que cumprem uma dupla função, a resolução dos conflitos e conjuntamente a conscientização da sociedade para os benefícios da conciliação⁹⁴.

A Semana Nacional é um projeto que abrange a justiça estadual, federal e trabalhista. Os resultados da XIII Semana Nacional realizada entre 05 e 09 de novembro de 2018 informam que foram agendadas 394.535 audiências, contudo, foram realizadas 603.855, a justiça responsável pela divergência é a estadual que realizou mais audiências. Foram efetuados 714.278 acordos, que conforme relatório do CNJ⁹⁵, somam a quantia de R\$1.527.214.699,49.

Outra iniciativa do CNJ⁹⁶, visando privilegiar a resolução pacífica dos conflitos é o “Prêmio Conciliar é Legal” que, anualmente desde 2010, reconhece e incentiva as iniciativas que se dão com o objetivo de tornar o Poder Judiciário um espaço de

⁹¹ Art. 167. (...) § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

⁹² Art. 167. (...) § 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

⁹³ Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

⁹⁴ Conforme. BANDEIRA, Regina. XIII semana nacional da conciliação confirmada para ocorrer entre os dias 5 e 9 de novembro. Agência do Conselho Nacional de Justiça Noticias em 10 de junho de 2018. Disponível em: <http://wwwh.cnj.jus.br/noticias/cnj/87125-xiii-semana-nacional-da-conciliacao-confirmada-para-ocorrer-entre-os-dias-5-e-9-de-novembro> Acesso em: 10 jun. 2019.

⁹⁵ CNJ- Conselho Nacional de Justiça. Movimento pela Conciliação. Semana Nacional da Conciliação 2018- 05/11/2018 a 09/11/2018. Comissão de Acesso à justiça e Cidadania. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/12/bfc89f6dcb4c70f220e1fff8836c8655.pdf> Acesso em: 4 jun. 2019.

⁹⁶ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Prêmio Conciliar é Legal. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>. Acesso em: 04 jun. 2019.

resolução efetiva dos conflitos, com a divulgação dos resultados se dá a disseminação para toda a sociedade da Cultura de paz⁹⁷.

2.3.2.3. A Mediação

O conceito de mediação frui da Lei nº 13.140/2015 da Mediação que no parágrafo único de seu artigo 1º define que:

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015)

A mediação distingue-se da conciliação, exclusivamente, pela utilização quando da existência de vínculo anterior entre as partes, o que pressupõe uma maior complexidade na resolução do conflito e restauração ou manutenção da relação entre as partes.

Na conciliação o foco é a construção de uma solução que pode contar com sugestões do conciliador⁹⁸. Já na mediação, o foco é o reestabelecimento da comunicação entre as partes para que elas construam sua solução dentro das suas possibilidades⁹⁹, logo, o alcance e o foco do facilitador mudam.

⁹⁷ A cultura de paz está intrinsecamente relacionada à prevenção e à resolução não violenta dos conflitos. É uma cultura baseada em tolerância e solidariedade, uma cultura que respeita todos os direitos individuais, que assegura e sustenta a liberdade de opinião e que se empenha em prevenir conflitos, resolvendo-os em suas fontes, que englobam novas ameaças não militares para a paz e para a segurança, como a exclusão, a pobreza extrema e a degradação ambiental. A cultura de paz procura resolver os problemas por meio do diálogo, da negociação e da mediação, de forma a tornar a guerra e a violência inviáveis [...] sabemos que para alcançar a cultura de paz é necessário que exista cooperação em todos os níveis e países e coordenação entre as organizações internacionais com competência e recursos indispensáveis que podem ajudar os indivíduos a ajudarem a si mesmos. Esse movimento multidimensional requer o apoio ativo e a participação contínua de uma rede sólida de indivíduos e de organizações, governamentais e não governamentais, que atuem em prol da paz. UNESCO. Cultura de paz: da reflexão à ação; balanço da Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo. – Brasília: UNESCO; São Paulo: Associação Palas Athena, 2010. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000189919> Acesso em: 11jun. 2019.

⁹⁸ Art. 165, § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

⁹⁹ Art. 165, §3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

A origem da mediação passa por todas as civilizações antigas ou modernas. Tanto os povos orientais quanto ocidentais se estruturaram de maneira a fixar figuras responsáveis pela pacificação de conflitos.

Confúcio (700 a.C.) já afirmava que a mediação era a melhor maneira de solucionar conflitos. O próprio Cristo foi um grande mediador e pacificador. Mas é na Escola de Direito da Universidade de Harvard, na década de setenta que os registros empíricos deram lugar aos estudos científicos da resolução de conflitos e deram origem ao modelo que se conhece hoje por todos os teóricos egressos da referida instituição. (FALECK, TARTUCE, 2014, p. 171-189).

2.3.2.4. A Mediação e o Direito Sistêmico

Os estímulos à autocomposição expandiram o campo da mediação na prática da resolução de conflitos e na academia com a realização de pesquisas que promovem o intercâmbio dos saberes jurídicos com os provenientes da antropologia, sociologia e psicologia, por exemplo, para o desenvolvimento de técnicas que otimizem os processos de mediação.

Estes estudos impulsionam capacitações, que promovem projetos piloto que semeiam novos pensares por todo o Brasil. Viabiliza-se assim a customização dos processos para atender a cada conflito em sua completude.

Neste contexto pode-se mencionar os estudos e práticas do Direito Sistêmico que consiste na aplicação sistêmica do direito¹⁰⁰ e na utilização das Constelações Sistêmicas¹⁰¹ para a solução de conflitos.

¹⁰⁰ Desta maneira, pensar as relações, e principalmente os conflitos, de forma sistêmica, implica em considerar as partes litigantes não de uma forma dual, com um inocente e um culpado, mas sim, percebendo que ambas tiveram sua responsabilidade na questão em tela e também perceber e dar lugar à tudo que faz parte de seus contextos". (MADALENO, Ana Carolina Carpes. A aplicação da visão sistêmica e das constelações familiares na compreensão da multiparentalidade. Um novo olhar para o conflito: diálogo entre mediação e constelação sistêmica. Organizadores Márcia Sarubbi Lippmann, Fabiano Oldoni. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018. p. 25).

¹⁰¹ Método criado por Bert Hellinger que sustenta a atuação do que chamou de Ordens do Amor - pertencimento, hierarquia e compensação -, sobre os sistemas familiares. A técnica das constelações familiares viabiliza a identificação, por meio da observação, dos pontos de desordem do sistema – onde as ordens foram quebradas de alguma forma -, que culminaram no conflito que se busca solucionar, facilitando assim a realização de ajustes nas posições adotadas por cada familiar em relação aos outros. (QUEIROZ, Adriana, SOUSA, Luanna Cecília Costa. A mediação, conciliação e constelação sistêmica como gestão adequada de solução consensual de conflitos. In Um novo olhar para o conflito: diálogo entre mediação e constelação sistêmica. Organizadores Márcia Sarubbi Lippmann, Fabiano Oldoni. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018. p. 63-74)

É referência neste segmento por ser pioneiro no Brasil o magistrado baiano Dr. Sami Storch que em 2015 foi homenageado pelo Conselho Nacional de Justiça com o prêmio Conciliar é Legal¹⁰² por seus resultados obtidos com a aplicação da técnica helligeriana nas comarcas de Castro Alves e Itabuna, desde o ano de 2012.

Em Santa Catarina, além da crescente atuação privada de consteladores, magistrados e advogados têm se mobilizado na utilização das constelações sistêmicas para processos restaurativos.

A pioneira no estado foi a Dra. Vânia Petermann, magistrada titular do Juizado Especial Cível e Criminal da Trindade Capital que implantou as oficinas “Conversas de Família” que proporcionam resultados como o desfecho de uma demanda familiar que tramitava já há 23 anos¹⁰³.

Nas comarcas de Camboriú e Blumenau as magistradas Dra. Karina Müller Queiroz de Souza¹⁰⁴ e Dra. Quitéria Tamanini Vieira Péres¹⁰⁵, titulares da 1ª Vara Cível das respectivas comarcas, estão à frente do projeto “Justiça Sistêmica - Vínculos de Amor” que disponibiliza à população ciclos de palestras e oficinas que informam e pacificam a comunidade local.

Há ainda, o projeto realizado com os detentos da Casa do Albergado Irmão Uliano e do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico pelos professores Márcia Sarubbi Lippmann e Fabiano Oldoni, com o apoio da Vara da Família do Norte da Ilha de Florianópolis¹⁰⁶.

São realizadas sessões de constelações familiares que auxiliam os apenados no tratamento de vícios e oportunizam a compreensão, dos conflitos familiares que marcaram sua trajetória até a entrada na execução penal, o que viabilizam a

¹⁰² EINSFELD, Marilise. Constelações Familiares para Resolução de Conflitos. Notícias. Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem Disponível em: <http://www.fecema.org.br/arquivos/2862>. Acesso em: 29 maio 2019.

¹⁰³ MEDEIROS, Ângelo. Cejusc, em menos de um mês, concilia pai e filha que litigavam há mais de 23 anos. Sala da Imprensa. Poder Judiciário de Santa Catarina. 10/11/2007. Disponível em: <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/cejusc-em-menos-de-um-mes-concilia-pai-e-filha-que-litigavam-ha-mais-de-23-anos>. Acesso em 29 maio 2019.

¹⁰⁴ MEDEIROS, Ângelo. Justiça Sistêmica e Constelações Familiares ganham espaço nas comarcas catarinenses. Sala da Imprensa. Poder Judiciário de Santa Catarina. 17/03/2019. Disponível em: <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/justica-sistemica-e-constelacoes-familiares-ganham-espaco-nas-comarcas-catarinenses>. Acesso em: 29 maio 2019.

¹⁰⁵ MEDEIROS, Ângelo. Curiosos sobre constelações lotam evento do projeto Justiça Sistêmica em Blumenau. Sala da Imprensa. Poder Judiciário de Santa Catarina. 10/05/2019. Disponível em: <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/curiosos-sobre-constelacoes-lotam-evento-do-projeto-justica-sistemica-em-blumenau>. Acesso em; 29 maio 2019.

¹⁰⁶ OTONI, Luciana. Juízes empregam “constelação familiar” para tratar vícios e recuperar presos. Agência CNJ de Notícias, 25/04/2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86637-juizes-empregam-constelacao-familiar-para-tratar-vicios-e-recuperar-presos>. Acesso em: 29 maio 2019.

reintegração à sociedade e resulta no registro da não reincidência dos detentos participantes do projeto.

A visão sistêmica objetiva o reconhecimento da complexidade do conflito em sua totalidade como ensina Célia Regina Zapparolli¹⁰⁷:

De acordo com essa visão, as propriedades essenciais de um organismo ou sistema vivo surgem das interações e relações entre as partes. Essas propriedades são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Embora possamos discernir partes individuais em qualquer sistema, a natureza do todo é sempre diferente da mera soma de suas partes.

Por esta perspectiva têm-se atenção ao conflito como parte de um todo composto por pessoas e fatos que vão além da parte que vem à tona em forma de conflito.

2.4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

O Código de Processo Civil, em seu artigo 166, dispõe que os procedimentos de conciliação e mediação serão norteados pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

A Lei da Mediação, por sua vez, elenca em seu artigo 2º os princípios da imparcialidade do mediador, da isonomia entre as partes, da oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e por fim, da boa-fé.

A Resolução CNJ n. 125/2010 em seu Anexo III, onde normatiza o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais elenca e conceitua os princípios da confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes,

¹⁰⁷ ZAPPAROLLI, Célia Regina. Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos prevenção e gestão de crises. In: SALLES. Carlos Alberto de et al. Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

empoderamento e validação como os princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais¹⁰⁸.

Em análise às disposições contidas nos diplomas que regulam os meios adequados de solução de conflitos, é notório que o protagonismo foi entregue às partes, o que se mostra quando o legislador entrega aos conflitantes a liberdade de gestão sobre a resolução do próprio conflito.

O que se vê, por exemplo no Código de Processo Civil, tanto no momento da liberdade assegurada às partes para a escolha do terceiro¹⁰⁹ quanto na garantia de manutenção da autonomia na escolha dos procedimentos¹¹⁰.

Os princípios norteadores da conciliação e mediação garantem às partes procedimentos mais efetivos, céleres, justos e adequados. Além de diferenciar a atividade auto compositiva da judicante e nortear a atividade do facilitador, seja ele conciliador ou mediador, rumo ao sucesso do procedimento com resultados efetivos, afastada a possibilidade de agravamento do conflito.

¹⁰⁸ Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese; II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido; III - Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada; IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente; V - Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável; VI - Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes; VII - Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição; VIII - Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

¹⁰⁹ Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

¹¹⁰ Art. 166. (...) § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil, Op., cit.

3. DESENHO DE SISTEMAS DE DISPUTAS E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS

A revisão do contexto histórico explicita a mudança de paradigma do acesso à justiça, onde, primeiramente o caminho da juridificação¹¹¹ do conflito humano ocorreu e, num segundo momento, nascem os esforços para retração do movimento anterior.

Isto, com o incentivo à utilização precípua dos métodos adequados de solução de conflitos em relação à judicialização¹¹² com o objetivo de superar o momento de crise de justiça ocasionado pela cultura de sentença como explanado alhures.

