



ENAM

Escola Nacional de Mediação e Conciliação

MANUAL DE
NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO

PARA MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO



ENAM

Escola Nacional de Mediação e Conciliação

MANUAL DE
NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO

PARA MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Carlos André Mariani Bittencourt

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Luiz Antônio Sasdelli Prudente

OUVIDORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ruth Lies Scholte Carvalho

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO JURÍDICO

Waldemar Antônio de Arimatéia

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO ADMINISTRATIVO

Mauro Flávio Ferreira Brandão

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO INSTITUCIONAL

Geraldo Flávio Vasques

CHEFE DE GABINETE

Roberto Heleno de Castro Júnior

SECRETÁRIA-GERAL

Élida de Freitas Rezende

DIRETORA-GERAL

Simone Maria Lima Santos

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Luciano Luz Badini Martins

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Fernando Rodrigues Martins

ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA JUNTO AO CEAFF

Danielle de Guimarães Germano Arlé

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Alessandra de Souza Santos



ENAM

Escola Nacional de Mediação e Conciliação

MANUAL DE
NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO

PARA MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ministério da Justiça
Brasil, novembro de 2014

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

José Eduardo Cardozo

SECRETÁRIO DE REFORMA DO JUDICIÁRIO

Flávio Croce Caetano

CHEFE DE GABINETE

Helena Melo Moura Meireles de Matos

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PRESIDENTE

Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros

CORREGEDOR NACIONAL DO CONSELHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conselheiro Alessandro Tramuças Assad

COORDENADOR DO GRUPO DE ESTUDOS SOBRE NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO PARA O APRIMORAMENTO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PRESIDENTE DA COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conselheiro Jarbas Soares Júnior

ORGANIZADORES

Jarbas Soares Júnior
Luciano Coelho Ávila

AUTORES:

Alexandre Amaral Gavronski, Danielle de Guimarães Germano Arlé, Gregório Assagra de Almeida, Igor Lima Goettenauer de Oliveira, Luciano Badini, Martha Silva Beltrame, Michel Betenjane Romano, Paulo Valério Dal Pai Moraes e Vladimir da Matta Gonçalves Borges.

ORGANIZAÇÃO

Jarbas Soares Júnior

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais e membro do Conselho Nacional do Ministério Público. Professor convidado de Direito Ambiental e Direito Eleitoral da Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais e da Escola de Advocacia da OAB/MG. É doutor *honoris causa* pela Unicon, Minas Gerais. Ingressou no Ministério Público do Estado de Minas Gerais em 1990. Exerceu a função de Promotor de Justiça das comarcas de Januária, Manga, Ouro Preto, Mariana e Itabirito. Foi promovido ao cargo de Procurador de Justiça em 2001. Foi eleito presidente da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA) de 2003 a 2006, de 2006 a 2009 e de 2009 a 2011. É membro da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para Conservação da Natureza (IUCN - Internacional Union for Conservation of Nature), com sede na Suíça. Foi Procurador-geral de Justiça do Estado de Minas Gerais por dois períodos: de 20 de dezembro de 2004 a 17 de outubro de 2006 e de 5 de dezembro de 2006 a 5 de dezembro de 2008. No biênio 2007/2008, exerceu a função de vice-presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPNG). Coordenou, em 2009 e 2010, a implementação de Planejamento Estratégico do Ministério Público de Minas Gerais (2010-2023). Organizou e proferiu palestras em diversos congressos, seminários, encontros e simpósios no Brasil e no exterior. Foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal e no Plenário. Em 2011 foi nomeado pela Presidenta da República, Dilma Rousseff, para compor o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão ao qual foi reconduzido em 1º/8/2013.

Luciano Coelho Ávila

Professor de Direito Constitucional da Fundação Escola Superior do MPDFT, em Brasília/DF (FESMPDFT); Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Especialista em Direito Processual Civil pela FESMPDFT/UFSC; promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios (MPDFT); Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, atualmente como Coordenador-Geral da Comissão de Acompanhamento da Atuação do Ministério Público na Defesa dos Direitos Fundamentais.

FICHA TÉCNICA DE PUBLICAÇÃO

Capa e diagramação

João Paulo de Carvalho Gavidia

Editoração

Alessandra de Souza Santos

Revisão ortográfica

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva



ENAM

Escola Nacional de Mediação e Conciliação

MANUAL DE
NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO

PARA MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ministério da Justiça

Secretaria de Reforma do Judiciário
Esplanada dos Ministérios, bloco T, 3º andar, sala 324
CEP 70.064-900, Brasília-DF, Brasil.
(61) 2025-9118
e-mail: reformadojudiciario@mj.gov.br
www.mj.gov.br/reforma

Copyright 2014 Ministério da Justiça

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer forma de armazenagem de informação sem a autorização por escrito dos editores, ressalvada a hipótese de uso por entes de direito público que poderão reproduzir livremente, sem necessidade de prévia autorização, desde que citada a fonte.

A responsabilidade dos capítulos publicados nesta obra é exclusiva de seus autores.

Impresso no Brasil em novembro de 2014.

B823m Brasil. Ministério da Justiça. Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM)

Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público / Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

... p. 288.

ISBN: 978-85-67311-27-2

1. Ministério Público - atuação. 2. Negociação. 3. Mediação. I. Título.

CDU 347.921.5



Colaboradores

Alexandre Amaral Gavronski

Procurador Regional da República na 1ª Região (Brasília), tendo atuado por quatorze anos como Procurador da República nos Estados de Mato Grosso do Sul, São Paulo e Rio Grande do Sul em todas as áreas de tutela coletiva, destacadamente na defesa da cidadania, do consumidor e da ordem econômica e do patrimônio público e social. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Mestrado em Direito das Relações Sociais (subárea Direitos Difusos e Coletivos) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União das disciplinas Instrumentos de Tutela Coletiva e Negociação e Mediação para membros do Ministério Público Federal e do Trabalho. Integrante do Grupo de Trabalho instituído no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público para sugerir ao colegiado minutas de resolução sobre os instrumentos do compromisso de ajustamento de conduta e a recomendação. Autor dos livros Manual de Atuação em Tutela Coletiva (ESMPU, 2006), Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva (RT, 2010) e Manual do Procurador da República (Jus Podivm, 2013) e de vários artigos publicados em coletâneas especializadas.

