

A “CONCILIAÇÃO” COMO ELEMENTO DO DIREITO FRATERO: POR UMA JURISCONSTRUÇÃO FRATERNA¹

“CONCILIATION” AS AN ELEMENT OF FRATERNAL LAW:
BY A FRATERNAL JURISCONSTRUCTION

Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

*Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG.
Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (FDUC-IGC).
Professor Adjunto IV de Teoria da Constituição e Direito Constitucional do
Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais
(UFMG) e Professor Adjunto IV de Teoria da Constituição e Direito Constitucional
da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS).*

Grégore Moreira de Moura

*Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Mestre em Ciências Penais pela
UFMG. Doutorando em Direito Constitucional pela UFMG. Ex – Diretor Nacional
da Escola da Advocacia-Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Meios Consensuais de Resolução de Conflitos; 2 Contexto Processual Anti-Fraterno; 3 As Alterações Legislativas Fraternas; 4. Poder Público Conciliador e Fraterno: é possível?; 5 Conclusão; Referências.

¹ Trabalho adaptado como parte da tese de doutorado a ser apresentada na área de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da UFMG.

RESUMO: O objetivo deste artigo é demonstrar como é possível a aplicação prática do Direito Fraternal, sendo que uma de suas facetas pode ser perfeitamente aferida, através do fomento e desenvolvimento dos meios consensuais de resolução de conflitos, na busca de um Direito mais efetivo e menos violento.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação. Fraternidade. Direito Fraternal. Aplicação Prática.

ABSTRACT: The aim of this article is to demonstrate how the practical application of Fraternal Law is possible, and one of its facets can be perfectly verified, through the promotion and development of ADR – alternative dispute resolution, in the search for a more effective and less violent law.

KEYWORDS: Conciliation. Fraternity. Fraternal Law. Practical Application.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar como é possível a aplicação prática do Direito Fraterno, sendo que uma de suas facetas pode ser perfeitamente aferida, através do fomento e desenvolvimento dos meios consensuais de resolução de conflitos, na busca de um Direito mais efetivo e menos violento.

Tal fato se dá pelo fato de que há necessidade de um resgate do princípio esquecido da Fraternidade, para, em seguida, relacioná-lo com os meios alternativos de resolução de conflitos, promovendo sua aplicabilidade prática.

Para tanto, seguir-se-á o seguinte caminho: abordagem dos meios consensuais de resolução de conflitos, com abordagem do contexto processual anti-fraterno que vige no Brasil nos dias de hoje.

Em seguida, passa-se à análise das alterações legislativas fraternas promovidas, principalmente pela edição no novo Código de Processo Civil e algumas leis extravagantes e, ao final, extrai-se deste cenário a figura do Poder Público como possível conciliador e promotor do Direito fraterno.

1 OS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Direito como instrumento de controle social baseado na coercitividade, não deixa de ser uma forma de violência. O que a fraternidade promove é a tentativa de diminuir a violência proporcionada pela coercitividade no Direito e a conciliação pode exercer perfeitamente esse papel.

Logo, a conciliação é um dos elementos do Direito Fraterno na medida em que promove a resolução material do conflito, através do fomento à não-violência e do respeito ao direito fundamental à duração razoável do processo, além de promover o reconhecimento do outro.

Ao contrário do que se pensa, a ideia de conciliação vem desde a Antiguidade, quando se relatam as formas de dizer o direito, através da evolução dos sistemas de vingança privada, composição e vingança pública.

A composição dos conflitos era, sem dúvida, uma forma de conciliar no Direito antigo e, com certeza, sua aplicação trazia a ideia de um Direito menos violento² (CINTRA, et al. 1997, p. 21/22).

2 Sobre o histórico: "Além da autotutela, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno): uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou parte dele. São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje como referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou ambas as partes envolvidas. Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos

Ocorre que, quando o Estado consolida a vingança pública e assume o poder de *juris dictio*, a composição, assim como a fraternidade, ficam relegadas a segundo plano, parecendo que há uma verdadeira involução neste sentido.

