

Mediação, processo estrutural e políticas públicas

02/11/2020

O Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente o dever dos operadores do Direito de estimular os métodos alternativos de resolução de conflitos, antes ou durante o processo judicial, sendo os mais conhecidos: conciliação, negociação, mediação e arbitragem. A mediação envolve um terceiro, imparcial, neutro e com capacitação técnica, que facilitará o diálogo entre as partes para que estas construam a melhor solução para todos [1].



Na aplicação dos métodos de soluções adequadas de conflitos

pode-se utilizar o modelo avaliativo, que tem foco no resultado sem mudanças, há sugestões de resultado pelo conciliador com vistas ao acordo. O modelo facilitativo tem foco nas mudanças de primeira ordem (acomodação, adaptativas, contensoras e/ou organizativas, mas a estrutura do sistema permanece inalterada), não havendo sugestões pelo facilitador, mas se visa o acordo e a participação efetiva com propostas da partes, podendo-se guiar pelas bases de negociação do modelo de Harvard.

Há ainda outros modelos: o circular-narrativo de Sara Cobb e o transformativo de Bush & Folger. O circular-narrativo trabalha no nível da comunicação narrativa. O conflito é expresso durante a narrativa, ele é o desencontro das narrativas. Objetiva-se encontrar um lugar comum em que as narrativas distintas possam conviver. Já o modelo transformativo busca modificação na relação das partes, mudanças de primeira e segunda ordens (estas são as transformadoras de padrões de conduta no âmbito individual e relacional), o acordo pode acontecer ou não. Objetiva-se explicitar o conflito e transformar a relação. O mediador pondera, mas deixa que a relação se expresse/manifeste durante a gestão do conflito. Os envolvidos trazem o que desejam do conflito, há espaço de conversa. Utilizam-se técnicas de espelhamento para as pessoas

entenderem os posicionamentos.

Quanto aos processos estruturais, na definição de Edilson Vitorelli [2], são demandas judiciais nas quais se busca reestruturar uma instituição pública ou privada cujo comportamento causa, fomenta ou viabiliza um litígio estrutural. Essa reestruturação envolve a elaboração de um plano de longo prazo para alteração do funcionamento da instituição e sua implementação (que se dá por intermédio de uma execução estrutural), mediante providências sucessivas e incrementais, as quais garantam que os resultados visados sejam alcançados, sem provocar efeitos colaterais indesejados ou minimizando-os [3]. As etapas do plano são cumpridas, avaliadas e reavaliadas continuamente do ponto de vista dos avanços que proporcionam e em todas haverá a necessidade de aplicação dos métodos consensuais de resolução de disputas [4], como a mediação.

Antônio do Passo Cabral e Hermes Zanetti Jr. citam o exemplo do caso Rio Doce, no qual houve conflituosidade interna e complexidade fática e jurídica. Com o rompimento da barragem da empresa Samarco, no dia 05 de novembro de 2015, lesionaram-se direitos individuais e coletivos, tendo sido ajuizadas ações individuais, coletivas e incidentes para resolução de demandas repetitivas. Foram identificados grupos de interesses contrapostos e interesses contrapostos internamente aos próprios grupos. Nesses casos a efetivação das medidas judiciais, quando deferidas liminarmente ou em sentença, revela-se demorada, custosa e dificilmente adaptável às estruturas e procedimentos do Judiciário. Em certos casos, a solução encontrada foi a criação de entidades de infraestrutura específica para dar cumprimento a negócios jurídicos e decisões judiciais como a Fundação Renova, entidade constituída a partir do TAC firmado entre as empresas Samarco, Vale do Rio Doce e BHP Billiton com União, Estados de Minas Gerais e Espírito Santo e suas autarquias [5].