Danielle de Guimarães Germano Arlé

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - MPMG. Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestranda em Sistemas de Resolução de Conflitos pela Universidade Nacional Lomas de Zamora, na Argentina (Mestrado em curso). Promotora de Justiça Titular da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude Infracional de Belo Horizonte. Promotora de Justiça Assessora do Procurador-Geral de Justiça do MPMG desde dez/2012, junto ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da instituição. Membro do Grupo de Estudos e Mediação para o Aprimoramento da Atuação do Ministério Público, do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Representante do MPMG no Fórum Global de Lei, Justiça e Desenvolvimento (GFLJD), do Banco Mundial. Docente em cursos de Tratamento Adequado de Conflitos no âmbito do Ministério Público.

Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Possui graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto, mestrado e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor e Coordenador do Curso de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Consultor institucional do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. Membro jurista da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Ex-Diretor e ex-Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Foi Jurista Consultor do Ministério da Justiça na elaboração do Anteprojeto da Nova Lei da Ação Civil Pública, que integrou o II Pacto Republicado de Estado, tendo sido convertido no PL. 5.139/2009. Foi Assessor de Projetos e Articulação Interinstitucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Membro de Conselhos Editoriais de várias revistas no Brasil e no Exterior. Professor Visitante do Programa de Postgrado sobre Gestión de Políticas Públicas Ambientales en el Marco de la Globalización da Universidad de Castilla-la Mancha (Espanha). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Acesso à Justiça, Direitos Fundamentais, Direitos Coletivos, Direito Processual Coletivo, Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Ministério Público, Direitos Coletivos, Direito Processual Coletivo, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais. Autor e Coautor de vários livros, com publicação no Brasil e no exterior. Membro da Câmara Consultiva Temática do Conselho Consultivo de Reforma do Ensino Jurídico do Ministério da Educação. Membro do Grupo de Estudos do Conselho Nacional do Ministério Público sobre Compromisso de Ajustamento de Conduta e Recomendação. Membro do Grupo de Estudos do Conselho Nacional do Ministério Público sobre Negociação e Mediação para o aprimoramento da atuação do Ministério Público. Pós-Doutorando pela Universidade de Syracuse, NY, Estados Unidos.

Igor Lima Goettenauer de Oliveira

Advogado. Coordenador-Geral da Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM), da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Pesquisador com foco nas áreas de Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional e Sociologia Jurídica.



Luciano Badini

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF/MPMG). Ex-coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico e Cultural, Habitação e Urbanismo (CAOMA). Vencedor do Prêmio *Innovare* 2010, tema “Justiça sem burocracia”, categoria Ministério Público. Membro colaborador do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), representando-o junto à Estratégia Nacional de Não Judicialização do Ministério da Justiça.

Martha Silva Beltrame

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria, Estado do Rio Grande do Sul e especialização em Direito Comunitário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Foi Professora da Universidade Luterana do Brasil/RS do Curso de Direito. Foi colaboradora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MPRS. Foi Promotora de Justiça Assessora da Procuradoria-Geral de Justiça do MPRS e Coordenadora do PROPAD - Programa de Padronização e Organização Administrativa das Promotorias de Justiça do MPRS.

Michel Betenjane Romano

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Foi Professor da Escola Superior do Ministério Público do Curso de Extensão em Mediação e Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Membro integrante do CEBEPEJ -Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. Palestrante no I Seminário Internacional de Meios Alternativos de Solução de Conflitos de ANGOLA, realizado em Luanda. Foi Assessor de Gestão e Planejamento Institucional do Ministério Público do Estado de São Paulo. Co-autor das obras “Mediação e Gerenciamento do Processo” e “As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro”. Especialista pela Escola Superior do Ministério Público em Interesses Difusos e Coletivos, com ênfase em Improbidade Administrativa. É Membro Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional do Ministério Público, na Assessoria de Articulação Institucional.

Paulo Valério Dal Pai Moraes

Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialização em Direito Processual Civil e mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Consumidor, Direito Processual Civil Coletivo e Individual, Direito Ambiental e Direito Público em geral. Autor de várias obras jurídicas e do livro *Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*, em coautoria com Márcia Amaral Correa de Moraes. Também atua como conferencista e capacitador na Área da Negociação e resolução de conflitos e de problemas, com trabalho predominante junto ao setor público. Integra a Comissão de Acompanhamento dos Projetos de Alteração do Código de Defesa do Consumidor e o Conselho Científico do Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, bem como o Conselho Científico da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor. Integra o MPCON - Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor. É palestrante da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS.

Vladimir da Matta Gonçalves Borges

Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do MPDFT e especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção. Bacharel em Direito pelo UniCEUB. Capacitado instrutor de cursos de conciliação e mediação judicial pelo Conselho Nacional de Justiça. Trabalhou como Advogado/Orientador no Núcleo de Prática Jurídica do Uniceub de 2007 a 2009, tendo como destaque sua atuação junto à Câmara de Mediação da Instituição (CAMED). Retornou ao UniCEUB em 2011 como orientador de prática jurídica e atua como mediador na CAMED e como instrutor e supervisor de conciliação em parcerias do UniCEUB com o TJDFT e TRT da 10ª Região. Foi Secretário Administrativo no gabinete do Conselheiro Mario Luiz Bonsaglia do Conselho Nacional do Ministério Público, trabalhou na assessoria da Corregedoria Nacional do Ministério Público e foi Secretário Administrativo do Gabinete do Conselheiro Luiz Moreira Gomes Júnior do CNMP. Atualmente é servidor público efetivo lotado na Ouvidoria do CNMP.