3.1. BASE TEÓRICAS DO DESENHO DE SISTEMA DE DISPUTA

A utilização dos meios adequados de solução de conflitos, por si só, não é garantia de resolução efetiva do conflito social que culminou na demanda, o desenvolvimento de estudos e análises das controvérsias, são fios condutores e protagonistas para ampliar os meios conhecidos e até a percepção que pode culminar com um modelo mais híbrido.

¹¹¹ Como explica Velasco (2004, p. 69-70), “um problema que o autor tinha estudado cuidadosamente no final dos anos setenta e início dos anos oitenta foi o fenômeno de juridificação, entendido como uma manifestação sintomática do processo mais amplo de colonização do mundo da vida pelas exigências funcionais do sistema. Por investigar isso, não pode deixar de relatar que, após a tentativa de implementar a racionalidade nas relações humanas e reduzir a complexidade social, a extensão tal imparável da dominação racional-legal que envolve efeitos puramente reificantes e desumanizantes. Por outro lado, as suas posições sobre as questões como o significado de desobediência civil, hobbesianismo alemão, a relação entre direito e moral, a soberania popular ou o direito de cidadania, vinham acontecendo desde os anos oitenta a um ritmo tal que permitia pensar que ele estava operando uma guinada jurídica na teoria habermasiana da sociedade. A sua vez, causou, em última instância pela descoberta da lei como um fator decisivo de modernização. Esta alteração poderá também obedecer a outras razões mais fundamentais, embora ligado ao que acabamos de mencionar. Assim, com alguma frequência, Habermas, de uma forma mais ou menos, explicita, no que diz respeito às necessidades de integração social, que o sistema jurídico pode compensar os espaços vagos deixados pelas religiões em diversas sociedades complexas de hoje”. VELASCO, Juan Carlos. Acerca del “giro jurídico” de la Teoría Crítica. Isegoría. Madrid, n. 10, 1994, p. 174-189.

¹¹² Mas o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa), significando também que o processo deve se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação, implicando o direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem sobre o convencimento do juiz. Corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional são todas as garantias do devido processo legal, que a Constituição brasileira detalha a partir do inc. LIV do art. 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (inc. LV do mesmo artigo). GRINOVER, Ada Pellegrin. A Inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. Revista Brasileira de Direito Constitucional. RCD CM. 10 – jul./dez.2007, pg. 14. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16014217.pdf> Acesso em: 14 jun. 2019.

Nesse sentido, pode-se destacar que quanto à efetividade dos métodos depender da voluntariedade de consenso das partes, afirma Paulo Henrique Raiol Ostia¹¹³:

Por mais que entregue às partes o poder de se autodeterminar, de criar suas próprias soluções, com alto nível de satisfação pela compatibilidade com seus interesses, os meios consensuais dependem do consenso. Assim, caso haja a quebra da sequência de consensos por um dissenso, tem-se como implicação o fim das tratativas e a não composição do conflito.

Contudo, a experiência de ineficácia com os métodos consensuais, pode ocorrer por outros fatores, como a inexistência de estrutura adequada. O que inclusive, pode frustrar a sociedade quando, ao procurar pela promessa de sucesso vinculada aos Meios Adequados de Solução e Conflitos - MASCs – oportunidade de diálogo, celeridade e baixo custo, por exemplo -, depara-se com o oposto. (FALECK, 2018).

Como já afirmado alhures, cada métodos de resolução é adequado para uma universalidade de conflitos distinta daquela a qual se reportam os outros métodos e a falha na escolha do método pode inviabilizar o sucesso do procedimento.

Como bem assevera Ostia¹¹⁴:

Deve-se observar, entretanto, que o problema da efetividade em tela não se encontra na solução, mas sim na possibilidade de um não acordo e, dessa forma, do mecanismo não resolver o conflito. Ou seja, o problema da efetividade aqui discutido, não diz respeito à solução alcançada por meio dos mecanismos consensuais, mas sim, refere-se ao mecanismo em si.

Desta forma, considerando a multiplicidade de conflitos e de mecanismos, tem-se que a indicação à escolha do meio de resolução a ser utilizado em cada demanda deve ser direcionada pela adequação. O que sucede a análise do conflito por uma nova lente sistêmica como acentua Diego Faleck¹¹⁵:

¹¹³ A esse respeito. OSTIA, Paulo Henrique Raiol. Desenho de Sistema de Solução de Conflitos: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Orientadora: Susana Henrique da Costa, p. 87.

¹¹⁴ Sentido em que. OSTIA, Op., cit. 87.

¹¹⁵ Uma nova lente na concepção de FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.2.

Tais lentes compreendem a mudança de enfoque de análise de um mecanismo particular para o reconhecimento de toda a ordem de mecanismos processuais e canais disponíveis às partes em um determinado contexto, o reconhecimento de como estes funcionam e principalmente de como eles interagem – uma análise de sistemas,

Assim, a proposta do desenho de sistemas de disputa compreende a universalidade de métodos e canais aptos a viabilizar a resolução do conflito, todos dispostos à escolha das partes.

Dentro desta análise sistêmica, direcionam a escolha os aspectos endossistêmicos¹¹⁶ e exossistêmicos¹¹⁷. Compreendidos, de maneira simplificada, respectivamente como meios e canais de resolução de conflitos.

Os MASCs já foram aqui trabalhados e ainda o serão, sob a perspectiva do desenho de sistemas de disputa, porém, quanto aos canais, cabe a elucidação de que, se trata dos lugares onde os meios serão aplicados.

Neste sentido, Diego Faleck¹¹⁸ sustenta:

Mecanismos processuais são oferecidos por meio de um canal. Canais correspondem a um locus para a resolução de uma disputa, ou seja, uma ou mais portais por meio das quais uma instituição, organização ou até um indivíduo oferecerá um ou mais mecanismos processuais para a utilização pelas partes. Exemplos de canais são os tribunais estatais em geral, os Juizados Especiais Cíveis e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) nos tribunais estatais, as câmaras de mediação e arbitragem institucionais, os escritórios privados de mediação, os serviços de proteção de consumidor oferecidos por agências reguladoras, os serviços de atendimento aos consumidores prestados por empresas, as ouvidorias, os sítios eletrônicos de resolução de disputas e os próprios arranjos procedimentais consensuais que aqui discutimos, quando institucionalizados.

Há uma relação de dependência entre estes dois institutos, uma vez que exercem um sobre o outro, relação de potencialização – quando escolhidos de forma coordenada -, e da mesma forma, o meio adequado pode não surtir os efeitos

¹¹⁶ Endossistêmicos, significa um arranjo processualista que integra no sistema, segundo FALECK, op., cit, p. 19.

¹¹⁷ Exossistêmicos, integra vários tipos de canais, amplamente ofertados num ambiente de livre escolha onde as partes dispõem de universalidade de meios para tratar seus conflitos. FALECK, op., cit, p. 22

¹¹⁸ Mecanismos por meio de canais no entendimento de FALECK, op., cit., p. 33

esperados quando inserido no contexto do canal inadequado e vice-versa (FALECK, 2018).

Outra questão que o desenho de sistemas de disputas propõe, pelo prisma da adequação para alcance da efetividade é, a possibilidade de prever um sistema de resolução escalonado, composto por diversas combinações de meios e canais sequenciados em fases, onde falhando o primeiro, passa-se ao próximo, desenhado com base nos interesses, iniciando-se pela de menor custo, como se verá adiante.

Corroborando com as ideias que perpassam o desenho de sistemas de disputas o que Carlos Alberto Salles chamou de instrumentalidade metodológica que definiu, como recorda Paulo Henrique Raiol Ostia¹¹⁹ como a técnica que:

Consiste em modificar a forma de análise do direito processual. Ao invés de partir-se da norma de processo, parte-se da análise de um campo específico da realidade jurídica e social, para, verificados os condicionantes que lhe são peculiares, determinar a melhor resposta processual para o problema estudado.

Desta forma, a instrumentalidade metodológica muda o foco do processualista, ao invés de iniciar-se o trabalho pela norma procedimental, inicia-se pela análise do caso e pelo sentir da realidade social geradora dos efeitos jurídicos que se pretende produzir ou estancar para só então analisar quais medidas atendem os interesses dispostos.

Neste sentido Salles,

A resposta da instrumentalidade metodológica é de estudar o processo a partir de um campo específico, de maneira a propiciar melhores condições para a avaliação da resposta processual dada em situações de grande especificidade, permitindo uma interpretação. Aplicação e adequação mais abalizadas das normas processuais [...]. A instrumentalidade metodológica poderá, evidentemente, gerar subsídios para moldar procedimentos consensuais para a resolução de litígios. Nesse campo, há que se esperar do processualista, mais do que a simples aplicação das normas procedimentais, a capacitação para construir arranjos ou desenhos procedimentais aptos a atender a situações de grande complexidade. (apud Faleck, 2018)

Logo, com estas ideias se conclui que o processo civil não deve se ater unicamente ao procedimento, encaixando as pessoas nas formas num esquema de

¹¹⁹ Instrumentalidade Metodológica nas palavras de Salles conforme cita, OSTIA, 2015, Op. cit., p. 31.

automação que desumaniza o conflito transformando-o apenas em um conteúdo de sentença, independente da efetividade dos efeitos que essa produzirá.

O que encontra relação com outra base do DSD, a interdisciplinaridade. A interdisciplinaridade pode ser entendida como a reunião de diversas áreas dos conhecimentos científicos que formaram a sociedade em que vivemos – economia, política, antropologia, sociologia, psicologia – outrora separados em especificidades para, combinando seus expoentes – o que reproduz a relação natural dos sujeitos e ambientes que é a de interação – rumo ao melhor resultado na resolução dos conflitos (OSTIA, 2015).

Por fim, como já mencionado anteriormente, a autonomia de vontade é base forte dos meios adequados de solução de conflitos e como sustenta Paulo Henrique Raiol Ostia¹²⁰:

A autonomia privada é um princípio que constitui aos indivíduos a liberdade de gerir seus próprios interesses. Este princípio decompõe-se em diferentes aspectos, dentre os quais o de criar ou não relações jurídicas, definir com quem estabelecer estes vínculos e também seus conteúdos.

Assim, considerando a ponderação dos princípios na execução do Direito, a efetividade da tutela jurisdicional não é valor universal, podendo ser preterida pelos próprios conflitantes sob o manto da autonomia de vontade quando a este couber melhor contratar entre si a submeter o conflito à adjudicação estatal.

3.2. O MÉTODO DO DESENHO DE SISTEMAS DE DISPUTAS

O Desenho de Sistemas de Disputas, originalmente *Dispute System Design*, que aqui trataremos simplesmente como DSD, é fruto de uma série de avanços das teorias da negociação.

O que se deu por meio dos estudos, pesquisas e publicações provenientes do *Program on Negotiation*¹²¹ subsidiado pela *Harvard Law School* que em seu domínio na internet conceitua a técnica como:

¹²⁰ Assim sustenta, OSTIA, 2015, Op., cit., 34.

¹²¹Originalmente: *Dispute System Design (DSD) is the process of identifying, designing, employing, and evaluating an effective means of resolving conflicts within an organization. In order to be truly effective, dispute systems must be thoroughly thought out and carefully constructed.* (livre tradução). Disponível

O Dispute System Design (DSD) é o processo de identificar, desenhar, empregar e avaliar um meio eficaz de resolver conflitos dentro de uma organização. Para ser verdadeiramente eficazes, os sistemas de disputa devem ser cuidadosamente pensados e cuidadosamente construídos.

O conceito inicial de DSD surgiu na obra *“Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict”* de autoria de William Ury, Jeanne Brett e Steven Goldberg, publicada em 1993, em Cambridge, nos Estados Unidos, país de onde emanam tantas outras obras que se mantêm como referenciais teóricos até os dias de hoje nesta matéria¹²².

No Brasil, o expert em DSD é Diego Faleck¹²³, designer que atuou na criação dos sistemas destinados à resolução dos conflitos provenientes dos dois grandes desastres aéreos ocorridos sob a jurisdição brasileira.

Respectivamente, a Câmara de Indenização criada em decorrência do acidente com o voo TAM3054 (CI3054), ocorrido em 17 de julho de 2007 e o Programa de Indenização criado em decorrência do acidente com o voo Air France 447 (PI447), corrido em 31 de maio de 2009.

Também atuou na criação do Programa de Indenização Mediada (PIM) criado em decorrência do desastre ambiental ocorrido em 05 de novembro de 2015, no município de Mariana – Minas Gerais, com o rompimento das barragens de Fundão e Santarém.

Três experiências de sucesso na aplicação do Desenho de Sistemas de Disputas no Brasil que serão detalhadas mais adiante.

Faleck também é autor do livro *“Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos”*, primeira obra

em: <https://www.pon.harvard.edu/daily/dispute-resolution/what-is-dispute-system-design/> Acesso em: 11 jun. 2019.

¹²² Além dos autores já mencionados, obras de Frank Sander, Anthony Kronman, Robert Mnookin, Bruce Patton, Sheila Heen e Robert Bordone, entre outros, estruturam as ideias de Desenho de Sistemas de Disputas.