Exemplo disso é a previsão na Constituição Imperial Brasileira de 1824 que em seus artigos 160 e 161³ diziam:

Art. 160: Nas cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes⁴.

Art. 161: Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum⁵.

Visto que o tema não é novo, é preciso que se faça uma advertência terminológica, pois no título deste item, utiliza-se o termo conciliação em sentido amplo, ou seja, como forma alternativa de resolução de conflitos, onde pode se incluir também a mediação e a arbitragem.

males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos (parcial = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em que as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes”.

- 3 Na atual Constituição da República não temos dispositivos semelhantes. Todavia, a carta Magna de 1988 traz tanto em seu preâmbulo, quanto como princípio que rege as relações internacionais da República Federativa do Brasil, a solução pacífica dos conflitos, o que pode, ainda que de maneira indireta, ser estendido a toda uma gama de aplicação constitucional e no Direito Fraterno ora constitucionalizado. Vale a transcrição: “Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VII - *solução pacífica dos conflitos*” (grifos nossos).
- 4 Artigo muito interessante, já que permitia a aplicação de um instituto que agora aparece pintado como novidade no novo Código de Processo Civil, qual seja o negócio processual exposto no artigo 190 do diploma processual que ora se transcreve: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.
- 5 Ao que parece a Constituição trazia a tentativa de reconciliação como uma condição de procedibilidade da ação. Talvez seria o caso de alterarmos a legislação processual atual, para dar ainda mais força ao instituto da conciliação, como existia àquela época.

Todavia, sabe-se das diferenças técnicas existentes⁶(TARTUCE, 2016). entre as três modalidades supracitadas, quais sejam mediação⁷, conciliação⁸ e arbitragem⁹, mas, de antemão, observa-se que a que mais promove, sem sombra de dúvida, a fraternidade no direito é a mediação¹⁰, pois garante o ser no outro. E porque? O simples conceito de mediação comprova tal assertiva:

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem (TARTUCE, 2016, p. 176).

Já a conciliação e a arbitragem, ainda que sejam meios consensuais de resolução de conflitos e por via indireta promoverem a fraternidade, podem ser assim definidas.

A conciliação consiste em um meio de solução consensual de conflitos de interesses, na qual se pressupõe que não haja uma prévia relação ou conhecimento entre os contendores, além do fato de que o terceiro imparcial não arbitra e decide o suposto litígio, mas pode propor um desfecho conciliatório, com base em técnicas e ferramentas que promovam a pacificação da relação jurídica.

Como aduz o artigo 165 § 2º do CPC/2015:

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.

Neste caso, as próprias partes fazem concessões recíprocas para a solução do litígio, sendo que tal solução não é imposta pelo terceiro imparcial – o conciliador – o que promove a não-violência na aplicação do Direito, assim como a mediação, malgrado o conciliador tenha maior liberdade para propor o desfecho do conflito, ao contrário do mediador,

6 Apesar das diferenças, há também semelhanças entre a conciliação em sentido estrito e a mediação, como aduz TARTUCE: “São pontos comuns à mediação e a conciliação: 1. Participação de um terceiro imparcial. 2. A produção da comunicação em bases produtivas. 3. A não imposição de resultados. 4. A busca de saídas satisfatórias para os envolvidos. 5. O exercício da autonomia privada na elaboração de saídas para os impasses”.

7 Ver Lei 13.140/2015 – lei de mediação.

8 Ver Lei 13.105/2015 – novo Código de Processo Civil.

9 Ver Lei 13.129/2015 – lei de arbitragem.

10 A mediação gera economia de tempo e dinheiro; promove um espaço comum e participativo; quebra a hipócrita isenção do juiz imparcial; valoriza a experiência cognitiva e o apoderamento do conflito pelas partes, dentre outros. Tais características são trazidas e detalhadas em GHISLENI; SPENGLER, 2011.

que tem função primordial de propiciar e desenvolver a restauração da comunicação entre as partes. Há aqui, com absoluta certeza, a concretização da fraternidade ora proposta neste estudo, já que o conflito é solucionado por método ancorado na cultura da paz.