Sumário

PREFÁCIO.....	12
APRESENTAÇÃO.....	14
INTRODUÇÃO.....	16
I - Noções Preliminares.....	21
II - O Movimento do Acesso à Justiça no Brasil e o Ministério Público.....	41
III - Mecanismos Autocompositivos no Sistema de Justiça.....	77
IV - Novo perfil constitucional do Ministério Público – Negociação e Mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas.....	95
V - Potencialidades e limites da negociação e mediação conduzida pelo Ministério Público.....	147
VI - Técnicas de Negociação no âmbito do Ministério Público.....	171
VII - A Mediação no âmbito do Ministério Público.....	241
ROTEIRO PRÁTICO.....	283
FLUXOGRAMA.....	286

Prefácio

A edição deste “Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público” é mais um passo na consolidação do papel do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP como órgão de integração e desenvolvimento do Ministério Público brasileiro e de seu compromisso com a eficiência e o protagonismo da atuação institucional na promoção da justiça. Conforme consignado no Planejamento Estratégico Nacional, construído com amplo debate e participação de membros e servidores do Ministério Público da União e dos Estados, a visão de futuro da Instituição aponta para seu reconhecimento pela sociedade como transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e da democracia.

Para alcançar tal objetivo, é fundamental que o Ministério Público esteja conectado às transformações pelas quais passa a sociedade – e, por consequência, o Direito – neste século XXI, dentre elas o incremento da participação dos interessados na construção das soluções jurídicas que lhes afetam diretamente e a crescente aposta em alternativas ao processo judicial para resolução de controvérsias, alternativas que sejam mais céleres, informais e implementáveis. É nesse contexto que vem ganhando crescente destaque os chamados métodos autocompositivos de solução de controvérsias, em especial a negociação, a mediação e conciliação, que estão no cerne do estágio atual de evolução do movimento do acesso à justiça. Protagonista desse movimento desde o processo de abertura democrática, o Ministério Público brasileiro, com sua diferenciada configuração constitucional, tem muito a contribuir para o aprimoramento da utilização desses métodos na prática jurídica brasileira. Seja como negociador em defesa dos direitos coletivos, seja como mediador de conflitos sociais ou indutor de conciliação entre as partes nas causas que envolvem direitos indisponíveis ou de relevância social, o Ministério Público, com a credibilidade institucional conquistada pelo exercício de suas funções constitucionais, desempenha um papel determinante no uso desses métodos para a promoção da justiça e a pacificação social.



Sem embargo de tal circunstância, o tema ainda é desafiador para muitos membros e servidores e envolve uma mudança de mentalidade.

A presente publicação destina-se, por isso, a atender a dois objetivos principais. Primeiramente, fomentar nos quadros da Instituição o interesse pelo tema e por suas enormes potencialidades para a qualidade da atuação institucional, ao mesmo tempo que chama a atenção dos demais operadores do Direito para o importante papel a ser desempenhado pelo Ministério Público nessa seara de atuação jurídica. Assimilada a relevância e utilidade do tema, este Manual se destina a fornecer a membros e servidores conhecimentos e técnicas essenciais para um uso eficiente e profissional dos métodos auto-compositivos de solução de controvérsias.

Esses objetivos se fundem em um maior, o de contribuir de modo qualificado para que o Ministério Público torne realidade sua visão de futuro e cumpra, cada vez melhor, sua função constitucional de promover a justiça, respondendo adequadamente aos desafios que os novos tempos lhe apresentam e correspondendo, à altura, à confiança que lhe depositou o poder constituinte e lhe deposita continuamente a sociedade brasileira.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

Apresentação

A Escola Nacional de Mediação e Conciliação – ENAM do Ministério da Justiça, criada ao final de 2012, é uma ferramenta que está à disposição dos operadores do Direito e da sociedade como um todo.

Como sabido, é da natureza das ferramentas terem a finalidade que a elas dedicarmos. Assim, desde logo a ENAM se ofereceu aos atores do Sistema de Justiça como um instrumento que pode contribuir com a formulação e a oferta de capacitações, treinamentos, cursos, materiais pedagógicos e didáticos sobre os meios autocompositivos de solução de conflitos.

Autocompositivos porque, ao contrário dos meios heterocompositivos de solução de conflitos, tal qual o processo judicial típico, naqueles são os próprios sujeitos em disputa que, pela boa conversa e pelo bom acordo, constroem juntos os caminhos e as saídas que levarão ao desenlace de seu problema.

Seja mediadas por um profissional devidamente capacitado, seja diretamente, por meio dos expedientes da negociação, as partes se comunicam para identificar as reais causas do conflito e as possíveis soluções. Uma vez estabelecido o consenso entre elas, mostra a experiência que dificilmente deixam de cumprir o acordo alcançado, porque reconhecem nele o resultado de suas próprias aspirações, interesses e anseios.

Contudo, não há espaço para amadorismo. Os meios autocompositivos necessitam de profissionais capacitados, que entendam a filosofia e a metodologia da proposta, que saibam identificar os casos que podem ou não ser conduzidos de maneira dialógica, e que tenham domínio sobre as técnicas e os procedimentos utilizados tanto na mediação e conciliação, quanto na negociação.

A ENAM busca justamente fornecer, de forma ampla e gratuita, capacitações que desenvolvam e aperfeiçoem essas competências.