¹²³ Diego Faleck é mediador empresarial, negociador de conflitos e especialista em desenho de sistemas de resolução de disputas, com atuação em casos nacionais e internacionais de destaque e repercussão. Faleck é formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998), com especialização em Direito Contratual pela mesma instituição (2002), mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School (2006) e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2017). Disponível em: <http://faleck.com.br/nosso-time/diego-faleck/> Acesso em 11 jun. 2019.

publicada no Brasil acerca desta matéria¹²⁴, na qual traduz o conceito segundo os doutrinadores Ury, Brett e Goldberg¹²⁵ como:

O DSD pode ser entendido como a organização deliberada e intencional de procedimentos ou mecanismos processuais, que interagem entre si, e, quando aplicáveis, de recursos materiais e humanos, para a construção de sistemas de prevenção, gerenciamento e resolução de disputas. (apud FALECK, 2018)

Desta forma, o Desenho de Sistemas de Disputas surge no panorama brasileiro como uma proposta corajosa e inovadora frente aos MASCS, permitindo sua potencialização por meio da aplicação planejada e estruturada sobre uma análise ampla do caso e das peculiaridades que o compõem.

O método é pautado por 6 (seis) princípios como cita Paulo Henrique Raiol Ostia¹²⁶:

Os 6 (seis) princípios : (i) o conflito deve ser tratado, preferencialmente, com foco nos interesses das partes; (ii) o sistema de solução de conflito deve ser desenhado de forma escalonada, prevendo diferentes mecanismos em sequência, do menos para o mais custoso; (iii) apesar da ênfase no interesse, devem ser previstos procedimentos de baixo custo, baseados em regras e força, que funcionem como vias complementares, caso os métodos consensuais baseados em interesses venham a falhar; (iv) o procedimento desenhado deve ser criado de forma a encorajar os litigantes a voltar à negociação; (v) devem ser desenhados mecanismos profiláticos, que previnam o surgimento do conflito ou da disputa, baseado em procedimentos de consulta prévia ou de feedback das partes e interessados em relação às soluções alcançadas pelo sistema; (vi) deve-se providenciar motivação, habilidades e os recursos necessários às partes, aos interessados e aos sujeitos necessários para fazer o mecanismo funcionar.

Com base nestes princípios, a criação de um sistema de disputas tem um desenrolar lógico e estruturado, como se verá adiante, com passos que devem ser seguidos para realizar todos os 6 (seis) princípios elencados acima garantindo às partes a melhor resolução do conflito existente.

¹²⁴ Precedida apenas pela dissertação de mestrado de Paulo Henrique Raiol Ostia e o artigo publicado por Diego Faleck em 2009 que também compõem as referências desta monografia.

¹²⁵ Conceito da década de 90 traduzida por FALECK, 2018 op. cit., p. 1.

¹²⁶ Os princípios do sistema segundo, OSTIA, 2015, op. cit., p. 108-109.

3.2.1. Passos essenciais do Método

Para executar o DSD é necessária a observação de uma sequência de passos essenciais que juntos, constroem o ambiente necessário para o desenvolvimento do método aplicado ao caso concreto. São estes passos efetivos são: a iniciativa, o diagnóstico, a definição dos objetivos do DSD e sua preconcepção e, por fim a implementação e avaliação.

3.2.1.1. Da Iniciativa

A análise da iniciativa é o momento de avaliação da possibilidade de resolução do conflito por meio do Desenho de Sistemas de Disputas. A análise em si, é perfunctória e não pretende estabelecer papéis maniqueístas de vítimas e ofensores para sentenciar os culpados às suas penas.

A doutrina ensina que há pontos cruciais que indicam a viabilidade do projeto, como destaca Diego Faleck destacando as análises de,

Sander, Bordone, Rogers e McEwen elencam quatro perguntas sobre se uma iniciativa de desenhar um sistema deve ser levada à frente: (i) é possível que exista um processo ou sistema melhor, que aprimore a situação dos envolvidos e possa ser implementado?; (ii) se sim, quem deve ser envolvido no desenho do processo ou sistema?; (iii) quais são as maneiras mais efetivas de se ganhar aceitação como um designer?; (iv) como o papel do designer deve ser definido conceitualmente?(apud, Faleck, 2018)

Neste ponto, cabe ao *designer* conhecer o conflito e as peculiaridades que lhe são inerentes para concluir se a criação de DSD é de fato a melhor escolha dentro das opções de que as partes dispõem.

Como já mencionado é necessário pensar o todo de maneira sistêmica, desde a análise dos custos e respectivamente de qual origem virão as reservas que subsidiarão a criação do sistema até a receptividade das partes com o método.

Na fase de iniciativa o *designer* atua como um coletor de informações que deve inspirar confiança em todas as partes e quando for o caso, assegurar à elas que

o método do desenho de sistemas de disputas é a melhor alternativa, capaz de oferecer benefícios que nenhuma outra dispõe.

Logo, é necessário que o *designer* permita que o sistema lhe entregue qual a construção mais adequada, o que só é possível por meio do conhecimento do conflito pelo olhar dos próprios conflitantes, são eles que compõem o sistema e são as pessoas mais capazes de indicar ao *designer* quais necessidades a resolução deve abranger.

Isto pode ser feito por meio das entrevistas, nelas o *designer* pode valer-se dos conhecimentos e técnicas provenientes da teoria da negociação, como o uso da escuta ativa por meio das perguntas abertas – que podem ser definidas como perguntas que não podem ser respondidas de maneira simplória com as palavras “sim” e “não”, portanto exigem maior reflexão para construção da resposta – e igualmente, das perguntas de clarificação que permitem, por meio da reflexão e organização das ideias a exploração do que realmente foi dito (FALECK, 2018).

Neste sentido, Diego Faleck ¹²⁷sustenta:

O padrão de um designer é ouvir, e não falar. A fala de um designer deve ter um propósito bem definido, como avançar a construção do processo ou fazer com que as partes se sintam compreendidas. A escuta ativa compreende o engajamento com as palavras e linguagem corporal dos outros para entender as suas perspectivas. Parte de escutar é responder de uma maneira que reconhece e demonstra entendimento do que está sendo dito, ou que busca clarificação do que foi dito.

Os sentimentos das partes quando mal direcionados, muitas vezes se sobrepõem ao conflito e dificultam a sua resolução. O *designer* pode contornar este empecilho por meio das técnicas de espelhamento e reformulação que permitem que a parte ouça aquilo que transmitiu, em sua própria forma e de maneira positiva, desvinculada dos sentimentos impostos e direcionada à cooperação (FALECK, 2018).

Ainda, válida a utilização das técnicas do resumo – que recorda pontos específicos das falas da parte para elucidação e organização das ideias -, do silêncio – nos momentos em que nenhuma palavra proporcionaria melhores efeitos para a resolução -, e, da linguagem corporal de postura aberta que proporciona às partes maior confiança e sensação de estarem sendo efetivamente ouvidas (FALECK, 2018).

¹²⁷ FALECK, 2018, op. cit, p. 38.

Estas técnicas são capazes de facilitar as tarefas conjuntas do *designer* em coletar os dados para a análise, criar confiança com as partes e identificar os pontos de conflito e convergência dos interesses das partes para viabilizar a aplicação do método.

A realização efetiva dessas tarefas perpassa, essencialmente as características ideais ao *designer*, porém as trataremos mais adiante em seção própria.

3.2.1.1.1. Características do Designer

O *designer* é parte decisiva para o sucesso do sistema a ser desenhado. A essência deste trabalho exige daquele que se propõe a ser *designer* características pontuais para que ocupe da melhor forma seu espaço no procedimento, sem exceder nem faltar às suas funções.

Neste sentido Ostia¹²⁸:

Deve-se desenhar os sistemas *com* e não *para* os interessados. Se o *designer* constrói o sistema sem os interessados, eles podem ou não utilizá-lo. Já se o sistema é feito pelos interessados e pelo *designer*, eles não só o utilizarão, como o melhorarão, divulgarão a ideia do desenho de sistemas e seu próprio sistema, como se deles fossem, ou melhor, divulgarão seu próprio sistema, do qual, de fato, são atores. Assim, considerando os diversos aspectos do DSD, deve-se dar preferência ao processo de criação, no qual há participação ativa dos interessados.

Denota-se com isso que a função do *designer* não é a de decidir pelas partes sem considerá-las, mas de equilibrar o desenho buscando, tanto quanto possível, a interação de seus interesses para a convergência.

Contudo, o *designer* também não pode ser um mero cumpridor de desígnios das partes, deve ter conhecimento da sua autoridade como *expert*, não de maneira a suprimir os interesses das partes, mas sim para atendê-los na medida em que são benéficos também à coletividade.

Neste sentido Diego Faleck¹²⁹:

¹²⁸ Construção do sistema, segundo OSTIA, 2015, op. cit.

¹²⁹ Sentido de satisfação das necessidades destaca FALECK, op. cit, p. 40.

De fato, autores norte-americanos criaram a definição de “*lawyer-statesman*” ou “*problem-solving lawyer*”, que tem o enfoque não apenas em “ganhar” os seus casos, mas em satisfazer as necessidades da diversidade de partes e terceiros afetados pela disputa e em procurar novas soluções. Tais respostas podem requerer a organização de recursos materiais, criação de instituições, edição de novas regulações, e implementação e execução de novos planos.

Assim, o advogado quando investido da função de *designer* deve viabilizar acordos de ganhos mútuos, estimular valores de honestidade e confiança entre as partes e priorizar por condutas que potencializem os benefícios ao invés de criar condições para a escalada do conflito rumo à litigiosidade.

4.2.1.1.2. Da análise dos custos

Originalmente, o DSD foi criado para reduzir os custos da resolução de conflitos. E quando fala-se custos estão inclusos não somente os valores monetários, o DSD, em fase de criação deve pensar a redução de custos por uma visão sistêmica.

Neste sentido Paulo Henrique Ostia¹³⁰:

Conforme Ury, Brett e Goldberg, quando do desenho de um sistema de solução de conflitos à luz do DSD, deve-se considerar o custo da disputa, o custo de disputar ou custo do tratamento do conflito (*cost of disputing*). Ele se decompõe em quatro elementos: (i) custos da transação; (ii) satisfação com os resultados; (iii) consequências para a relação entre as partes e (iv) a possibilidade de reincidência do conflito.

Assim, a criação do DSD demanda a análise de diversos aspectos do conflito que compõem a resposta se este é viável e benéfico ou não. Os custos da transação, por exemplo, englobam a atribuição de valor ao tempo, o custo econômico e o emocional, o que já se perdeu com o conflito e as oportunidades que poderão ser perdidas se este continuar (OSTIA, 2015).

Igualmente Diego Faleck¹³¹:

¹³⁰ O custo da disputa deve ser considerado é nesse sentido, OSTIA, 2015, op. cit, p. 112.

¹³¹ FALECK, Diego. **Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre e Curitiba, Ano V, n. 23, p. 7-32, jun.-ago.-set. 2009, p. 13.

Os custos de transação são todos os custos da disputa, incluindo os gastos de dinheiro, tempo, energia emocional e perda de oportunidade. Não é exagerado dizer que a via judicial aumenta, em regra, cerca de 30% o custo da indenização do que a via amigável, em gastos, por exemplo, com custas judiciais, honorários de advogados, sucumbência, perícias judiciais, lucros cessantes advindos do contingenciamento dos valores relativos ao sinistro perante a Superintendência de Seguros Privados (Susep), prejuízos advindos da manutenção de tal passivo no balanço das empresas, perda de oportunidade, entre outros.

A satisfação com os resultados vai ao encontro da necessidade de chamamento das partes à resolução mencionado alhures. Quanto às consequências para a relação entre as partes a análise é a da possibilidade de realização de mediação construtiva que restaure e fortaleça a relação das partes (OSTIA, 2015).

Da mesma forma Diego Faleck¹³²:

A satisfação das partes com decisões judiciais nem sempre é garantida na medida em que a parte, quando não tem controle sobre a decisão e vê suas expectativas frustradas, tem a tendência a se tornar irredutível. O enfoque adversarial, em ganhar ou perder, geralmente causa ressentimento na parte perdedora, que normalmente não desiste, apelando a instâncias superiores o tanto quanto possível. Quando vencida, ainda que parcialmente, a parte tem a tendência de considerar que o juiz não examinou o caso com o devido zelo, que a decisão não foi justa, que a lei é falha e assim por diante. As partes, apesar de ouvidas em juízo, em algumas hipóteses, o fazem para esclarecer fatos de maneira distante e impessoal e jamais para expressar suas visões e preocupações.

Já no que tange à possibilidade de reincidência do conflito, a análise abrange a natureza do conflito e igualmente da relação das partes. Afere-se também a durabilidade da solução que se pretende desenhar e se é necessário antever novos conflitos viabilizando a facilitação da resolução destes (OSTIA, 2015).

Com base nessa análise de custos o desenho pode ser pensado estruturando soluções de maneira escalonada, iniciando pelas resoluções com base nos interesses que geralmente tem um custo global reduzido visto que produzem mais respostas positivas dentro dos parâmetros de análise acima mencionados. Seguida pelas resoluções baseadas em regras ou poder como se verá mais adiante.

¹³² FALECK, Diego, op. cit., p. 13.