Em contrapartida,

Arbitration is a form of Alternative Dispute Resolution in which the parties work out the disputed issue without going to court. An impartial third party, known as an Arbitrator, is chosen by the parties to listen to their case and make a decision. The meeting takes place outside court, but is much like a hearing, in that both sides present testimony and evidence. As arbitration has been set as a method of relieving the congestion of court calendars, the decision the arbitrator makes is almost always final, and the courts will only rarely reconsider the matter.¹¹

No caso da legislação brasileira, há alguns requisitos para a arbitragem como: partes capazes de contratar, conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, realização mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral, dentre outros, na forma da Lei 9.307/96 com as modificações introduzidas pela Lei 13.129/2015.

Assim, com a escolha do árbitro pelas partes, o próprio conceito denota uma importância na condução da resolução do conflito, corroborando uma ligação direta com a não-violência na aplicação do Direito, o que demonstra a concretização da fraternidade, ainda que haja neste caso um terceiro imparcial decidindo a controvérsia¹².

2 CONTEXTO PROCESSUAL ANTI-FRATERNO

Para contextualizar o ambiente em que foram editadas as Leis 13.129/2015 (arbitragem), a Lei 13.140/2015 (mediação) e a Lei 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil – que fomenta e traz diversos artigos relacionados à conciliação) faz-se mister abordarmos dois aspectos: o inchaço do sistema jurídico promovido pela complexidade social atrelada à inflação legislativa de um lado e de outro lado a cultura da litigiosidade no Brasil.

11 Disponível em: <<https://legaldictionary.net/arbitration/>>. Acesso em: 16 maio 2017. Em tradução livre seria: A arbitragem é uma forma de resolução alternativa de litígios em que as partes tentam solucionar a disputa sem recorrer ao tribunal. Um terceiro imparcial, conhecido como um Árbitro, é escolhido pelas partes para ouvir o seu caso e tomar uma decisão. A reunião tem lugar fora do tribunal, mas é muito semelhante a uma audiência, em que ambos os lados apresentam testemunhas e provas. Como a arbitragem foi estabelecida como um método para aliviar o congestionamento dos calendários dos tribunais, a decisão que o árbitro toma é quase sempre definitiva, e os tribunais raramente reconsiderarão o assunto.

12 A nomeação dos árbitros está definida nos artigos 13 e seguintes da Lei 9.307/96.

Ambos levaram a Justiça brasileira ao verdadeiro caos, sendo, portanto, um exemplo claro de não-fraternidade. E por que?

Ora, a fraternidade perpassa pelo exercício de direitos, sendo que um dos caminhos para tal desiderato é o processo judicial, principalmente, em casos como o processo penal, em que não há possibilidade de aplicação de pena sem processo judicial.

No entanto, o que temos é exatamente o contrário, ou seja, o processo como efeito prático da ausência de fraternidade, pela duração irrazoável, pelo fomento à violência institucional, pelo incentivo à cultura de litigiosidade e pelos números astronômicos de ações judiciais no Brasil¹³.

Segundo o CNJ, “Justiça em Números”¹⁴, o Brasil teria aproximadamente 100 milhões de processos judiciais em andamento, sendo que na Justiça Estadual teríamos 20.282.181 novos casos em 2013; na Justiça Federal seriam 3.353.742 novos casos em 2013, por exemplo.

Tal fato gera a seguinte conclusão: para cada dois brasileiros existe um processo judicial, ou seja, vive-se a era da judicialização dos conflitos.

Porém, vale ressaltar que alguns dados dizem que o grande responsável por tal judicialização é o Poder Público, já que atua como demandante ou demandado em 50% a 60% dos processos (Fonte: “Para uma nova cartografia da justiça no Brasil” – FAFICH/UFMG e Secretaria de Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça)¹⁵.