O Ministério Público é uma instituição eminentemente negociadora e mediadora. Em razão de seu destacado papel na promoção do acesso à justiça e na efetivação dos direitos, os membros do Ministério Público lidam diuturnamente com um sem-número de conflitos que desafiam e tantas vezes transcendem as possibilidades de resolução que o processo judicial tradicional oferece.

Nesse sentido, exemplos não faltam: os membros do Ministério Público atuam na construção de acordos em delicadas questões relacionadas ao direito de família, medeiam a reparação de danos ao meio ambiente, negociam ajustamento de condutas lesivas aos interesses coletivos e difusos.

A parceria entre o Conselho Nacional do Ministério Público e a ENAM/MJ, cujo resultado é o presente “Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público”, pretende contribuir com o debate já em andamento no seio do Ministério Público brasileiro sobre a utilização dos métodos autocompositivos como uma das possíveis formas de atuação institucional.

Além disso, escrita por quadros do Ministério Público que possuem conhecimento prático e teórico sobre o tema, a obra é um guia didático e pedagógico que favorecerá o aperfeiçoamento de Promotores de Justiça e de Procuradores da República que se veem comumente diante de situações nas quais mediar e negociar se faz necessário.

Em última instância, os métodos autocompositivos, por possibilitarem a célere e efetiva solução de contendas, são instrumentos de acesso à justiça e de difusão da cultura do diálogo e da paz, o que se alinha com a atuação institucional e competências constitucionais do Ministério Público brasileiro e corresponde aos objetivos da Escola Nacional de Mediação e Conciliação.

Flávio Croce Caetano
Secretário de Reforma do Judiciário

Introdução

Em 1981, quando William Ury, Roger Fisher e Bruce Patton publicaram o livro *Como chegar ao sim*, o mundo necessitava ver “codificada” uma abordagem colaborativa sobre os conflitos. Não é que, naquela época, o ser humano não fosse capaz de ter comportamentos colaborativos, mas necessitava ver traduzido em um sistema o comportamento de colaboração. Devemos agradecer aos fundadores do Programa de Negociação de Harvard, os mesmos autores do referido livro, por terem lançado luz sobre tão importante questão, da qual depende, ao fim e ao cabo, a preservação das relações entre os seres humanos.

Ocorre que os fundadores do Programa de Negociação de Harvard – conhecido como Escola de Harvard –, assim como aqueles que os sucederam ao estudar a abordagem colaborativa dos conflitos sob novos enfoques (como fizeram Baruch Bush e outros grandes autores), não descobriram algo novo. A rigor, mostraram a todos como fazer o que está na natureza humana: viver com o outro, conviver.

Para a convivência humana e a paz social, necessitamos de um Sistema de Tratamento Adequado de Conflitos, que, uma vez exposto de forma clara, ajudar todos os profissionais a melhor cumprirem os objetivos de suas atividades.

Como profissionais do Direito, aos membros do Ministério Público, aos quais se delegou a dignificante missão de defender a sociedade, cabe estarmos cientes de que somos, em essência, tratadores de conflitos. E, como tal, é nosso dever conhecer o Sistema de Tratamento Adequado de Conflitos, a fim de que possamos usar, no cotidiano de nossas ações, o método que seja mais eficiente para atender à necessária finalidade.



A presente obra coletiva não tem a intenção de criar algo novo, mas sim de iniciar o desenho de um esquema fundamental para o pleno exercício das fundações do Ministério Público. Sem a pretensão de termos o mesmo alcance das escolas que descortinaram o tema, como Harvard, mas inspirados na mesma vontade daqueles homens de apresentar ideias que tornam viável o manejo de métodos de tratamento adequado de conflitos, temos a grata satisfação de apresentar ao Ministério Público brasileiro esta obra – produto do esforço coletivo daqueles que praticam e estudam a negociação e a mediação no âmbito ministerial, acreditando na sua prática como meio de cumprirem a missão constitucional delegada à Instituição.

Aos que aceitaram o desafio de colaborar com a obra e difundir os métodos não adversariais de tratamento de conflitos, o nosso agradecimento e sincero reconhecimento pela qualidade do trabalho. Os que quiserem conhecer tais métodos e, sobretudo, aplicá-los e disseminá-los, sejam muito bem-vindos! A não judicialização dos conflitos é o primeiro caminho para atingirmos a maioria institucional.

Jarbas Soares Júnior

*Conselheiro Nacional do Ministério Público
Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais*

1

Noções Preliminares



Noções Preliminares

Paulo Valério Dal Pai Moraes

No ano de 2010, foram realizados o lançamento e a implantação do modelo de Gestão Estratégica do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para o período de 2010-2015, projeto este alicerçado no MAPA ESTRATÉGICO NACIONAL¹.

Nesse MAPA, é possível identificar, como missão do Ministério Público brasileiro, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis para a concretização dos valores democráticos e da cidadania. Nele também foi definido, como “visão de futuro”, o objetivo de consolidar o Ministério Público brasileiro como uma “instituição reconhecida como transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e da democracia”.

Para o cumprimento dessas diretrizes institucionais, foram eleitos quatro *retornos para a sociedade*, quais sejam: a) **defesa dos direitos fundamentais**; b) **transformação social**; c) **indução de políticas públicas**; d) **diminuição da criminalidade e da corrupção**.

No intuito de implementar esses quatro *retornos para a sociedade*, estão previstos doze *resultados institucionais*, especificamente: na proteção do regime democrático, no respeito à criança, ao adolescente, ao idoso e à pessoa com dificuldades especiais, na inclusão social, no respeito às comunidades tradicionais, no resguardo à educação, à saúde, ao trabalho digno, assim como no zelo ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica e financeira, no combate à improbidade e na defesa do patrimônio público, social, histórico e cultural, no combate ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas, no controle externo da atividade policial, no aperfeiçoamento do

¹ O Mapa está disponível no site do CNMP, por meio do endereço: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Mapa_Estrategico_Nacional.PDF.

sistema prisional, na repressão e prevenção da criminalidade organizada e, por fim, no fortalecimento da prevenção e da repressão de crimes graves, tanto comuns como militares.