3.2.1.2. Do diagnóstico

Quando do momento do diagnóstico, o *designer* de posse dos dados colhidos na fase de análise da iniciativa irá mapear o conflito. O diagnóstico, possui três frentes cruciais, identificar de forma sistêmica: (i) quem são as partes; (ii) quais são as disputas e; (iii) quais são os canais e mecanismos que serão adotados no desenho.

Ignorar a fase de diagnóstico pode condenar o sistema ao insucesso por diversos fatores que podem surgir do que se deixou de analisar detidamente. A inadequação do procedimento, a insatisfação de uma parte que escolhe deixar o sistema, o direcionamento equivocado do sistema.

Existem conflitos que não comportam a resolução por meio do DSD e não há problema em admitir que a técnica não é universal até porque, baseia-se na visão sistêmica que compreende a necessidade de adequação e criatividade na resolução dos conflitos, mas um sistema demanda a participação de diversos atores, o emprego de recursos humanos e materiais e quando estes não estão disponíveis, o DSD deixa de ser uma boa alternativa.

Como paradigma de inadequação ao DSD, têm-se o exemplo do incêndio ocorrido em 27 de janeiro de 2013 em Santa Maria, Rio Grande do Sul, nas dependências da Boate Kiss, com 242 vítimas fatais e 680 sobreviventes feridos. A criação de um sistema de indenização semelhante aos casos CI3054 e PI447 que trataremos adiante parecia a melhor opção de arranjo processual capaz de atender aos interesses das partes (FALECK, 2018).

Ocorre que, a ausência de recursos suficientes à cobertura das indenizações - com a apólice de seguros e os bens dos sócios tendo sido demonstrados irrisórios frente ao montante que as indenizações significariam -, inviabilizou a criação de um arranjo procedimento de sistema de indenização (FALECK, 2018).

A responsabilidade do poder público, que à época não se tinha certeza, tem sido confirmada reiteradas vezes nos tribunais, mas até os dias atuais não há sequer uma família que tenha recebido a reparação financeira requerida em juízo¹³³.

¹³³TREZZI, Humberto. "Seis anos após tragédia da Kiss, nenhum dos mais de mil pedidos de indenização foi pago". **Gaúcha ZH**. Santa Maria. 21 de janeiro de 2019. Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2019/01/seis-anos-apos-tragedia-da-kiss-nenhum-dos-mais-de-mil-pedidos-de-indenizacao-foi-pago-cjrcg4vvh00fr01ny8ad06mbv.html> Acesso em 14 jun. 2019.

Sendo assim, a tentativa de criar um sistema que seria diagnosticado como inviável expõe as partes a maiores desgastes, além de desperdiçar recursos e oportunidades de resolução. Logo, melhor não criar um sistema que não se justificará em seus resultados positivos.

3.2.1.3. Definição dos Objetivos do DSD – preconcepção do desenho

Considerando a realização da análise da iniciativa bem como do diagnóstico do sistema por meio da identificação das bases do sistema, o *designer*, tem no momento da preconcepção do desenho a responsabilidade de definir os objetivos do arranjo que irá desenhar para as partes.

Seguindo os preceitos da técnica do DSD, a concepção do arranjo se dará com enfoques aos interesses das partes, fortalecendo os pontos de convergência.

Somado a esta premissa dos interesses, buscará alinhar-se também com alternativas de custo global mais baixo. Contudo, pode estruturar tal sistema prevendo cláusulas escalonadas. Se a resolução com enfoque nos interesses se mostrar ineficaz não deve manter-se preso, mas mudar a técnica, partindo para os mecanismos e canais que foram pensados sob o enfoque das regras e poder.

Os objetivos do sistema devem atender aos interesses das partes da forma mais completa possível, isso demanda diferenciar interesse de posição. É comum que as partes, quando questionadas inicialmente, revelem posições e não seus reais interesses. O que a parte diz que quer (posição) é, geralmente dissonante daquilo que a parte realmente quer (interesse). Identificados os reais interesses, com o trabalho aplicado do designer, pode-se traçar os contornos do DSD (FALECK, 2018).

Este momento da definição dos objetivos do sistema se dá com base na utilização do conceito de BATNA¹³⁴, já trabalhado alhures, onde as partes em disputa estabelecem suas melhores alternativas ao acordo que servirão como forças atrativas que impedem que o acordo seja injusto e crie uma situação de insatisfação futura para uma das partes, que pode abandonar o sistema ou encaminhar o conflito para a escalada litigiosa.

¹³⁴ Recorde-se o conceito trazido no Capítulo 3 desta monografia: BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement) - em livre tradução, Melhor Alternativa ao Acordo Negociado (MAAN) -, é como um limitador da barganha, o BATNA deve conter o que é mais precioso para a parte no processo em tela.

A tomada da decisão do caminho a ser seguido pelo *designer* não é aleatória, Faleck alerta que ela pode se basear em três lógicas, a da análise da decisão, da árvore da decisão e pelo prisma da teoria dos jogos. Todas essas lógicas, demandam análises estruturadas dos dados entregues pelo sistema que objetivam o exercício da visão sistêmica pela análise dos resultados que cada escolha pode fornecer.

Considerando que, como já mencionado, os conflitos podem ser resolvidos pela dominação, compromisso ou integração sendo mais benéfico estabelecer um ambiente de cooperação que integra os interesses das partes, pensar diversas possibilidades é blindar as partes de exercerem poder uma sobre a outra por falta de alternativas.

Dessa forma o mecanismo deve ser adequado ao sistema e o canal também com vistas ao atendimento dos interesses e superação dos obstáculos do sistema.

Diego Faleck¹³⁵ afirma que a análise para a definição dos mecanismos e canais adequados deve considerar:

- (i) quais são e como funcionam basicamente os procedimentos – por quem, por que e como são utilizados; (ii) custos e benefícios gerais dos procedimentos; (iii) comportamento e habilidades das partes e neutros, para determinar a necessidade de treinamento e informação; (iv) satisfação das partes; (v) questões de administração do procedimento, organizacionais, estratégicas e políticas envolvidas.

O mesmo autor, estabelece ainda, objetivos mais comuns e soluções mais adequadas como a redução de custos que é melhor atendida pela mediação, seguida pela arbitragem e pela adjudicação estatal em último lugar, com a ressalva que esta análise pode mudar nos casos de partes que fazem jus à gratuidade judiciária.

O objetivo de rapidez na solução possui a mesma análise da redução dos custos. Quanto à privacidade a mediação e arbitragem possuem o mesmo potencial de solução enquanto a adjudicação estatal não consegue atender à este objetivo visto que impõem que uma universalidade de auxiliares da justiça tenham contato com o caso.

A manutenção do relacionamento é outro objetivo onde a mediação possui o melhor desempenho, seguida da arbitragem, opostas à adjudicação que geralmente ocasiona o rompimento de todo vínculo pela polarização que lhe é peculiar.

¹³⁵ FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, s.p..

A mediação perde para adjudicação estatal e arbitragem somente nos objetivos que impõem posições de ganhador e perdedor, aqueles que dependem da característica vinculante inerente à condição de referência pública da interpretação da lei que o poder judiciário possui. São estes os objetivos de estabelecimento de um precedente, de fixação de uma justificativa pública e de maximização dos ganhos.

Estes resultados indicam que a mediação tem encontrado cada vez mais espaço devido à sua capacidade de alcance de maior quantidade de benefícios por seu caráter transformador que permite que o conflito seja não só algo que precisa ser resolvido, mas também um ponto de mudança e evolução onde a possibilidade de sistemas onde não há perdedores indica um caminho mais evoluído de pacificação social.

Os mecanismos disponíveis não se restringem aos utilizados individualmente – mediação, arbitragem e adjudicação -, podem ser utilizados mecanismos híbridos ou combinados como a med-arb¹³⁶, o *minitrial*¹³⁷, *summary jury trial*¹³⁸, *baseball arbitration*¹³⁹ e *early neutral evaluation*¹⁴⁰ são instrumentos combinados amplamente utilizados no panorama americano e cada vez mais frequentes no contexto brasileiro.

¹³⁶ A med-arb, por seu nome é autoexplicativa, as partes unem a mediação à arbitragem acordando previamente que determinados pontos do conflito serão tratados por mediação e sobre outros será reservado ao árbitro decidir. Aduz Fernanda Tartuce: o tratamento do conflito começa com uma mediação; caso as partes não alcancem um acordo, parte-se para a arbitragem; há também a variação arb-med, em que a sequência muda. Em ambos a proposta é que os meios sejam usados de maneira sucessiva e conduzidos por terceiros neutros; cada um deve exercer sua função, “mantendo-se a independência e autonomia principiológica e procedimental de cada método”. TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, s.p..

¹³⁷ Em livre tradução, *mini trial* significa um mini julgamento que segundo Fernanda Tartuce é: utilizado geralmente para resolver disputas que podem ser objeto de litigância demorada, visa à obtenção de uma solução mutuamente satisfatória; por ser talhado às necessidades dos participantes, podem agregar diversas técnicas. As partes, por seus advogados, apresentam suas teses a um consultor neutro, geralmente um advogado com experiência em relevantes áreas jurídicas, que dará sua opinião sobre o que ocorreria se o caso estivesse no tribunal; a partir de então as partes voltam a negociar um acordo, com ou sem a presença do consultor neutro. TARTUCE, 2019 Op. cit, s.p..

¹³⁸ Em livre tradução é o julgamento sumário ou prévio onde Fernanda Tartuce explica que: no *summary jury trial*, os advogados testam suas teses antes de levar o caso ao tribunal. Os advogados realizam breves apresentações de seus casos a um júri que não tem autoridade para resolver o conflito, mas cujos membros apresentam as mesmas características dos reais jurados. Seu veredicto não vincula as partes, mas as auxilia a mais bem compreender seus casos e talvez encoraje a realização de um acordo. TARTUCE, 2019 Op. cit, s.p..

¹³⁹ Diego Faleck explica que na técnica da *baseball arbitration* cada parte submete ao árbitro uma proposta com valor monetário, final, para a resolução da disputa. Ao final da audiência, o árbitro deverá escolher apenas uma das propostas, sem modificá-la. Essa modalidade limita o poder do árbitro, mas, por outro lado, incentiva as partes a serem diligentes e azoáveis na condução de sua negociação, na espera de convencer o árbitro a escolher a sua proposta. FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, s.p..

¹⁴⁰ Em livre tradução é a avaliação prévia por um terceiro neutro, meio que, segundo Fernanda Tartuce objetiva reduzir os custos e a demora do processamento da demanda, possibilitando que as partes

Por fim, quanto aos canais também há uma diversidade de possibilidades e inclusive a liberdade de criação de canais de contato das partes que pode ocorrer por meio de disponibilização de um espaço virtual de comunicação ou de um técnico treinado para fornecer o suporte necessário, por exemplo.

Vistos os mecanismos em si, passa-se a ideia de sequenciamento de meios, que pode ocorrer por meio do que Ury, Brett e Goldberg chamaram de escada de resolução de disputas composta por degraus que ordenam mecanismos de prevenção, negociação baseada em interesses, mediação, estruturação de mecanismos de retorno aos procedimentos baseados em interesses e dos mecanismos de apoio de menor custo (FALECK, 2018).

Sendo assim, o sistema, não pode ser constituído de práticas aleatórias, mas deve ser pensado de forma a viabilizar o entendimento das partes da importância de manter o conflito em tratamento, com suas contribuições na construção de um caminho personalizado capaz de promover a pacificação social do conflito.

3.2.1.4. Implementação e Avaliação.

A implementação do desenho deve ser o foco do *designer* durante todo o processo visto que o arranjo pré-concebido após as fases de análise e diagnóstico precisa ser realizável e eficiente para resolução da demanda da maneira mais satisfatória no momento de implementação e avaliação.

Um ponto crucial da implementação é a garantia de legitimidade do sistema. A legitimidade por ser atribuída ao sistema por meio de experiências de sucesso anteriores, escolha de profissionais experientes, participação do Estado ou simplesmente pelo consentimento das partes (FALECK, 2018).

Como afirmado, repetidas vezes ao longo desta monografia e por toda a bibliografia referenciada, o centro do DSD é a participação das partes interessadas e afetadas, na fase de implementação a qualidade do seu envolvimento é a base do

confrontem as forças e as fraquezas de suas teses em um estágio inicial; para tanto, contam com a assistência de um conhecedor prático e neutro para identificar pontos em que elas concordam ou discordam, fornecendo uma análise da tese de cada lado. Ele pode ainda prever o possível resultado caso a demanda vá a juízo, bem como oferecer auxílio às partes em um processo de negociação. TARTUCE, 2019, Op. cit, s.p..

sucesso do desenho. O DSD é antes de qualquer coisa uma relação humana (FALECK, 2018).

Algumas partes terão maior complexidade na integração e/ou maior poder de fortalecer ou esfacelar as bases do DSD, é importante identificar quais partes são estas e estabelecer formas de tratamento adequadas para estas especificidades. Uma opção é trabalhar de trás para frente com relação ao resultado esperado, numa perspectiva de quem diz o sim para quem tem menor participação (FALECK, 2018).

Para uma implementação de sucesso, também cabe ao *designer* garantir que as resistências das partes sejam antecipadas por meio da detecção de quais partes terão seus anseios contrariados de alguma forma. Neste momento, a análise compreende o que precisa mudar e o que precisa ser mantido, integrando o sistema na sua forma atual para evitar a rejeição do desenho pelas partes (FALECK, 2018).