Com efeito, a fraternidade como direito público subjetivo e princípio constitucional deve ser exigida sob o aspecto vertical, para que o Estado melhore a prestação jurisdicional e reconheça como válida as formas alternativas de resolução de conflitos e respeite os direitos de cidadania.

Para tanto, é preciso que haja uma mudança de mentalidade dos atores das ciências jurídicas pela adoção e prática do Direito Fraterno, ao abandonar a cultura da atuação judicial e litigiosidade pela cultura da paz (não-violência fraterna).

Já por parte do Estado, faz-se mister investir na mudança do foco de sua atuação, para que incentive uma defesa estratégica, com investimento no

13 Como aduzem Karina Volpato e Kenia Volpato Camilo: “É comum entre os litigantes a sensação generalizada de injustiça, que decorre de uma série de fatores, tais como os elevados custos, financeiro e emocional, a lentidão e o longo tempo à espera de uma decisão definitiva que será, por fim, imposta, não havendo participação dos interessados em sua construção e que, não raro, desagrada a ambos. Ao aplicar a lei ao caso concreto, o Poder Judiciário não se debruça sobre a solução “do conflito” em si. Entrega a tutela jurisdicional, mas não necessariamente pacifica os litigantes, que ao fim do processo geralmente continuam firmes em suas posições antagônicas, por vezes ainda mais acentuadas”. VOLPATO, Karina; CAMILO, Kenia Volpato. Mediação e racionalidade no conflito empresarial. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258574,91041-Mediacao-e+racionalidade+no+conflito+empresarial>>. Acesso em: 11 maio 2017.

14 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

15 Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/para_uma_nova_cartografia_da_justica_no_brasil.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

assessoramento e no caráter preventivo dos seus corpos jurídicos, isto é, evitar ao máximo a judicialização pelo fortalecimento da assessoria preventiva¹⁶.

A alteração legislativa supramencionada já traz em seu bojo um direito fraterno processual, pois afirma a necessidade da prevalência da cultura da paz¹⁷ em detrimento da cultura da sentença e amplia as possibilidades de resolução de conflitos pela consagração do tribunal multiportas¹⁸.

Mas a mudança apenas na legislação, malgrado incentive e mude comportamentos, perpassa pelo seu aplicador, isto é, é preciso que haja o desenvolvimento de uma mudança cultural e de confiabilidade nas instituições públicas, como ocorre com a ampla aplicação do “plea bargaining” nos EUA, por exemplo¹⁹.

16 No ano de 2008, a PFE-INSS iniciou um programa de redução de demandas. Como exemplo: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/212518>.

17 A cultura da paz pode ser propiciada e desenvolvida pela reciprocidade gratuita, a qual seria consequência de uma interação social em regime de ágape. Como aduz Galindo Filho, “As ações e interações fundamentadas sobre o amor-ágape podem revigorar, sanar e gerar o tecido social nos seus elementos constitutivos. Os momentos de gratuidade, que parecem raros, mas que existem e dos quais experimentamos efeitos, possuem um enorme potencial que concerne à geração e à estabilização, desde relações interpessoais até a constituição da sociedade e das instituições, dos quais a expressão máxima é a reciprocidade gratuita. Até o momento os êxitos empíricos tendem a confirmar essa teoria”. GALINDO FILHO, Lucas Tavares. *Teoria e Empiria do Ágape nas Ciências Sociais: uma fundamental reviravolta na questão*. In: Cidadania, Participação e Fraternidade: uma abordagem multidisciplinar. Organizadores: Marconi Aurélio e Silva, Fernando Gomes de Andrade, Paulo Muniz Lopes. Recife: Universitária da UFPE, 2014. p.53.