Instrumentalizam a concretização de tais resultados institucionais três **processos**: a) **unidade institucional**; b) **eficiência da atuação institucional**; c) **comunicação e relacionamento**.

No tocante ao processo de **unidade institucional**, destaca-se o **fortalecimento da atuação integrada do Ministério Público**, por intermédio da **construção de práticas uniformes**.

No processo de **eficiência da atuação institucional**, devem ser ressaltadas a **ampliação da atuação extrajudicial como forma de pacificação de conflitos**, a **atuação de forma proativa, efetiva, preventiva e resolutive** e a **celeridade procedimental**.

Relativamente ao processo de **comunicação e relacionamento**, emerge como objetivo a **facilitação do diálogo entre o cidadão e o Ministério Público**. Essa facilitação se tornará efetiva com o **fortalecimento da comunicação institucional**, com o **aprimoramento do intercâmbio de informações** e, principalmente, pela intensificação de **parcerias de trabalho em rede de cooperação com o setor público, privado, sociedade civil organizada e comunidade em geral**.

Pois é dentro desse contexto que foi estruturado este *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*, cujos objetivos são o fortalecimento da unidade institucional, a eficiência da atuação do Ministério Público e a busca de excelência em termos de comunicação e relacionamento com a sociedade, a fim de que sejam concretizados os **retornos para a sociedade** do Mapa Estratégico: a defesa dos direitos fundamentais; a indução de políticas públicas; a diminuição da criminalidade e da corrupção; e, por derradeiro, a **transformação social**.

Empreendimentos tão grandiosos como os identificados sob a denominação **retornos para a sociedade** precisam de organização, método, prática e



lucidez, mas, acima de tudo, precisam de princípios. Diretrizes valorativas que possam ser o alicerce da estrutura que se cria, de modo que ela não sucumba com o passar do tempo e das pessoas, permanecendo firme e forte, fazendo, assim, com que os princípios se integrem ao cotidiano e à cultura do Ministério Público.

O primeiro desses princípios é o **princípio da paz**.

Esse princípio se justifica porque a pacificação dos relacionamentos e espaços sociais – e mesmo institucionais – gera a tranquilidade, o entendimento, a harmonia, culminando na felicidade², palavra esta expressa no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, por meio da expressão *bem-estar*, objetivo maior de todos.

Para ter paz, é preciso que se efetive uma postura educativa, pedagógica mesmo, na qual se implemente a desvalorização dos métodos adversariais de troca de ideias e de informações e se adotem as práticas colaborativas e autocompositivas de solução de conflitos, de controvérsias³ e de problemas⁴.

2 A *felicidade* aqui falada é estudada hoje como ciência. Para tanto, ver LAYARD, Richard. *Felicidade – Lições de uma nova ciência*. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008.

3 A distinção que é feita entre *conflito* e *controvérsia* é necessária, porque o *conflito* se caracteriza por um antagonismo de posições ou de interesses, onde exista a resistência por parte de um dos envolvidos. Já a *controvérsia* não possui tal característica da resistência, sendo identificada apenas pela divergência, na qual não exista resistência. A palavra *resistência*, portanto, é que estabelece a distinção.

4 É usado o conceito de “problema”, pois em várias situações da atuação Ministerial não existem conflitos a resolver. Por exemplo, na atuação preventiva em que é feito trabalho objetivando que sejam implementados os Planos de Prevenção Contra Incêndio – PPCI em condomínios, casas de espetáculo, bares, restaurantes, hotéis etc, pode não haver conflito, o que acontecerá se os instados a cumprir as exigências legais aceitarem imediatamente implementar o que determina a lei. Nesta situação, apenas haverá um “problema”, que será resolvido por intermédio de uma negociação direta entre os membros da instituição e aquele que precisava regularizar a segurança do estabelecimento ou do condomínio. Um segundo exemplo seria a formalização de convênios entre o Ministério Público e outras instituições públicas. Para a formalização do documento, serão utilizadas técnicas de negociação para solucionar o “problema”, não se falando em conflito, pois, na maior parte das vezes, ele não existe. Ex.: convênios entre o Ministério Público e as Universidades Federais para a análise de combustível adulterado. O Ministério Público se comprometia a oferecer o material humano, veículos de coleta, investigação, e as Universidades ofereciam seus laboratórios, o material, as análises e os laudos técnicos, sem que houvesse qualquer conflito.

A educação sobre as práticas colaborativas e autocompositivas para a paz, portanto, é a única maneira para que se possa transformar a cultura interna e externa da nossa instituição, priorizando-se o consenso e reservando-se os caminhos processuais e a disputa de posições para as situações em que não seja possível o entendimento direto entre os envolvidos na questão.

Ana Maria Araújo Freire⁵ comenta sobre a paz, citando Paulo Freire, quando agraciado com o Prêmio UNESCO da Educação para a Paz. Discorre que, na ocasião, em Paris, 1986, seu marido afirmou:

De anônimas gentes, sofridas gentes, exploradas gentes aprendi sobretudo que a Paz é fundamental, indispensável, mas que a Paz implica lutar por ela. A Paz se cria, se constrói na e pela superação de realidades sociais perversas. A Paz se cria, se constrói na construção incessante da justiça social. Por isso, não creio em nenhum esforço chamado de educação para a Paz que, em lugar de desvelar o mundo das injustiças o torna opaco e tenta miopizar as suas vítimas.