O uso de programas-piloto advém da liberdade de uso da criatividade disponível ao *designer*. Além dos custos de um programa-piloto serem menores, possibilita que melhorias sejam realizadas ainda num ambiente de testes. Sua análise pode resultar em mudanças significativas no desenho e seus resultados podem gerar a adesão de partes que se mantêm resistentes ao uso do desenho (FALECK, 2018).

A institucionalização é outro ponto importante da fase de implementação, após os momentos de avaliação, diagnóstico, preconcepção e implementação de um projeto-piloto é possível analisar quais as melhores escolhas do sistema e onde é necessário aprimoramentos e é por meio inserção do de um programa em uma instituição que a continuidade e supervisão são asseguradas (FALECK, 2018).

O treinamento é a fase da implementação na qual os neutros que atuarão junto às partes são preparados para a execução do trabalho exato que o sistema desenhado prevê. As técnicas de trabalho dos neutros devem estar alinhadas ao conceito que baseou o sistema, não sendo desejável que atuem de maneira independente pois essa atitude colocaria em risco toda a estrutura pensada (FALECK, 2018).

A prevenção de disputas está diretamente relacionada à identificação das causas-raiz do conflito e do emprego de esforços para o fortalecimento do relacionamento das partes rumo à confiança mútua. Quando as causas-raiz são identificadas e tratadas de maneira adequada, sua resolução impede que novas disputas se construam sobre as mesmas bases que originaram o conflito que está sendo tratado pelo desenho (FALECK, 2018).

Por fim, importante ressaltar que a implementação não significa que formou-se verdades irrefutáveis acerca do desenho do sistema em questão, a avaliação é constante, o DSD é uma técnica de construção constante onde não existem compromissos com erros.

Da avaliação da implementação pode decorrer a revisão do sistema ou arranjo desenhado e da sua execução. A avaliação e revisão compreendem a análise dos dados coletados ao longo de toda a execução do programa, é deles que se extrai os resultados nos quais se baseiam decisões de melhorias e reconhecimento do sucesso dos pontos fortes do sistema (FALECK, 2018).

A avaliação e revisão implicam no privilégio ao rigor teórico em detrimento do que o ego do *designer* poderia querer ver. Nesta fase o foco é no enfrentamento dos desafios que a teoria não previu que a prática traria. O que melhor se desempenha pela análise quantitativa e qualitativa dos dados fornecidos pelo sistema em entrevistas e relatórios (FALECK, 2018).

Há algumas molduras disponíveis para a realização da avaliação. Desde a moldura já citadas nesta monografia no item que tratou da análise de custos que ocorre na fase de diagnóstico ou assumir a forma de outras molduras propostas pela bibliografia existente.

Neste sentido, aduz Diego Faleck:¹⁴¹

Ury, Brett e Goldberg (1993) propõem: (i) custos de transação; (ii) satisfação com resultados; (iii) efeitos no relacionamento e; (iv) reincidência da disputa. Constantino e Sickels-Merchant (1996) propõem: (i) eficiência (custo e tempo); (ii) efetividade (no resultado, relativa à durabilidade da resolução e ao impacto no ambiente); (iii) satisfação (com o processo, relacionamento e resultado). Susskind (1993), sugere: (i) justiça (percepção de legitimidade em substância e processo); (ii) eficiência, com relação ao processo, em termos de custo e tempo; com relação à substância, integração e captura de todo o valor possível pelas partes; (iv) estabilidade; (v) sabedoria, no sentido de se a decisão foi sábia, levando-se em conta o grau de informação que se tinha à época da resolução da disputa.

A avaliação deve ser pautada pelo atendimento aos objetivos do sistema e suas proporções da avaliação sempre serão ditadas pelas proporções do sistema e pela viabilidade (prática e financeira) da realização da avaliação. Com base nas

¹⁴¹ FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, s.p..

molduras expostas, a avaliação pode ocorrer por meio de formação de grupos focais, realização de entrevistas e criação de formulários de pesquisa disponibilizados às partes periodicamente, por exemplo.

3.3. EXEMPLOS DE ARRANJOS PROCEDIMENTAIS

Como afirma o professor Robert Bordone¹⁴² o contexto em que o DSD surgiu nos Estados Unidos compreendeu um momento em que a convergência de diversos fatores como a queda do sindicalismo, aumento do individualismo, crescente autonomia das partes, a própria globalização, o aumento de atitudes mais evoluídas no que tange ao conflito, o foco na redução de custos dos litígios e regulamentação dos ADRs¹⁴³ que impôs às organizações que criassem estruturas internas de resolução dos conflitos. E por fim, a sobrecarga dos tribunais que geraram discussões acerca da generalidade versus especificidade das organizações judiciárias.

Assim, Robert Bordone¹⁴⁴ ensina que o DSD possui duas categorias, a organizacional e a transacional, que possuem propostas de trabalho distintas.

O DSD organizacional é utilizado pela Organização das Nações Unidas, por grandes companhias, universidades e igreja, por exemplo. Já o DSD transacional é adequado para tratar conflitos gerados por eventos de grande porte que desencadeiam danos diversos como ataques terroristas, desastres aéreos, desastres naturais e delitos em massa, por exemplo.

Logo, os arranjos procedimentais do DSD podem envolver tanto a resolução de uma disputa já existente quanto a estruturação de um sistema preventivo de resolução de conflitos latentes de uma relação contratual, como a de trabalho dentro das companhias, por exemplo.

O DSD pode ser desenvolvido em diversos arranjos procedimentais distintos, de acordo com o caso concreto. Podem ser realizados arranjos contratuais,

¹⁴² Professor na *Harvard Law School* e uma das principais referências no tema, em sua aula magna “Introdução ao Estudo de Desenho de Sistemas de Resolução de Disputas (DSDs)”, ministrada junto ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) em 30 de novembro de 2017, cuja íntegra encontra-se disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aEFHz154mpw>> Acesso em 05 mai. 2019.

¹⁴³ *Alternative Dispute Resolution (ADR)* ou Meios Alternativos de Solução de Disputas (MASCs), em livre tradução, compreendidos pelos métodos já trabalhados no capítulo anterior.

¹⁴⁴ BORDONE, 2017, Op. cit.

desenvolvidos programas indenizatórios, sistemas organizacionais e institucionais e ainda, sistemas de resolução de disputas online.

Os arranjos contratuais se constituem em contratos mais sofisticados onde há a prevenção do litígio por meio da previsão de meios não adversários de resolução baseados nos problemas que podem surgir da relação contratual. Como exemplos, além das cláusulas arbitrais e as que preveem a mediação como requisito para o ingresso em juízo, também há a técnica dos “*dispute resolution boards*” (DBRs) que se constituem em comitês de resolução de disputas que reúnem *experts* capazes de antever o tipo de conflito que determinada relação pode gerar e assim, estruturar-se para resolução mais célere (FALECK, 2018).

Os sistemas organizacionais ou institucionais, constituem a estruturação de um ambiente de trabalho saudável onde os conflitos inerentes à rotina são antevistos, compreendidos e tratados de maneira harmônica. Os princípios da instituição são respeitados e os valores dos colaboradores também, havendo a oportunidade de fala e contribuição para todos de maneira a estabelecer e manter uma relação transparente e equilibrada (FALECK, 2018).

Já quanto aos sistemas de resolução de disputas online, constituem campo em amplo crescimento no mundo, movimento que se dá como produto da globalização e da revolução tecnológica que alteraram a forma das relações humanas, identifica-se que os conflitos são cada vez mais massificados e as resoluções precisam ser cada vez mais céleres para que sejam efetivas, segue-se assim o curso das relações de trabalho e consumo.

A técnica de resolução de disputas online, originalmente ODRs “*online dispute resolution*” pode ser focada em canalizar as técnicas não adversariais para o espaço virtual em diversos tipos de disputas. Todavia, esses arranjos são mais comuns nas relações de consumo, onde as plataformas que oferecem rankings de capacidade resolutiva das empresas - como o “Consumidor.Gov”¹⁴⁵ criado pelo Ministério da

¹⁴⁵ Definido pelo pela própria plataforma como: O Consumidor.gov.br é um serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet. Monitorada pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon - do Ministério da Justiça, Procons, Defensorias, Ministérios Públicos e também por toda a sociedade, esta ferramenta possibilita a resolução de conflitos de consumo de forma rápida e desburocratizada: atualmente, 80% das reclamações registradas no Consumidor.gov.br são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1560622684021> Acesso 15 jun. 2019.

Justiça -, intermedeiam as relações, oportunizando o contato consumidor-fornecedor fora do ambiente litigioso (FALECK, 2018).

Vistos alguns dos tipos de arranjos procedimentais, passa-se ao estudo do arranjo procedimental constituído na forma de programas indenizatórios. No Brasil, por ser o DSD ainda matéria recente, os exemplos mais cristalinos de uso do DSD advêm deste arranjo. Mesmo sendo este o mais complexo e estruturado, é o arranjo no qual esta monografia manterá o foco, em respeito à característica de abrangência temática limitada do Trabalho de Conclusão de Curso.

O contexto brasileiro conta hoje, com três grandes exemplos de aplicação do método do DSD por meio da criação de programas indenizatórios. Dois deles criados para resolução de demandas decorrentes de desastres aéreos e o último de desastre ambiental.

Como se verá adiante, são sistemas de disputas permeados de grande complexidade, com uma grande quantidade de vítimas - muitas fatais¹⁴⁶, o que geram diversos tipos de beneficiários -, danos com proporções distintas, promessas de valores indenizatórios em quantias vultuosas e muita influência dos sentimentos de dor e desejo de vingança. Todos estes fatores, somados ao malefício da exposição midiática que impões pressões desnecessárias ao conflito.

Note-se que o DSD, por seus pressupostos, princípios e referenciais técnicos foi, nesses casos, o meio capaz de entregar às partes, de forma satisfatória¹⁴⁷, como se verá adiante, a resolução de conflitos de grandes proporções, com uma universalidade de partes peculiar, potencialidade de gerar conflitos que se arrastariam por anos pela via judicial – nacional e internacional -, ocasionando a injustiça própria da justiça tardia.

Os programas indenizatórios podem surgir de iniciativas públicas ou privadas e ainda envolver contextos nacionais ou internacionais. Estes programas originam os exemplos mais notáveis de aplicação do DSD no Brasil e até mesmo nos Estados Unidos que compõem vasta lista de casos de sucesso como enumera Diego Faleck¹⁴⁸:

¹⁴⁶ Os desastres aéreos que deram origem à CI3054 e ao PI447 que se verá adiante não tiveram sobreviventes, o desastre ambiental que originou o PIM Renova, em contrapartida, possui um número de mortes menor, mas muito mais afetados vivos.

¹⁴⁷ Pela óptica da análise sistêmica dos custos, recorde-se, que satisfaz os custos econômicos, emocionais, de tempo e de insumos materiais e humanos. Atendendo aos interesses das partes e superando os desafios próprios do sistema.

¹⁴⁸ FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, s.p..

Entre os casos norte-americanos de maior destaque encontramos o *September 11th Victim Compensation Fund*¹⁴⁹ de 2001, o *Gulf Coast Claims Facility*¹⁵⁰ de 2010, criado para indenização das vítimas do vazamento de petróleo no Golfo do México pela empresa *British Petroleum*, que, parcialmente frustrado, foi transferido para a supervisão judicial no renomeado *Deepwater Horizon Oils Spill Trust*¹⁵¹, de 2012, e diversas outras iniciativas, referentes à contaminação de vítimas com amianto¹⁵², implantes de silicone¹⁵³, e vítimas de ataques terroristas como o ataque à bomba na maratona de Boston em 2013. Com efeito, a prática das *claims resolution facilities*, ou “câmaras de indenização”, é muito comum nos Estados Unidos da América.

Podem ser citados ainda os outros dois casos, são eles o programa “*Vaccine Injury Compensation Program*”¹⁵⁴ criado em 1988 para a compensação de vítimas de danos causados por vacinas nos Estados Unidos e igualmente o “*United Nations Compensation Commission*”¹⁵⁵ estabelecido em 1990, após a invasão do Kuwait pelo Iraque (FALECK, 2018).

Com a premissa de que os programas indenizatórios são iniciativas pensadas para casos de desastres de grandes proporções com uma grande quantidade de partes interessadas e afetadas importante recordar acerca da previsão do dever de indenizar em nosso ordenamento jurídico.

3.4. REPONSABILIDADE CIVIL E O DEVER DE INDENIZAR

Antes de passarmos ao assunto central desta monografia, que se constitui nos sistemas indenizatórios criados com o método do DSD, salutar a recordação

¹⁴⁹ Em livre tradução: Fundo de Compensação às Vítimas do 11 de setembro de 2001. Iniciativa governamental que instituiu o fundo de compensação para as vítimas dos ataques ocorridos na manhã (horário local) de 11 de setembro de 2001, amplamente acompanhados pelos noticiários do mundo todo, que incluíram o sequestro de quatro aeronaves comerciais e a colisão de duas delas contra as torres gêmeas do centro comercial World Trade Center. Os eventos daquela terça-feira deixaram quase três mil vítimas de mais de 70 países. Mais informações disponíveis em: <https://www.vcf.gov/informationforlawfirms.html> Acesso em 17 jun. 2019.