Os litígios estratégicos têm por objetivo alcançar mudanças sociais por meio de casos paradigmáticos perante o Judiciário, buscando transformação da jurisprudência, formação de precedentes, alterações legislativas e/ou de políticas públicas. Ocorre que o Estado democrático de Direito em sua formação original de autonomia e separação dos poderes, por absoluta ineficiência em ações e planos específicos, não está funcionando adequadamente. O contrato social firmado com a população e garantidor dos direitos humanos fundamentais não está sendo adimplido pelo Estado. Nesse contexto, o Judiciário está sendo chamado a intervir em outras esferas de poder para garantir os direitos do povo e a efetivação das políticas públicas por meio de processos estruturantes embasados no atual Código de Processo Civil.

"No caso específico das decisões estruturantes, têm-se observado que a frequente utilização dos meios de execução atípicos de intervenção judicial e de bloqueio de verbas públicas — com o objetivo de garantir a tutela dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, de efetivar o papel do Estado no pacto federativo — tem surtido efeito positivo para o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, nas questões que envolvem as lides da área de saúde" [6].

Os litígios estruturais, além de serem mais eficientes sob ponto de vista da análise econômica do Direito, resolvem o problema da afronta à isonomia gerada nos processos individuais, uma vez que haverá decisão garantidora de direitos para todos e não apenas aos que postularem individualmente. Decisões isoladas, sem consideração do contexto local ou regional não resolve

o problema e provoca um aumento significativo no volume de ações individuais com mesmo propósito, bem como o inconveniente de eventuais decisões divergentes e consequente insegurança jurídica, em geral causando injustiça social. Nessa linha de raciocínio, se cada processo que contempla um problema de política pública decidir apenas sobre interesses individuais, descurando-se do todo e do bem comum, não se atingirá o interesse público.

A análise econômica do Direito estuda leis, institutos jurídicos, decisões judiciais e seus impactos com o objetivo de alcançar a máxima eficiência e justa alocação de recursos (seja decorrente da lei, seja advinda de uma decisão judicial). Sob esta perspectiva, aplica-se à presente análise a teoria dos jogos, mais especificamente a conhecida "tragédia dos comuns", que ocorre quando há o dilema entre o interesse pessoal e o bem-estar da coletividade. Essa teoria econômica analisa a existência de danos irreparáveis quando se tomam decisões individuais sem se preocupar com as consequências negativas e cumulativas para todos ao redor. O problema ocorre quando só se observa a busca de benefício individual.

A "tragédia dos comuns" é uma situação em que indivíduos, agindo de forma independente e racionalmente de acordo com seus próprios interesses, comportam-se em contrariedade aos melhores interesses de uma comunidade, esgotando algum recurso comum. Esse conceito foi baseado originalmente em um ensaio feito pelo matemático e economista William Forster Lloyd sobre posse comunal da terra em aldeias medievais, muito embora tenha sido popularizado pelo ecologista Garrett Hardin, no ensaio "*The Tragedy of the Commons*", publicado em 1968 na revista *Science*. Elinor Ostrom, vencedora do Prêmio Nobel de Economia, criticou a teoria "tragédia do bem comum", a qual prevê o ser humano como fadado ao conflito por causa de escassez, acrescentando o elemento da cooperação para resolver parte do descontrole existente [7]. Para Elinor, as sociedades são capazes de prosperar, criando alternativas para a resolução de conflitos, garantindo o respeito ao semelhante e a sustentabilidade ambiental, sem necessariamente depender da intervenção de governos ou outras autoridades.

A mediação e o processo estrutural são reflexos desta almejada evolução. O Judiciário acompanha as sucessivas ideologias sociais e histórico de intervenção do Estado sobre atividade econômica. O mesmo acontece com o nascimento dos direitos de primeira, segunda, terceira geração e os sucessivos. Durante o liberalismo, o Estado atuava como garantidor das liberdades individuais absolutas, as leis existiam para garantir a plena liberdade. Foi adaptado à ideologia de Adam Smith, na qual a concorrência seria o antídoto natural do mercado contra concentração econômica e abuso de poder. Mas isso não ocorreu, houve grande acúmulo de riquezas e abusos de toda ordem, sendo então substituído pelo Estado-interventor, garantidor do bem-estar social, encampador de empresas e distribuidor de serviços essenciais, tornando-se um controlador, inibidor de garantias, um gigante inoperante e incapaz de condução adequada e equilíbrio da atividade e ordem econômica.