O Ministério Público brasileiro possui, a partir dessa pauta, uma missão muito relevante de transformação social, que passa, inevitavelmente, pela assunção de uma postura também pedagógica e educativa, no sentido de estimular as comunidades a que aprendam a buscar nas soluções colaborativas e autocompositivas a resolução dos conflitos, das controvérsias e dos problemas eventualmente surgidos.

Nesse desiderato educativo-pedagógico de ensino da paz às comunidades, entretanto, conforme alertou Paulo Freire, é preciso um cuidado em igual medida para que não sejam feitas injustiças. Isso se faz, em um primeiro momento, realizando-se um trabalho de real busca da verdade dos fatos e das questões de direito, o que somente acontece pela via do diálogo, do contato direto. Deve, portanto, haver uma profunda reflexão a respeito dos

⁵ Doutora em Educação pela Puc/SP, é viúva do educador Paulo Freire e sucessora de sua obra. A citação faz parte de seu artigo disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=8&sqi=2&ved=0CEYQFjAH&url=http%3A%2F%2Frevistaseletronicas.pucrs.br%2Ffojs%2Findex.php%2Ffaced%2Farticle%2Fdownload%2F449%2F345&ei=rPOpUrmAMfSksQSVxIGYA&usq=AFQjCNEknhCR4l5IgBDe3SXILJaK03V_Jw. Acesso em: 12 dez. 2013.



métodos formais e rígidos, como as requisições precipitadas, as demandas judiciais sem a prévia prospecção das realidades fáticas existentes e tantas outras posturas desfavoráveis, que acabam indo de encontro ao princípio da eficiência insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.

Mais uma vez, Nita Freire⁶ destaca:

A Paz tem sua grande possibilidade de concretização através do diálogo freireano... O diálogo que busca o saber fazer a Paz na relação entre subjetividades entre si e com o mundo e a objetividade do mundo, isto é, entre os cidadãos e a possibilidade da convivência pacífica, é a que autentica este inédito-viável². A educação pelo diálogo que forma homens e mulheres na e voltada para cultura da Paz, da solidariedade, da fraternidade, e da libertação humana.

Igualmente não pode a instituição ministerial “miopizar as vítimas da injustiça”, oferecendo somente um trabalho que preze pela quantidade de ações, de demandas, um trabalho estatístico, justificando assim o seu labor para a sociedade, pois não é disso que as vítimas das injustiças necessitam. Elas precisam de resolução, de efetividade, sendo o caminho pedagógico da negociação, da mediação e da justiça restaurativa um legítimo “ensinar a pescar”, quando os próprios integrantes da comunidade assumem a função de autorregulação, a partir de uma postura proativa do Ministério Público, objetivando a transformação social.

É oportuno destacar que são meritórios e fundamentais, sem a menor dúvida, os trabalhos processuais que os membros do Ministério Público realizam junto ao Poder Judiciário. Todavia, a sociedade está a exigir mais dessa valorosa instituição, sendo uma das principais demandas que ela esteja próxima à sociedade. Isso lembra os momentos iniciais de formação da identidade institucional, que podem ser representados pelo singelo – mas de grande valor – **atendimento de partes**. É nesse tipo de atuação, voltada para e feita com a sociedade, que, certamente, devem ser dirigidas as reflexões, pois a legitimação do Ministério Público como integrante do Estado somente se manterá com a sua concreta inserção no tecido social.

6 Op. Cit.

O segundo fundamento balizador do planejamento estratégico, como não poderia ser diferente, é o **princípio ético**. Mas a ética do respeito à diferença, ao ser humano, à natureza, à vida em todas as suas formas. A ética – entendida em uma síntese apertada – como o conjunto de princípios e valores universalizáveis, definidos em determinada época por um determinado grupo, que, no caso, é o nosso tempo e o Brasil.

E essa prática ética – portanto, universalizável – somente pode ocorrer, para a obtenção de paz, pelo **diálogo**, e não por intermédio dos meios formais, rígidos, adversariais, processuais. Não se quer, com esta ideia, desprezar a importância da via processual para as ocasiões em que tal caminho seja necessário.

É ético, assim, adotar uma postura de maior cuidado, de prospecção e de conversa, tendente à criação de um relacionamento profissional, mas também humano, entre as pessoas envolvidas nas questões afetas ao Ministério Público, e não optar pela via tradicional e, não raro, demorada dos caminhos adversariais do processo, que oferecem uma aura de solução, mas muitas vezes acabam não chegando a lugar algum, justamente porque, no início da controvérsia, não houve a prospecção de peculiaridades, de fatos, de especificidades que uma mera conversa poderia ter desvelado.

Parece relevante esta reflexão, porque a cultura do imediatismo que assola o mundo pós-moderno oferece uma falsa verdade: a de que propor uma solução prévia negociada se configuraria como indevida perda de tempo. Isso é falso. Muitas vezes gastam-se dias no preparo de ações judiciais complexas, tempo este que poderia ser utilizado conversando com os envolvidos na controvérsia e, a partir da coleta e troca de informações, ser aventada uma solução mais consentânea com a realidade e com os interesses de todos. Se não por isso, o mero escutar as ponderações do interlocutor poderá ter o condão de enriquecer os fundamentos da ação judicial. Também por tal aspecto é básico conhecer o que o “outro tem a dizer”.

As premissas e princípios brevemente tratados são importantes, pois servirão para contextualizar os temas de negociação e da mediação em uma dimensão mais ampla e estrutural. Essa dimensão passa não somente por uma



atuação judicial e extrajudicial, mas, na forma exposta, por uma atuação pedagógica, no sentido de, efetivamente, *transformar a sociedade* – retorno para a sociedade que é um dos principais objetivos do MAPA ESTRATÉGICO NACIONAL.