¹⁵⁰ Em livre tradução: Instalação de Reclamações da Costa do Golfo.

¹⁵¹ Em livre tradução: Derramamento de óleo da Plataforma *Deepwater Horizon*.

¹⁵² Notadamente, o autor se refere ao programa “*Asbestos Personal Injury Settlement Trust Distribution Procedures*”, em livre tradução Procedimento de distribuição de confiança e liquidação de danos pessoais por amianto, criado em 2008.

¹⁵³ Notadamente, o autor se refere ao programa “*MDL 926 Silicon Gel Breast Implant Settlement*”, em livre tradução Acordo do implante mamário do gel de silicone MDL 926, criado em 1995.

¹⁵⁴ Em livre tradução: Programa de Compensação de Lesões por Vacinas.

¹⁵⁵ Em livre tradução: Comissão de Compensação das Nações Unidas.

acerca da origem desses sistemas, o dever de indenizar. A responsabilidade civil é o instituto jurídico que sustenta o dever de reparação quando do cometimento do ato ilícito.

Quando há a violação de um contrato recorre-se às previsões do Código Civil acerca do inadimplemento das obrigações, cujos efeitos constituem-se nas penalidades previstas no Título IV do Código Civil. Que podem ser juros, multas, possibilidade de rescisão e conversão em perdas e danos, por exemplo.

Ocorre que nem todas as relações existentes na sociedade são contratuais. E para os casos em que não há um contrato a proteção encontra fundamento nos artigos 186 187 e 927, caput e parágrafo único do Código Civil¹⁵⁶, brasileiro.

3.4.1. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Antes de tratarmos efetivamente dos arranjos procedimentais que estruturaram sistemas indenizatórios, salutar pontuações acerca da teoria da responsabilidade civil que, de início fundava-se, exclusivamente, na verificação da culpa *lato sensu*, constituindo-se a responsabilidade subjetiva, onde era dever da vítima comprovar que o ofensor teria agido imbuído de culpa.

A responsabilidade subjetiva é verificada quando coexistem os componentes (i) conduta humana antijurídica (ato ilícito); (ii) dano e; (iii) nexo causal.

A conduta antijurídica é aquela que viola o preceito geral de direito do *neminem laedere* que garante que a ninguém é dado o direito de lesar o outro. O ato ilícito pode ocorrer em duas formas psicológicas, a de dolo e a de culpa.

O dolo é sinônimo de intenção de resultado. A culpa, por sua vez divide-se em *stricto sensu* – que ocorre a) com a negligência do que falta com o cuidado necessário; b) com a imprudência do que assume um risco desnecessário e ainda; c)

¹⁵⁶ Conforme Código Civil brasileiro nos, Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. BRASIL, 2002, Op., cit.

com a imperícia decorrente da falha técnica daquele que é inabilitado -, e de culpa *lato sensu* que engloba culpa e dolo numa mesma classificação.

Ou seja, caso não restasse comprovado que o ofensor teria assumido uma conduta antijurídica que, comprovadamente guardasse relação de causa e efeito com um dano imposto a outrem, não havia o reconhecimento da responsabilidade civil, e por consequência, inexistia o dever de reparar.

Para sanar o problema jurídico causado pela exclusividade da responsabilidade subjetiva, criou-se a responsabilidade objetiva onde, em determinadas ocasiões, não é necessária a verificação de culpa para que o dever de reparar exista. A previsão legal vem dos artigos 187 e 927, parágrafo único do Código Civil, aqui já mencionados.

Este último, indica que as situações de caracterização da responsabilidade objetiva decorrerão da lei, o que - a título de exemplo, pois não compreende a totalidade das responsabilidades objetivas previstas no ordenamento brasileiro -, se depreende do rol do artigo 932 que elenca as responsabilidades objetivas dos pais pelos filhos e do empregador pelo empregado, entre outros.

A modalidade de responsabilidade civil objetiva é a adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, impõe ao fornecedor a reparação dos danos, independentemente da existência de culpa e o faz de maneira a abranger toda a cadeia de fornecimento de maneira solidária com vistas à efetiva proteção do consumidor como parte vulnerável da relação de consumo¹⁵⁷.

3.5. PROGRAMAS INDENIZATÓRIOS

A leitura dos fatos que originaram os programas indenizatórios que estudaremos a seguir, por sua gravidade e proporções que geram demasiada comoção social, indicam a previsão quase automática de que as compensações só

¹⁵⁷ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. BRASIL, 1990, op. cit.

seriam pagas após uma longa e custosa batalha judicial, que pode durar mais de uma década, como afirma Faleck¹⁵⁸:

Com relação ao tempo, sabe-se que hoje uma ação judicial pode demorar 10 anos ou mais. Pode ser que as partes se cansem do litígio e alcancem um acordo em algum momento da ação judicial, o que acontece em muitos casos, mas, mesmo assim, muito dos custos acima mencionados já terão sido feitos. A via judicial tende a um maior desgaste emocional e, por ser extremamente trabalhosa e consumidora de tempo, tende a maior possibilidade de perda de oportunidades do que um acordo.

Diversas audiências para produção de provas, comunicações judiciárias entre as justiças dos diversos países comumente competentes para o julgamento da demanda. Todos recursos possíveis, litisconsórcios sendo discutidos entre a empresa requerida, controladoras, seguradoras e resseguradoras.

Neste sentido, Faleck¹⁵⁹ pontua acerca do cerne das questões indenizatórias no Brasil, o problema da quantificação do dano que eleva o tempo das demandas:

O problema em casos de responsabilidade civil em acidentes aéreos nacionais não está na discussão de mérito, já superado pelo consolidado entendimento pátrio pela responsabilidade objetiva do transportador. As lides decenais, entretanto, não deixaram de existir por esse motivo e persistem em torno da apuração do *quantum debeat* e da legitimidade, versando sobre os mais variados temas que envolvem a liquidação dos danos, como comprovação de renda, grau de dependência econômica, vínculo afetivo, limites para pagamento de danos morais em casos de famílias muito numerosas, dedutibilidade e correção monetária do seguro obrigatório Reta, entre outros.

Enfim, a leitura de casos dessa complexidade nos indica que a resolução necessariamente se daria de maneira igualmente complexa, ocorre que não é o caso. Com o auxílio do método do DSD os familiares das vítimas e as partes afetadas foram compensadas em um prazo curto, amparadas pelo suporte emocional e técnico-jurídico oferecido pelo próprio sistema, como se verá adiante.

¹⁵⁸ FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre e Curitiba, Ano V, n. 23, p. 7-32, jun.-ago.-set. 2009, p. 13.

¹⁵⁹ FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre e Curitiba, Ano V, n. 23, p. 7-32, jun.-ago.-set. 2009, p. 12.

3.5.1. Câmara de Indenizações do voo 3054 – TAM

Em 17 de julho de 2007, um Airbus A320 da empresa aérea TAM, que cumpria a rota Porto Alegre-Congonhas sob a identificação de voo 3054TAM, com 187 pessoas a bordo, devido à uma falha na frenagem, evadiu a pista de pouso do Aeroporto de Congonhas, vindo a explodir contra o prédio da TAM Express.

O Corpo de Bombeiros do Estado de São Paulo conseguiu resgatar apenas 17 pessoas que ainda se encontravam com vida dentro das dependências do prédio da empresa de cargas. Devido à grande quantidade de material inflamável no local e o impacto do acidente, naquela noite 199 pessoas, entre passageiros, tripulantes e funcionários da TAM Express, perderam suas vidas¹⁶⁰.

A Câmara de Indenização 3054 (CI3054), instalada em 24 de abril de 2008, foi criada para viabilizar alternativa atuação efetiva, justa e célere na indenização dos familiares das vítimas do desastre. Para viabilizar o tratamento célere os sistemas indenizatórios, por natureza possuem uma fase de tratamento coletivo e um segundo momento que individualiza o atendimento de interesses das partes (OSTIA, 2015).

O arranjo foi regulado por um regimento interno que previa além dos princípios e procedimentos a organização do programa, como a previsão da Divisão de Assistência (DA) integrada por mediadores neutros treinados para atuar no sistema, remunerados pela empresa aérea.

A iniciativa partiu da extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDJ/MG) onde Diego Faleck atuava como chefe de gabinete. O trabalho iniciou pelo contato com um grupo de autoridades composto pela Defensoria Pública, Fundação PROCON e Ministério Público, todos do Estado de São Paulo, com as quais formou o caráter institucionalizado do sistema (FALECK, 2018).

Só após a integração das autoridades, já com o desenho munido de legitimidade por meio do envolvimento das instituições, como mencionado alhures, foi o momento de aproximar-se da Associação dos Familiares de Vítimas do Acidente com o voo TAM 3054 (AFAVITAM) e posteriormente abordar a empresa aérea, que foi seguida pelas seguradoras e pela resseguradora líder (FALECK, 2018).

¹⁶⁰ Mais informações acerca do desastre disponíveis em:
<<https://www.nfpajla.org/pt/arquivos/bomberos-socorristas/679-vuelo-3054-una-tragedia-anunciada>>
Acesso em: 13 jun. 2019.

O Arranjo procedimental desenhado para este caso, uniu três mecanismos processuais na forma sequenciada, eram eles a Avaliação Neutra Preliminar (ANP), a mediação e por fim, a arbitragem não vinculante presidida por um Conselho Consultivo composto por representantes do PROCON/SP, do Ministério Público e da Defensoria Pública (FALECK, 2018).

Desta forma, os mecanismos foram dispostos como estações de atendimentos disponíveis às partes. O primeiro mecanismo tinha como objetivo fornecer uma análise das possibilidades das partes e das informações acerca do funcionamento do arranjo procedimental desenhado. Momento que era utilizado também para o incentivo as partes pela adoção do enfoque nos interesses por meio da escuta ativa proporcionada (FALECK, 2018).

Superado o momento de foco na integração da parte ao arranjo, o foco nos interesses permanecia sendo incentivado, mas neste momento pelos mediadores. A mediação era o método principal de solução do conflito. A arbitragem não vinculante estabelecida como terceiro método de resolução foi reservada para casos de controvérsias jurídicas relevantes, utilizado para evitar que o foco nos direitos desviasse as partes do foco nos interesses, tão importante para o sucesso do arranjo, sanadas as controvérsias, retornava-se à mediação (FALECK, 2018).

Todos os usos do Conselho Arbitral Consultivo (CAC), responsável pela arbitragem não vinculante geraram opiniões do Conselho que foram acatadas pelas partes, assim, resolução não excluiu o foco nos direitos, mas criou uma maneira de responder de maneira célere o que, se submetido ao Poder Judiciário, mesmo que significando apenas uma parte do arranjo, pela morosidade tornaria sem efeito todos os esforços da CI3054 (FALECK, 2018).

A CI3054 foi encerrada em 13 de agosto de 2009, Diego Faleck ¹⁶¹acerca dos resultados, aduz:

¹⁶¹ FALECK, Diego. **Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre e Curitiba, Ano V, n. 23, p. 7-32, jun.-ago.-set. 2009, p. 31.

Em 14 meses, o programa processou 59 requerimentos e indenizou 207 familiares, referentes a 45 vítimas, com parâmetros semelhantes às mais favoráveis decisões dos tribunais pátrios. Cerca de 10 requerimentos corresponderam aos de familiares que desistiram de ações judiciais, principalmente no exterior. Além disso, a DA atendeu cerca de 200 familiares que não ingressaram formalmente na CI 3054 e já haviam adotado medidas judiciais no Brasil e no exterior, para informá-los e auxiliá-los sobre as circunstâncias de seus casos particulares. Como consequência, a DA ofereceu informações e critérios que tiveram impacto na celebração de acordos na quase totalidade das mencionadas ações judiciais. Por esse motivo, ficou claro que a CI 3054 teve um impacto maior no conflito globalmente considerado do que apenas o de processar os requerimentos que nela ingressaram.

Diego Faleck¹⁶² afirma que os objetivos do sistema foram cumpridos, com 95% dos beneficiários indenizados em menos de um ano o que tornou o caso um paradigma nacional e mundial, neste sentido:

Até o advento da CI 3054, praticava-se no País uma única forma padrão para lidar com disputas coletivas em casos de acidente: a negociação individual seguida de ação judicial. Nessa abordagem, a resolução da disputa se inicia pela negociação individual com cada potencial beneficiário e, nos casos em que isso falhe, as partes avançam para uma ação judicial. Em regra, como é de conhecimento comum dos profissionais que atuam nessa área, cerca de 60% desses casos deságuam no Judiciário.

O sucesso da iniciativa se confirma com a utilização da CI3054 como paradigma de inspiração, no desastre aéreo envolvendo a queda em águas internacionais do voo 447 da Air France, que havia partido do Rio de Janeiro rumo a Paris, em 31 de maio de 2009, como se verá adiante.

3.5.2. Programa de Indenização do voo 447 – Air France

Passados quase dois anos do desastre aéreo com o voo 3054 TAM, na noite de 31 de maio de 2009, o Airbus A330 sob a identificação de voo AF447 da empresa aérea Air France, no trajeto Rio de Janeiro-Paris, com 12 tripulantes e 216

¹⁶² FALECK, Diego. **Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre e Curitiba, Ano V, n. 23, p. 7-32, jun.-ago.-set. 2009, p. 11.

passageiros, dos quais 58 eram brasileiros, caiu em águas internacionais ocasionando 228 mortes¹⁶³.