18 Um bom esclarecimento do multi-door courthouse pode ser extraído no seguinte trecho: “The Multi-Door Dispute Resolution Division (Multi-Door) helps parties settle disputes through mediation and other types of appropriate dispute resolution (ADR), including arbitration, case evaluation and conciliation. The name “Multi-Door” comes from the multi-door courthouse concept, which envisions one courthouse with multiple dispute resolution doors or programs. Cases are referred through the appropriate door for resolution. The goals of a multi-door approach are to provide residents with easy access to justice, reduce delay, and provide links to related services, making more options available through which disputes can be resolved. The Multi-Door Dispute Resolution Division of the D.C. Superior Court assists parties to reach agreements that meet their interests, preserve relationships, and save time and money. Our mediators and dispute resolution specialists are trained at Multi-Door to serve in a wide range of cases, from civil to small claims, to family”. Disponível em: <http://www.dccourts.gov/internet/superior/org_multidoor/main.jsf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

19 Segundo definição mais acessível emitida pela American Bar Association, órgão equivalente à nossa OAB: “Plea Bargaining: Many criminal cases are resolved out of court by having both sides come to an agreement. This process is known as negotiating a plea or plea bargaining. In most jurisdictions it resolves most of the criminal cases filed. Plea bargaining is prevalent for practical reasons. Defendants can avoid the time and cost of defending themselves at trial, the risk of harsher punishment, and the publicity a trial could involve. The prosecution saves the time and expense of a lengthy trial. Both sides are spared the uncertainty of going to trial. The court system is saved the burden of conducting a trial on every crime charged. Either side may begin negotiations over a proposed plea bargain, though obviously both sides have to agree before one comes to pass. Plea bargaining usually involves the defendant’s pleading guilty to a lesser charge, or to only one of several charges. It also may involve a guilty plea as charged, with the prosecution recommending leniency in sentencing. The judge, however, is not bound to follow the prosecution’s recommendation. Many plea bargains are subject to the approval of the court, but some may not be (e.g., prosecutors may be able to drop charges without court approval in exchange for a “guilty” plea to a lesser offense). Plea bargaining is essentially a private process, but this is changing now that victims rights groups are becoming recognized. Under many victim rights statutes, victims have the right to have input into the plea bargaining process. Usually the details of a plea bargain aren’t known publicly until announced in court. Other alternatives are also possible

Desta feita, para se concretizar o devido processo fraterno e conciliador pelo reconhecimento do tribunal multiportas, já foi dado o primeiro passo (formalização e alteração legislativa com possibilidade de exigência vertical), agora é preciso realizar a materialização e concretização da fraternidade no processo.

E como foi dado o primeiro passo? Quais as principais alterações na conciliação? O que o novo CPC propiciou?

3 AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS FRATERNAS

O CPC propiciou uma posição de protagonismo e estímulo aos atores focando mais nas pessoas que nos procedimentos, o que vai ao encontro do direito fraterno. Mas não só isso, tivemos alterações substanciais para fomentar a conciliação, dentre as quais pode-se citar: a transação feita antes da sentença dispensa custas processuais remanescentes, criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, liberdade das partes na escolha do conciliador, regras de vedações e impedimentos aos conciliadores para garantir a lisura e imparcialidade do processo; criação das câmaras de mediação e conciliação; indicação obrigatória na petição inicial sobre a opção por realizar ou não a conciliação; a audiência de conciliação é a regra sendo marco de contagem de prazo para apresentação de defesa; o não comparecimento à audiência de conciliação é ato atentatório contra a dignidade da Justiça e gera pena de multa; audiência de conciliação pode ser realizada por meio eletrônico²⁰; pode haver mais de uma audiência de conciliação não podendo ultrapassar mais de dois meses entre elas; deve ser respeitado um intervalo de 20 em 20 minutos para cada audiência de conciliação em respeito ao tempo das partes para a negociação; o termo de conciliação é título executivo judicial, dentre outros.

Por fim, trouxe como norma fundamental do processo o dever de cooperação das partes²¹ e obrigação do Estado em sempre tentar promover a prestação jurisdicional por meio das soluções alternativas de conflito, na forma do art. 3º do novo CPC, especialmente seus parágrafos 2º e 3º²².

in the criminal justice system. Many states encourage diversion programs that remove less serious criminal matters from the full, formal procedures of the justice system. Typically, the defendant will be allowed to consent to probation without having to go through a trial. If he or she successfully completes the probation - e.g., undergoes rehabilitation or makes restitution for the crime - the matter will be expunged (removed) from the records". Disponível em: <http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/pleabargaining.html>. Acesso em: 10 out. 2016.