De fato, os temas serão aqui tratados na perspectiva da formação de membros e servidores do Ministério Público, trazendo como reflexo o desenvolvimento de habilidades tendentes à intensificação de parcerias de trabalho em redes de cooperação, seja com o setor público e privado, seja com a sociedade em geral.

Hoje, os profissionais que integram a instituição não têm mais a possibilidade de trabalhar com eficiência sem que estejam associados a outros, principalmente a outros colegas. Esta é uma realidade incontestável.

Vários exemplos podem ser citados para a demonstração destes novos tempos. No âmbito dos estados, os Centros de Apoio Operacional – seja na área do consumidor, da infância e juventude, ambiental, da saúde, cidadania, do idoso, urbanismo, criminal, cível e tantas outras – realizam um trabalho de desenvolvimento das políticas do Ministério Público em áreas específicas. Esse trabalho promove a constituição de redes de atuação entre colegas, unificando posturas e procedimentos, além da inestimável incumbência de efetivar as atividades conversacionais com outros órgãos e instituições, inclusive com o objetivo de formalizar convênios, pactos e parcerias administrativas eventualmente necessárias.

Outro elucidativo exemplo é o Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas – GNCOC. Integrado por membros dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, este Grupo de Trabalho foi e é um verdadeiro exemplo de negociação intrainstitucional, em que ideias e esforços foram somados para a consecução de resultados concretos para a sociedade. O GNCOC é um exemplo de rede de trabalho em que a negociação constante e profícua entre membros do Ministério Público deu certo, não se olvidando de que, agregadas a esta, também se estabeleceram outras redes de atuação com entes públicos e privados.

Ainda podem ser citados vários casos específicos, em que se criam grupos de trabalho para a proteção ambiental (construções de hidrelétricas, proteção da fauna, da flora, dos recursos hídricos), para a coibição do trabalho infantil e escravo, para o combate ao crime organizado a partir do sistema penitenciário, para a proteção ao consumidor e muitos outros. Nesses grupos, a promoção da negociação intrainstitucional é determinante para que as estruturas possam atuar de maneira harmônica, fazendo com que os resultados para a sociedade possam se consolidar.

No âmbito externo, podem ser citadas as atuações de membros do Ministério Público em Comissões, Conselhos, CPIs, junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em Grupos de Trabalho criados nos Ministérios – por exemplo, Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário – e tantos outros, nos quais se revela imprescindível a participação da instituição na promoção da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Esta é, então, a dimensão e abrangência do que está aqui sendo proposto: uma profunda reflexão sobre a própria identidade do Ministério Público como Órgão de Estado de proteção à sociedade, bem como a respeito dos métodos de trabalho e instrumentos que usa para suas atividades.

Com efeito, em acréscimo às peças jurídicas, audiências e trabalhos em geral junto aos foros judiciais, é possível que a instituição acabe concluindo que as técnicas de conversação, de linguagem não verbal (proxêmica, cinésica, paralinguística, tacêsica e tantas outras), de comunicação, de psicologia e, principalmente, as técnicas pedagógicas podem ser um grande instrumental para a consecução dos objetivos inclusos no Mapa Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro.

Como visto, este manual não pretende somente abordar os temas da negociação e da mediação em nível judicial e extrajudicial, mas também incluí-los nos múltiplos espaços de atuação do Ministério Público como ente público integrado por pessoas que precisam se relacionar bem, promovendo o bem-estar, para que, a partir de tal condição, possam disseminar e educar para a paz as comunidades às quais servem.



Nesse desiderato, é importante referir que a negociação será o método autocompositivo que perpassará também o estudo da mediação. Isso porque a negociação será aqui abordada como uma estratégia de administração de conflitos, controvérsias e problemas, que se vale de práticas de comunicação, de psicologia e de aspectos culturais, com o objetivo de atender a alguma necessidade que somente possa ser satisfeita por intermédio da troca de informações, bens, valores ou interesses.

Assim, no âmbito da mediação⁷ – que, grosso modo, objetiva assistir e facilitar a negociação entre os envolvidos –, poderão ser adotadas técnicas de negociação.

Fundamental, então, rapidamente desmitificar a expressão negociação, porque, para alguns, estaria associada às práticas de troca de bens, comércio, valores econômicos etc., quando, em realidade, não é esse o verdadeiro sentido da palavra.

A palavra *negociar*, etimologicamente, significa “negar o ócio”⁸. Ou seja, é necessário que o sujeito esteja ativo, que tenha consciência do caminho que vai da ignorância ao conhecimento. Demanda-se, igualmente, levar em consideração – como parte ou possibilidade do processo – o erro⁹. Nesse sentido, reafirma-se que, nas relações humanas, não existem receitas prontas para desvendar o outro e convoca todas as pessoas a se relacionarem.

O sentido do termo *negociação* passa de um estado inicial de desvalor (cultura grega) para um estado de grande valia (cultura romana). Se atentarmos para o fato de que, entre os gregos, o ócio era privilegiado e cultuado como o estado ideal a ser atingido pelos sujeitos pensantes – a elite intelectual da época –, nos damos conta de que a negociação representava um conceito de

7 A mediação, segundo José Maria Rossani Garcez (Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2.a edição revista e ampliada. 2003. P. 35.) é aquela em que “...um terceiro, imparcial, auxilia as partes a chegarem, elas próprias, a um acordo entre si, através de um processo estruturado.”

8 MORAES, Paulo Valério Dal Pai e MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p. 75 e seguintes.

9 CABRAL, Ana Paula; ARAÚJO, Elaine Sampaio. Produzimos o conhecimento que nos produz uma reflexão. IN Revista Profissão Docente, www.uniube.br acessado em 18/09/2010.

menor valor, porque dizia respeito ao universo do trabalho e estava diretamente ligada às ações menos importantes, daqueles que não tinham a missão de pensar, de criar, de decidir, de elaborar e vislumbrar soluções para a própria sociedade em que viviam. Negociar era uma atividade servil.