Diante dos bons resultados verificados com a CI3054, optou-se pelo desenho de um sistema indenizatório que pudesse fornecer resultados céleres com vistas a redução da dor dos familiares das vítimas. A iniciativa neste caso, também partiu da extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça onde Diego Faleck atuava como chefe de gabinete.

Fernanda Tartuce, ilustre doutrinadora brasileira, investida de todo o seu conhecimento e experiência como mediadora, desenvolveu a função de mediadora neutra e observadora no Programa de Indenização do voo 447 (PI447) e descreveu sua experiência em um artigo publicado em 2012¹⁶⁴, no qual, quanto à composição do programa, Tartuce¹⁶⁵ salienta:

Proposto com o objetivo de promover o cumprimento do direito à efetiva reparação aos beneficiários das vítimas pelos danos causados em decorrência do acidente com o Voo 447, o programa foi integrado pela *Société Air France (Air France)*, suas seguradoras (representadas pela seguradora líder, *AXA Corporate Solutions - AXA*) e por órgãos componentes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPE/RJ), Fundação Procon/RJ (PROCON/RJ) e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ).

A cerimônia de abertura do programa se deu em novembro de 2009 na sede do Ministério Público do Rio de Janeiro. O programa foi regulamentado na forma de regimento interno onde restaram previstas todas as informações acerca do funcionamento do programa que se organizou criando bases de trabalho, como a Divisão de Assistência, composta pelas observadoras, Conselho Diretor composto pelas empresas e autoridades e Conselho Consultivo formado pelos órgãos institucionais alhures mencionados (TARTUCE, 2012).

O procedimento de negociação era composto por entrevistas com as observadoras para fornecimento de informações e igualmente para coleta de dados,

¹⁶³ Mais informações acerca do desastre disponíveis em:

<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/10/programa-extrajudicial-indeniza-76-familiares-de-19-vitimas-do-voo-447.html> Acesso 13 jun. 2019.

¹⁶⁴ TARTUCE, Fernanda. Mediação extrajudicial por acidente aéreo: relato de uma experiência brasileira. *Lex Humana – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, v. 4, n. 1, 2012, p. 32-48. Disponível em :

<<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/211>> Acesso 07 abr. 2019.

¹⁶⁵ TARTUCE, 2012, Op. cit., p. 35-36.

as comunicações direcionadas para a empresa aérea tinha formas definidas de apresentação e prazos previstos para possíveis devolutivas com pedidos de complementação de documentação para verificação da legitimidade dos beneficiários, por exemplo (TARTUCE, 2012).

No referido acidente, faleceram 228 pessoas de diversos países, apenas 58 vítimas eram brasileiras, deste universo de 58 famílias, beneficiários de 19 vítimas - cerca de um terço delas, portanto -, aderiram ao programa indenizatório. Apenas os beneficiários de 1 vítima desistiram do programa. Ao todo, 70 pessoas aderiram ao sistema e nele receberam, além da oportunidade de validação da sua dor por meio do acolhimento dos mediadores neutros, suas indenizações que atenderam seus interesses dentro das previsões do DSD (TARTUCE, 2012).

Dessa forma, verifica-se que o Programa de Indenização do voo 447 – Air France foi uma experiência do DSD no Brasil que permitiu que 70 pessoas tivessem seus processos de busca por indenização facilitado e liberado da morosidade do judiciário que acaba por estender o processo de luto enfrentado pelo indivíduo.

3.5.3. Programa de Indenização Mediada – Fundação Renova

Em 05 de novembro de 2015, no município de Mariana, estado de Minas Gerais, nas instalações da Unidade Germano da mineradora Samarco, ocorreram dois rompimentos de barragens. Primeiramente a da contenção de rejeitos de minério (Barragem de Fundão) e em seguida da contenção de água (Barragem de Santarém) liberando aproximadamente 32,6 milhões de metros cúbicos de rejeitos na Bacia do Rio Doce.

Os efeitos ambientais têm sua mensuração aumentada a cada novo estudo, onde a degradação de biomas inteiros reflete em comprometimento do meio ambiente para além das fronteiras do território nacional.

Foram 19 (dezenove) mortos, 18 corpos identificados e um desaparecido, 13 (treze) deles eram colaboradores da Samarco, 4 (quatro) pessoas da comunidade de Bento Rodrigues e 1 (um) turista. Os resultados do desastre impactaram um total de 39 municípios dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo.

Diego Faleck¹⁶⁶ afirma que o PIM busca beneficiar 178 mil famílias considerando a reparação adequada para cada indivíduo ou grupo para atendê-los em suas especificidades:

O PIM tem como princípio fundamental que as propostas de indenização, para as diferentes comunidades e diferentes categorias de danos (e.g. pesca, areais, agricultura, turismo, danos à propriedade) devem ser estabelecidas com base em critérios objetivos, em busca de uma solução justa, independente da vontade das partes ou de pressões ou questões subjetivas.

Os mecanismos escolhidos para serem utilizados foram os mesmos dos escolhidos na CI3054 e no PI447, iniciando os trabalhos com a Avaliação Netra Preliminar, focado na mediação para um acordo baseado em interesses, como mecanismo principal e sem deixar de contar com o Apoio de um Conselho Consultivo responsável pela arbitragem não vinculante.

O desenho pensado para o PIM constituiu com seus integrantes a Fundação Renova, criada junto com a primeira iniciativa para criação de um sistema indenizatório em decorrência do desastre de Mariana, quando da ocasião da assinatura do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), em março de 2016, que previu resposta célere às emergências sustentadas pelas partes.

O TTAC foi assinado pelas empresas Samarco, BHP Billiton e Vale na condição de mantenedoras do PIM, visto que foram as responsáveis pelo desastre e igualmente o seria pela reparação de danos. Igualmente, firmaram o referido acordo, as autoridades legitimadas, Ministério Público e Defensoria Pública, nos âmbitos federal e estaduais nas unidades da Federação que restaram atingidas, Minas Gerais e Espírito Santo.

As áreas de atuação da Fundação Renova dentro das perspectivas socioeconômicas e socioambientais são as mais diversas – ao todo são 42 programas e projetos em atividade ou implantação -, desde trabalhos que buscam resgatar e manter viva a cultura local, reunião de interessados em apoiar a reconstrução urbanística e a reparação ambiental, até a informação à população sobre suas possibilidades jurídicas frente às dificuldades causadas pelo desastre ambiental, que constituem o interesse central desta monografia.

¹⁶⁶ FALECK, Diego. Desenho de sistemas de disputas e o rompimento das barragens de Fundão e Santarém: Programa de Indenização Mediada (PIM). Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Ano 1, nº 02, nov. 2017.

O PIM, da mesma forma que a CI3054 e o PI447 possui Divisão de Assistência e Conselho Consultivo, diferencia-se por ser composto também por um Comitê Interfederativo responsável pela fiscalização da execução das medidas de reparação do PIM e integração constante com os órgãos signatários do TTAC.

Os trabalhos ainda estão longe de acabar, em seu sítio na rede mundial de computadores, a Fundação Renova ¹⁶⁷ divulga sua evolução, resultados e desafios. Em novembro de 2018 cerca de 11.000 famílias já haviam sido indenizadas, 25.000 pessoas já haviam iniciado o recebimento do Auxílio Financeiro Emergencial direcionado à composição da renda básica daqueles que perderam suas fontes de renda ou capacidade laborativa, este auxílio tem prazo de renovação em 5 anos, podendo ser percebido por mais 10 anos.

Não há custos para o ingresso no PIM, a adesão é voluntária e disponível até para aqueles atingidos que já havia proposto ação judicial e agora desejam a indenização mediada. Até novembro de 2018 já haviam sido pagos 314 milhões de reais em indenizações e não há prazo para o ingresso de novos atingidos ao PIM.

Em dados mais atuais, colhidos em abril de 2019, já foram pagos a título de indenizações 691,4 milhões de reais pelos danos de água e danos gerais e 837,9 milhões em Auxílio Financeiro Emergencial.

Por estar ainda em execução é difícil extrair conclusões científicas acerca do PIM pois há que se considerar, em momento posterior, todos os fatores do sistema para a análise qualitativa do Programa.

Contudo, diante dos exemplos encontrados na pesquisa e aqui narrados, é claro o potencial gerador de benefícios e redutor de danos do Desenho de Sistemas de Disputas, principalmente quando aplicado em programas indenizatórios, sistema onde é capaz de criar um horizonte menos nebuloso para as partes que já se encontram fragilizadas.

Ao proteger essas pessoas das batalhas judiciais, o Desenho de Sistemas de Disputas realiza o ideal de justiça e do acesso à justiça em sua forma mais evoluída onde os procedimentos se submetem ao caso, alterando a lógica a mais comum, atrelada à adjudicação estatal. Dessa forma, por meio do Desenho de Sistemas de Disputas há a entrega de um tratamento digno e eficaz de resolução de conflitos.

¹⁶⁷ BRASIL, Ministério Público Federal. FUNDAÇÃO RENOVA <<https://www.fundacaorenova.org/>> Acesso em: 18 jun. 2019.

4. CONCLUSÃO

Considerando que o acesso à justiça constitui garantia fundamental, essencial à própria manutenção da democracia e considerando que devido à globalização as mudanças na sociedade tem sido cada vez mais rápidas, mudanças ocorrem também na forma dos direitos e nos próprios sistemas de justiça dos Estados.

Diante disto é vital que os estudos das bases das sociedades se mantenham atualizados e que novas alternativas sejam pensadas para a solução efetiva dos novos desafios sociais. Nesse sentido, o estudo do acesso à justiça tem se debruçado sobre a desburocratização do processo e a amplificação da oferta de uma ordem jurídica justa composta por atores capazes de ofertar meios e canais de solução de conflitos que estejam focados na adequação e efetividade.

Encontra com este movimento o método do Desenho de Sistemas de Disputas, que consiste na possibilidade de criação de arranjos procedimentais adequados com base nas especificidades dos conflitos e das potencialidades de cada meio e canal de resolvê-los. Especialmente eficaz em sistemas indenizatórios constituídos para a composição de danos decorrentes de desastres, casos que se constituem de grande complexidade por conter uma grande universalidade de partes e serem permeados por sentimentos difíceis.

Esta pesquisa buscou o estudo deste método pois ainda é pouco estudado e utilizado no país, desta forma, acredita-se que o aprofundamento teórico é a base para uma maior aplicação prática.

O objetivo geral desta monografia era verificar se o Desenho de Sistemas de Disputas poderia ser visto como uma nova *ratio jurídica* para o acesso à justiça. Este objetivo foi atendido por meio do agrupamento de dados que permitiram identificar o Desenho de Sistemas de Disputas como método capaz de entregar o efetivo acesso à justiça – adequado, célere e aberto à validação dos sentimentos que permeiam o conflito social sob o qual se deu a disputa -, e, otimizar os resultados pela redução dos custos – econômicos e emocionais -, da resolução consensual de conflitos de interesses.

Muito mais quando aplicado aos conflitos decorrentes de desastres, que por suas proporções agigantadas, se inseridos na via judicial ensejam lides que se arrastam por décadas, alongando o período de luto, congelando os seres humanos dentro do litígio, longe da resolução do conflito social, tão mais complexo exatamente por ser composto de tanta humanidade.

O primeiro objetivo específico se constituía na verificação da perspectiva histórica da categoria acesso à justiça, dadas as alterações da sua concepção no tempo e espaço. O presente objetivo foi atendido pela pesquisa com a análise da categoria como garantia fundamental, afirmada pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela doutrina. Ainda, verificou-se seu fortalecimento e amplificação pela perspectiva das ondas renovatórias de Cappelletti e Garth, constituindo-se assim um novo paradigma de acesso à justiça múltiplo e em constante transformação.

O segundo objetivo específico desta pesquisa se constituía na identificação dos mecanismos e canais de resolução de conflitos que tem se mostrado eficazes no caminho da pacificação social, demonstrando-se suas formas e os benefícios que sua aplicação oferece. O objetivo foi atendido pelo estudo da teoria do conflito, na qual, distinguindo-se conflito de litígio, surgiram as técnicas provenientes do estudo do conflito social que buscam a pacificação social por meio da adequada e efetiva resolução dos conflitos, seja com métodos heterocompositivos, como a adjudicação estatal e arbitragem, ou, autocompositivos como a negociação, conciliação e mediação.

As hipóteses do projeto eram três: (i) Se mudanças no enfoque dos mecanismos processuais e os vários canais disponíveis integram um sistema de escolha para solução de conflitos; (ii) A nova implementação de sistemas, capacita arranjos e estratégias para cada conflito e; (iii) O Desenho de Sistema de Disputas, incrementa uma nova adequação para respostas onde o acesso à justiça é de difícil contexto. Todas foram confirmadas pela revisão bibliográfica e análise dos casos de aplicação do DSD no Brasil – CI3054, PI447 e PIM Fundação Renova -, que demonstraram estarem corretas as suposições feitas quando da elaboração do projeto.