20 Exemplo é o portal de mediação digital do CNJ: <<http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>>.

21 Art. 6º do novo CPC: "*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*".

22 "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. (grifo nosso).

Já a mediação prevista na Lei 13.140/2015 traz um excelente exemplo de aplicação concreta da fraternidade no processo²³, visto que permite à parte o reconhecer-se no outro, por meio do diálogo²⁴, ou seja, estimula a busca da solução do conflito sem a intervenção direta de terceira pessoa, a qual talvez não tenha dimensão real do problema, ou seja, promove a emancipação do homem ao promover as partes como “donas do conflito” e da “sua solução”, o que resolve materialmente o conflito de interesses no auto-reconhecimento do erro porventura cometido, culminando na concretização do sentimento de justiça feita e não imposta²⁵.

Tal conduta é elemento da fraternidade, uma vez que promove a pacificação social pela não-violência estatal imposta pela sentença judicial que, na maior parte das vezes, resolve apenas formalmente o conflito em procedimento não-fraterno, isto é,

A mediação, enquanto alternativa fraterna de tratamento dos conflitos, pressupõe uma convivência baseada na cidadania, direitos humanos, jurisdição mínima, consenso, direito compartilhado e mediação. É um modelo realmente democrático e não violento que aposta no bem comum. (GHISLENI; SPENGLER, 2011. p.10).

§ 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”.

23 Citando Resta, GHISLENI E SPENGLER dizem: “A proposta fraterna é o embasamento teórico da mediação e das demais formas alternativas de resolução de conflitos sociais, pois insere uma cota de complexidade no primado do justo sobre o bom, procurando “alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações”. Sem esquecer que a ela está necessariamente atrelada a ideia de amizade, na medida em que prevê a “comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças”. A mediação, por sua vez, é definida como “a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa.” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 24).

24 A mediação, segundo o artigo 3º da Lei 13.140/2015 autoriza amplamente o diálogo, inclusive, podemos aplicar tal instituto em casos de recuperação judicial, visando o princípio da preservação da empresa. A propósito foi elaborado o Enunciado 45 da I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” que diz: “A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”. Disponível em: <file:///C:/Users/gregore.moura/Downloads/Enunciados%20Aprovados%201%20JPS-revisado.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016.

25 “A mediação, portanto, é considerada uma das melhores formas da concretização do ideal fraterno, pois consiste na construção de uma decisão pelos conflitantes e não sua imposição. Além disso, possui caráter humano e cidadão, pois preserva a igualdade entre as partes, bem como a liberdade. A participação total das partes, inclusive na decisão final, faz com que a mediação se sobreponha às demais formas extrajudiciais de resolução de conflitos. Tal procedimento, além da celeridade e eficiência, traz mais satisfação e sucesso, visto que atua na verdadeira causa do problema e proporciona mudanças sociais na vida dos demandantes e da sociedade como um todo”. GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 83).

A ideia do mediador sem poder decisório²⁶ que busca apenas o diálogo é forma de aplicação prática da fraternidade, desde que baseada na confidencialidade e no preparo do mediador²⁷.

4 PODER PÚBLICO CONCILIADOR E FRATERNO: É POSSÍVEL?

Não só aos particulares a lei de mediação é aplicada, mas também ao Estado, podendo ocorrer pela autocomposição com a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver. Se não criada a referida câmara, podem ser aplicadas as regras da mediação, na forma do art. 33 da Lei 13.140/15²⁸.

Exemplo deste tipo de iniciativa é a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal criada pelo Ato Regimental AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007²⁹, que é uma unidade da Consultoria-

26 Art. 1º da Lei 11.340/15: “Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. 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”.