A ideia foi substituir então por um sistema neoliberal, no qual as empresas retornam ao setor privado através das privatizações e criam-se agências reguladoras em cada setor para coibir os abusos. Neste, a propriedade e as liberdades deixaram de ser absolutas e passaram a ser limitadas. A livre iniciativa (direito de entrar e sair do mercado livremente), a livre concorrência (direito à permanência no mercado) deixam de ser absolutas e a propriedade privada passa a ter função social.

Esse movimento de devolução da Administração e gestão pública da atividade econômica para o setor privado reflete no Poder Judiciário quando o mesmo (gigante e pouco operante devido às crescentes e complexas demandas de ordem individual e coletiva) percebe que a autocomposição realizada de forma exitosa, com a utilização de técnicas de resoluções adequadas de conflitos pelos particulares é um caminho salutar para sanar sua atuação insuficiente.

Enquanto essa tendência é incentivada e implementada de forma louvável e robusta em todo o país, aliviando o absurdo volume de processos parados no judiciário, este poderá debruçar-se sobre questões altamente importantes para a sociedade, como os processos estruturais estratégicos.

Como exemplos de boas práticas e exímia aplicação, eficaz e eficiente, das técnicas de resoluções adequadas de conflitos são a equipe do Cejusc de Araçatuba, sob comando de Elaine Volpe Esgalha A. Bento, e os Projetos Íntegra (Premio Innovare — Edição V- 2008), Xixová-Japuí e Serra do Mar, do governo do Estado de São Paulo, idealizados e comandados por Celia Regina Zapparolli.

Como demonstraram os ganhadores do Nobel de Economia, o caminho para o bem-estar da coletividade é a cooperação. Objetivo este compartilhado pelos métodos de resolução adequada de conflitos que deverão ser utilizados em todas as fases do processo estrutural estratégico, o qual acaba por resolver todas as questões, uma vez que tratará das políticas públicas e questões sociais como um todo, oferecendo dignamente os bens da vida a todos e de forma isonômica.

[1] OLIVEIRA, Andreia Mara de. CASTANHEIRO, Ivan Castanheiro. Mediação na administração pública como medida democrática. In: Clipping do Observatório Nacional do CNMP, <https://observatorionacional.cnmmp.br/observatorionacional/images/observatorio/coronavirus/clipping>, pag.104. Clipping do Observatório Nacional do CNJ - <https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/images/observatorio/coronavirus/clipping> pag. 58. <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/mp-debate-mediacao-administracao-publica-medida-democratica>. Acesso em 27/10/2020.

[2] VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo, Brasília, v. 284, n. 43, p. 333-369, out. 2018.

[3] VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, vol. 7, p. 147-177, jan-jun, 2018.

[4] BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Decisões e acordos estruturais: da prática à teoria. Tomo I / Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal: MPRN, 2020.



[5] CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI Jr., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *As Claims Resolution Facilites* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo, Ano 44, Vol 287, janeiro 2019.

https://www.academia.edu/38509246/Entidades_de_Infraestrutura_Especificada_para_Solu%C3%A7%C3%A3o_de_Conflitos_Coletivos

[6] BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. (org) Decisões e acordos estruturais: da prática à teoria. Tomo I / Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal: MPRN, 2020, 114p.

[7] ZSCHORNACK, Thiago. *A tragédia dos comuns e a Amazônia*. Disponível em <http://opiniaodeeducador.blogspot.com>. Acesso em 27/10/2020.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-nov-02/mp-debatemediacao-processo-estrutural-politicas-publicas/>