Assim, de fato, a resolução de conflitos constitui um macrossistema onde uma universalidade de meios e canais existe para a resolução de conflitos encontram-se todos à disposição dos indivíduos, que tem livre escolha na submissão de seus

conflitos às oportunidades do sistema de justiça multiportas existente no Brasil, o que pode ser otimizado pela óptica da adequação. Sendo uma das opções consensuais de resolução de conflitos o uso do método do DSD possibilita a construção de um arranjo adequado e efetivo baseado nas especificidades do conflito.

O problema que motivou esta pesquisa foi o questionamento acerca da possibilidade de ser o Desenho de Sistemas de Disputas, sob o novo viés de acesso à justiça, um novo olhar para a solução de conflitos. O problema foi plenamente resolvido como demonstrado ao longo da pesquisa o método se mostra potencialmente eficaz para a solução dos conflitos, especialmente no que tange aos sistemas indenizatórios decorrentes de desastres.

A metodologia desta pesquisa acadêmica baseou-se no método dedutivo. Utilizou-se as técnicas da categoria e do referente aplicadas à pesquisa documental que ensejou a análise de documentos normativos oficiais como a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais afetas ao tema - vigentes e àquelas já superadas quando da perspectiva histórica -, bem como as resoluções baixadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Ainda, foram analisados relatórios de pesquisa, livros, dissertações, teses, artigos, notícias e dados disponibilizados em sítios da rede mundial de computadores, de origem nacional e americana.

A grande limitação encontrada durante esta pesquisa deu-se com relação à quantidade de fontes bibliográficas publicadas no Brasil acerca do tema Desenho de Sistemas de Disputas o que reduziu a possibilidade de cotejo entre as fontes.

Diante das limitações encontradas, recomenda-se que, novas pesquisas sejam realizadas, com outros recortes e outros olhares para ampliar o estudo do tema mas que, nestas novas pesquisas, aprofunde-se a pesquisa bibliográfica, direto nas fontes do método que se encontram na bibliografia estrangeira, especificamente americana, considerando que muitas obras não estão disponíveis no Brasil, recomenda-se a antecedência na busca pelas obras visto que precederá à tradução delas para o vernáculo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário**. Instituição Executora da Pesquisa: Fundação José Arthur Boiteux da Universidade Federal de Santa Catarina–Florianópolis. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/552d371330ac678e682e18267e4dd440.pdf>> Acesso em 11 maio 2019

ATTI, Roberta de Bragança Freitas, ATTIÉ JR, Alfredo. **Justiça e Autonomia**. In: RODAS. João Grandino et al. *Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil*. 1 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2018.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BANDEIRA, Regina. **XIII semana nacional da conciliação confirmada para ocorrer entre os dias 5 e 9 de novembro**. Agência do Conselho Nacional de Justiça Notícias em 10 de junho de 2018. Disponível em: <<http://wwwh.cnj.jus.br/noticias/cnj/87125-xiii-semana-nacional-da-conciliacao-confirmada-para-ocorrer-entre-os-dias-5-e-9-de-novembro>> Acesso em: 10 jun. 2019.

BORDONE, Robert. **Aula magna “Introdução ao Estudo de Desenho de Sistemas de Resolução de Disputas (DSDs)”**, ministrada junto ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) em 30 de novembro de 2017, cuja íntegra encontra-se disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aEFHz154mpw>> Acesso em 05 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Diário oficial da União, Rio de Janeiro de 16 de julho de 1934 – Suplemento e republicado em 19 de dezembro em 1935. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 05 jun. 2019

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro de 18 de setembro de 1946**. Diário Oficial da União de 19 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 05 jun. 2019

BRASIL. **Constituição República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília 5 de outubro de 1988. Brasil disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 mai. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 80**, de 4 de junho de 2014. Diário Oficial da União. Brasília, de 5 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm> Acesso em 05 jun. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 45** de 30 de dezembro de 2004. Brasília. Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em: 10 de jun. 2019

BRASIL. Lei nº 1.060/1950. **Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados**. Diário Oficial da União, Brasília de 13 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm> Acesso em: 05 jun. 2019

BRASIL. Lei nº 10.444 de 7 de maio de 2001. **Altera Código de Processo Civil**. Brasília Diário Oficial da União de 8 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm> Acesso em: 10 de mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 05 jun. 2019

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. **Juizados especiais Cíveis e Criminais**. Diário oficial da União. Brasília 27 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. **Altera o Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial**. Brasília. Diário Oficial da União de 23 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm> Acesso em: 10 de jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994. **Altera do Código de Processo Civil sobre o processo conhecimento e processo cautelar**. Brasília Diário Oficial da União de 14 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm> Acesso em: 10 jun. 2019

BRASIL. Lei. nº 9.307/96. **Dispõe sobre arbitragem**. Brasília. Diário Oficial da União de 24 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em: 10 jun. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Processos Relacionados: **ADI 3.892 e ADI 4.270 julgadas conjuntamente em 14 de março de 2012**. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202643>> Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon, Procons. **Consumidor. Gov**. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1560622684021>> Acesso 15 jun. 2019.

BRASIL, Ministério Público Federal. **FUNDAÇÃO RENOVA**

<<https://www.fundacaorenova.org/>> Acesso em: 18 jun. 2019.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **A Mudança da Cultura pelo Composição do Litígio**. In Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa de 25 anos. Brasília/DF: Ed. dos Plenário. 2014. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1123/1057>> Acesso em: 05 jun. 2019.

CANOTILHO, J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 10/2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Ato Normativo 0001467-77.2019.2.00.0000**.

Brasília 14 de abril de 2019. Disponível em:

<<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/685713310/ato-normativo-ato-14677720192000000/inteiro-teor-685713316?ref=juris-tabs>> Acesso em: 10 jun. 2019.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 11 mai. 2019.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Prêmio Conciliar é Legal**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>> Acesso em: 04 jun. 2019.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em:

<https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT> Acesso em: 10 jun. 2019

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 10 jun. 2019

CNJ- Conselho Nacional de Justiça. **Movimento pela Conciliação**. Semana

Nacional da Conciliação 2018- 05/11/2018 a 09/11/2018. Comissão de Acesso à justiça e Cidadania. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/12/bfc89f6dcb4c70f220e1fff8836c8655.pdf>> Acesso em: 4 jun. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

DANIELSKI, Silvia Regina. Análise das Possibilidades de Concretização dos Escopos da Mediação no Âmbito Judicial: A Construção de um Diálogo Entre Direito

e Afeto. 2017. 290 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, Vice-reitoria de Pesquisa, Pós-graduação, Extensão e Cultura, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2017. Disponível em: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2235/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20corrigida%20SILVIA%20REGINA%20DANIELSKI.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

DEMARCHI, Juliana. **Técnicas de Conciliação e Mediação**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DUARTE, Bento Herculano, OLIVEIRA Jr, Zulmar Duarte de. **Princípios do processo civil: Noções fundamentais (com remissão ao novo CPC): jurisprudência do STF e do STJ**. São Paulo: Método, 2012.

EINSFELD, Marilise. **Constelações Familiares para Resolução de Conflitos**. Notícias. Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem Disponível em: <<http://www.fecema.org.br/arquivos/2862>> Acesso em: 29 maio 2019.

FALECK, Diego. **Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre e Curitiba, Ano V, n. 23, p. 7-32, jun.-ago.-set. 2009.

FALECK, Diego. **Desenho de sistemas de disputas e o rompimento das barragens de Fundão e Santarém: Programa de Indenização Mediada (PIM)**. Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Ano 1, nº 02, nov. 2017.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FERRAREZE FILHO, Paulo. **Decisão Judicial e Narratividade: um olhar para os fatos da Teoria Narrativista do Direito de José Calvo González**. 2017. Tese - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

FREE REPORTS. **PROGRAM ON NEGOTIATION I HARVARD LAW SCHOOL** *Dispute System Design (DSD) is the process of identifying, designing, employing, and evaluating an effective means of resolving conflicts within an organization. In order to be truly effective, dispute systems must be thoroughly thought out and carefully constructed.* (livre tradução). Disponível em: <<https://www.pon.harvard.edu/daily/dispute-resolution/what-is-dispute-system-design/>> Acesso em: 11 jun. 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, ROMANO, Michel Betenjane, LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **O Gerenciamento do Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e

gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER. Ada Pellegrini. **A Inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. RCDCM. 10 – jul./dez.2007, pg. 14. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16014217.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2019.

GRINOVER. Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10 – jul./dez. 2000.

HESSE, Konrad. **Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional**, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Adriana, SOUSA, Luanna Cecília Costa. **A mediação, conciliação e constelação sistêmica como gestão adequada de solução consensual de conflitos**. In Um novo olhar para o conflito: diálogo entre mediação e constelação sistêmica. Organizadores Márcia Sarubbi Lippmann, Fabiano Oldoni. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **A aplicação da visão sistêmica e das constelações familiares na compreensão da multiparentalidade**. Um novo olhar para o conflito: diálogo entre mediação e constelação sistêmica. Organizadores Márcia Sarubbi Lippmann, Fabiano Oldoni. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018.

MEDEIROS, Ângelo **Curiosos sobre constelações lotam evento do projeto Justiça Sistêmica em Blumenau**. Sala da Imprensa. Poder Judiciário de Santa Catarina. 10/05/2019. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/curiosos-sobre-constelacoes-lotam-evento-do-projeto-justica-sistemica-em-blumenau>> Acesso em: 29 maio 2019.

MEDEIROS, Ângelo **Justiça Sistêmica e Constelações Familiares ganham espaço nas comarcas catarinenses**. Sala da Imprensa. Poder Judiciário de Santa Catarina. 17/03/2019. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/justica-sistemica-e-constelacoes-familiares-ganham-espaco-nas-comarcas-catarinenses>> Acesso em: 29 maio 2019.

MEDEIROS, Ângelo. **Cejusc, em menos de um mês, concilia pai e filha que litigavam há mais de 23 anos**. Sala da Imprensa. Poder Judiciário de Santa Catarina. 10/11/2007. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/cejusc-em-menos-de-um-mes-concilia-pai-e-filha-que-litigavam-ha-mais-de-23-anos>> Acesso em 29 maio 2019.

MELO, Álisson José Maia. **Revisitando as gerações dos direitos fundamentais: Uma abordagem epistemológica do direito constitucional.** In: LINHARES, Emanuel Andrade et al. Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides, 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LIMA, Marcelo. **Vôo 3054: Uma tragédia Anunciada.** *Journal latino-americano.* NFPA. disponíveis em: <<https://www.nfpajla.org/pt/arquivos/bomberos-socorristas/679-vuelo-3054-una-tragedia-anunciada>> Acesso em: 13 jun. 2019.

LAURINDO, Carolina. **Programa extrajudicial indeniza 76 familiares de 19 vítimas do voo 447.** G1. Rio de Janeiro. 2011. Disponíveis em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/10/programa-extrajudicial-indeniza-76-familiares-de-19-vitimas-do-voo-447.html>> Acesso em: 13 jun. 2019.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol. **Desenho de Sistema de Solução de Conflitos: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Orientadora: Susana Henrique da Costa.

OTONI, Luciana. **Juízes empregam "constelação familiar" para tratar vícios e recuperar presos.** Agência CNJ de Notícias, 25/04/2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86637-juizes-empregam-constelacao-familiar-para-tratar-vicios-e-recuperar-presos>> Acesso em: 29 maio 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?: Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito.** 1 ed. Florianópolis: Habitus, 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da; KHALED JUNIOR, Salah H., **In dubio pro Hell I – Profanando o Sistema Penal,** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SAMARCO. **Rompimento de Fundão.** disponíveis em: <<https://www.samarco.com/rompimento-da-barragem-de-fundao/>> Acesso em: 13 jun 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação extrajudicial por acidente aéreo: relato de uma experiência brasileira.** *Lex Humana – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, v. 4, n. 1, 2012, p. 32-48. Disponível em <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/211>> Acesso: 07 abr. 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed., São Paulo: Método, 2018.

TREZZI, Humberto. **“Seis anos após tragédia da Kiss, nenhum dos mais de mil pedidos de indenização foi pago”**. Gaúcha ZH. Santa Maria. 21 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2019/01/seis-anos-apos-tragedia-da-kiss-nenhum-dos-mais-de-mil-pedidos-de-indenizacao-foi-pago-cjrcg4vvh00fr01ny8ad06mbv.html>> Acesso em: 14 jun. 2019.

UNESCO. **Cultura de paz: da reflexão à ação; balanço da Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo**. – Brasília: UNESCO; São Paulo: Associação Palas Athena, 2010. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000189919>> Acesso em: 11 jun. 2019.

VELASCO, Juan Carlos. **Acerca del “giro jurídico” de la Teoría Crítica**. Isegoría. Madrid, n. 10, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos**. In: RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhezini; POLONI, Juliana; BERTIPAGLIA, Guilherme. *Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. 1.ed. – Curitiba: Editora Prisma, 2018.

WORLD TRADE CENTER. Information for law firms. Os eventos daquela terça-feira deixaram quase três mil vítimas de mais de 70 países. Mais informações disponíveis em: <<https://www.vcf.gov/informationforlawfirms.html>> Acesso em: 17 jun. 2019.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. **Procurando Entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos prevenção e gestão de crises**. In: SALLES, Carlos Alberto de et al. *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.