27 Em prefácio redigido pelo Professor Douglas Cesar Lucas essa ideia é muito bem retratada, a qual vale transcrever: “Precisamos transpor para o direito essa força transformadora que a amizade e a fraternidade desempenham no cotidiano do homem comum; precisamos aprender que os laços de amizade e de fraternidade que comprometem e responsabilizam os amigos podem ser potentes na definição de reciprocidades no âmbito de práticas alternativas de solução de conflitos, como é o caso da mediação. Enfim, tem razão o poeta e político Francês Alphonse de Lamartine quando disse que “O egoísmo e o ódio só têm pátria. A fraternidade não a tem”. Mediar, pois, é romper com a bruteza da ação e aproximar expectativas; é desarmar e potencializar a palavra; é falar e escutar; é enfim, poder ver no outro aquilo que sou”. (GHISLENI; SPENGLER, 2011).

28 “Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei. Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos”.

29 “A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF foi criada pelo Ato Regimental AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007, com a finalidade de dar continuidade às atividades conciliatórias que já eram desenvolvidas com sucesso no âmbito da Advocacia-Geral da União pelas Câmaras de Conciliação ad hoc, assim designadas porque eram instaladas pelo Advogado-Geral da União para atuar exclusivamente na solução de cada caso concreto, conforme previsto no parágrafo único do art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, e na Portaria AGU nº 118, de 1º de fevereiro de 2007 (posteriormente revogada pela Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007). A Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, instituiu a CCAF prevendo a competência de promover o deslinde, no âmbito da Advocacia-Geral da União, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por meio de conciliação ou arbitramento. Em 2008, foi estendida a possibilidade de solução administrativa, aqui somente pela via da conciliação, para controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados” ou do Distrito Federal, conforme a Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008. Já em 2009, a Portaria AGU nº 1.099/2008 foi alterada pela Portaria AGU nº 481, de 06 de abril de 2009, para incluir na possibilidade de conciliação com a Administração Pública Federal, além da Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, a de Municípios que fossem Capital de Estado ou que possuam mais de duzentos mil habitantes. Em 2010,

Geral da União- CGU, órgão de direção superior integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União.

O objetivo desta Câmara é promover a conciliação em sentido amplo e evitar a judicialização de demandas em caráter preventivo, além de atuar em processos judiciais em curso, a fim de resolver o conflito de interesses.

A simples leitura dos seus objetivos, deixa claro o novo viés a que se pretende tratar as controvérsias no seio da Administração Pública, o que promove a longo prazo uma mudança de paradigma comportamental e quiçá produz a concretização da fraternidade.

Segundo a Cartilha da referida Câmara:

A CCAF foi criada com a intenção de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, mas, posteriormente, o seu objeto foi ampliado e hoje, com sucesso, resolve controvérsias entre entes da Administração Pública Federal e entre estes e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Muitas são as vantagens desse novo instrumento de resolução de conflitos, já que na CCAF promove-se a conciliação de interesses divergentes dos diversos órgãos da Administração, estimulando-se a consolidação da prática conciliatória como mecanismo de redução dos conflitos, prática essa mais eficiente, porque construída por todos os envolvidos e que representa a racionalização de custos pela redução de demandas administrativas e judiciais envolvendo organismos da Administração Federal.

A CCAF além de tentar evitar a judicialização de novas demandas também encerra processos já judicializados, reduzindo sobremaneira o tempo na solução desses conflitos.

Também ganha cada vez mais força a ideia de que a Câmara de Conciliação possibilita a articulação de políticas públicas, já que os órgãos públicos por meio das reuniões de conciliação são estimulados a dialogarem e cooperarem um com o outro.

O reconhecimento das atividades desenvolvidas pela CCAF é um fato relevante dentro e fora da jurisdição da AGU, porém, é manifesta a necessidade da ampliação do marco legal de atuação da Câmara de Conciliação e as derivações decorrentes da matéria conciliada. Essa lacuna está sendo

sobreveio o Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que ampliou a competência da CCAF, prevendo a possibilidade de promover a resolução de conflitos judicializados e de controvérsias administrativas, por meio de conciliação, entre entes e órgãos da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios (sem o limitador do número de habitantes) ". Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217576>. p. 09.

tratada no âmbito da discussão do planejamento estratégico da CGU e o resultado pretendido será a edição da Lei da Conciliação e as respectivas normas de regulamentação dos procedimentos de conciliação³⁰.

A Câmara de Conciliação deverá ser, portanto, um elo entre a vontade dos que buscam o acordo antes de qualquer disputa, e o futuro da institucionalização das boas práticas de composição, que virá muito mais célere do que se imagina. Essa atitude institucional da AGU em reconhecer essa ferramenta, em seus conceitos e importância, é na prática uma inovação conceitual que dará forças para seguirmos rompendo as fronteiras afigura-se uma garantia que olhar para o futuro é uma aposta bem clara do presente³¹.

Logo, a Câmara de Conciliação da AGU criada desde 2007 ganha força com a nova legislação processual civil, com as leis de mediação e arbitragem, como pode-se ver no art. 174 do novo CPC³², o que possibilita o aumento da sua força institucional, bem como a institucionalização diuturna da cultura do diálogo, isto é, da fraternidade prática.

Tais aspectos são importantes para a consolidação do Estado Democrático de Direito e da concretização do princípio da fraternidade, pois não só há uma mudança prática no trato das questões da Administração Pública como mencionado acima, mas também há uma enorme economia para os cofres públicos, o que possibilita investimentos em outras áreas na defesa de direitos fundamentais. Logo, é possível um Poder Público Fraterno, basta termos vontade política, pois a legislativa já foi feita.

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto, é preciso tratar a conciliação, a mediação e a arbitragem no âmbito dos conflitos privados e públicos como elemento concretizador do princípio da fraternidade, pois promove o diálogo, o reconhecer-se no outro, a solução não-violenta das controvérsias, impulsiona políticas públicas dialógicas ao aproximar os diversos atores, enfim, perpassa pela valorização do “ouvir” e da “não imposição”, ao invés da formalização de uma solução violenta e determinada por terceiro.

30 Vale lembrar que as leis foram editadas e o CPC modificado, o que não tinha sido feito na época da elaboração da cartilha.

31 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217576>. p. 07/08.

32 “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

Dado o primeiro passo na legislação e na criação de Câmaras de Conciliação, agora cabe aos aplicadores do Direito resgatar o esquecido princípio da fraternidade e aplicá-lo na prática, a fim de promover novas formas de resolução de conflitos, nos termos de uma jurisconstrução no dizer de Bolzan de Moraes e Spengler, citado por GHISLENI e SPENGLER, ao aduzir que:

[...]além de falar sobre a mediação, tratam da “jurisconstrução” que prevê justamente a ideia do direito construído em conjunto: por isso que propomos como gênero o estereótipo jurisconstrução, na medida em que esta nomenclatura permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado, o dizer o Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o elaborar/concertar/pactar/construir a resposta para o conflito em que reúne as partes. (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 47).

Quiçá, este estudo possa promover uma jurisconstrução fraterna a partir da aplicação prática dos meios consensuais de resolução de conflitos, na esteira de um Direito Fraterno constitucionalizado.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GALINDO FILHO, Lucas Tavares. Teoria e Empíria do Ágape nas Ciências Sociais: uma fundamental reviravolta na questão. In: *Cidadania, Participação e Fraternidade: uma abordagem multidisciplinar*. Organizadores: Marconi Aurélio e Silva, Fernando Gomes de Andrade, Paulo Muniz Lopes. Recife: Universitária da UFPE, 2014.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos a partir do Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraterno*. Lecce: Laterza, 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

VOLPATO, Karina; CAMILO, Kenia Volpato. *Mediação e racionalidade no conflito empresarial*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258574,91041-Mediacao++racionalidade+no+conflito+empresarial>>. Acesso em: 11 maio 2017.