Aristóteles contribuiu para a modificação desse conceito, atribuindo valor ao trabalho e compreendendo a ambos (trabalho e ócio) como atividades de criação, de transformação e de naturezas complementares. A negociação seguia nessa esteira com o seu sentido revisto, uma vez que ao trabalho (que era a própria antítese do ócio) se atribuía um valor igual ou maior do que ao próprio ócio. Isso resultou na revisão do papel da negociação na sociedade da época. De marginal, passou a desfrutar de um *status* diferenciado e a ter seu valor reconhecido.

Com os romanos e, mais tarde, a partir da hegemonia cristã, o trabalho passou a ocupar o lugar primordial de dignificação humana, enquanto o ócio passou a perder seu espaço e, inclusive, a ser mal visto em algumas organizações sociais. A negociação, compreendida como a negativa do ócio, passa a ser vista como prática que empreende a mudança, não se satisfazendo com a inércia de muitos desacordos e com a ausência de soluções para diversas situações de conflito.

Atualmente, o trabalho representa uma categoria indispensável para o aprimoramento das organizações, sejam elas humanas, ambientais, tecnológicas e da própria vida. É por meio dele que os processos evolutivos e revolucionários se desenham, se implementam e se disseminam, gerando mudanças em todo o território global. Se o trabalho é fundamental no tempo presente, pode-se afirmar que na negociação reside o seu coração. Ora, o coração, pensado do ponto de vista funcional, constitui-se num órgão vital, responsável pelo bombeamento do sangue por todo o corpo, garantindo-lhe a vida. Assim é a negociação na trama do e com o trabalho. Sem ela, as relações profissionais e pessoais estão fadadas ao perecimento e à estagnação.

Dessa forma, o termo “negociação” que será utilizado aqui não se refere a negócios comerciais, mas a toda forma de solução alternativa – alguns usam o termo *adequada* – de conflitos, controvérsias ou problemas, que tenha a condão de proporcionar ajuste.



Em nível mundial, tais métodos que se valem da negociação são chamados de *Alternative Dispute Resolution* (ADRs), expressão que, para o português, pode ser traduzida como Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – MASCs.

Na base de tais métodos, então, está a negociação.

A negociação, grosso modo e para fins didáticos, contempla a existência de dois métodos básicos, quais sejam: a) o competitivo, ou distributivo¹⁰; b) o colaborativo, ou integrativo¹¹.

Procurando fazer um paralelo esclarecedor entre eles, serão manejados rápidos tópicos.

O método competitivo se caracteriza quando um dos interlocutores objetiva maximizar vitórias sobre o outro. É o chamado *ganha-perde*, no qual o resultado substantivo, objetivo, tem valor preponderante, em detrimento do resultado subjetivo representado pela criação de um bom relacionamento entre os envolvidos.

Já a postura colaborativa tem como preocupação do negociador atender aos *interesses de ambos*, de modo a que seja obtido um resultado substantivo (objetivo), mas, na mesma medida, aprimorado o relacionamento. É o chamado *ganha-ganha*, que tem na distinção entre *posição* e *interesse* a chave para a consecução do consenso.

Posição é a postura inicial demonstrada pelo negociador, mas que poderá não corresponder ao seu real *interesse*, ou seja, ao que o negociador efetivamente deseja para a satisfação das suas necessidades.

O exemplo clássico fornecido pela Escola de Negociação de Harvard é o caso da laranja e das duas meninas que a disputavam. Ambas possuíam a mesma posição: “quero a laranja”. A mãe das meninas, não suportando mais

10 Sobre a negociação distributiva, de maneira minuciosa, ver Roy L. Lewicki, David M. Saunders e John W. Minton. Fundamentos da Negociação. Porto Alegre: Editora Bookman, 2ª edição.2002. pp. 76 até 115.

11 Sobre a negociação integrativa, de maneira minuciosa, ver Roy L. Lewicki, David M. Saunders e John W. Minton. Fundamentos da Negociação. Porto Alegre: Editora Bookman, 2ª edição.2002. pp. 116 a 140.

a disputa, pegou uma faca, cortou a fruta ao meio e deu uma parte para cada filha. A primeira, insatisfeita com a atitude, pergunta por que a mãe fez aquilo, pois desejava a laranja inteira para fazer um orifício em uma das extremidades e sorver o suco da fruta. Com apenas metade, isso não seria possível. Este era o seu *interesse*: sorver o suco da fruta diretamente. A segunda filha, da mesma forma, ficou insatisfeita, pois queria somente a casca da laranja para fazer letrinhas, conforme havia aprendido em aula. Com metade da laranja, não teria o material necessário para tanto. Esse era o seu *interesse*. Em realidade, a mãe das meninas poderia ter feito apenas uma pergunta: “para que vocês querem a laranja?” Após a resposta, não precisaria adotar a conduta inadequada que efetivou. Bastaria descascar a laranja e entregar a fruta para a primeira e toda a casca para a segunda filha. Assim, teria a satisfação das duas partes envolvidas no conflito, com o estabelecimento de uma conclusão ganha-ganha.

Este singelíssimo exemplo, com as modificações e adaptações incluídas no exemplo original da Escola de Harvard, bem informa sobre as propostas singelas, mas poderosas, que a negociação pode proporcionar àqueles que, de fato, objetivam solucionar de maneira adequada conflitos, controvérsias e problemas.

Os métodos competitivos ainda se caracterizam pela adoção de posturas inflexíveis, rígidas e formais, ao passo que os colaborativos, pelo oposto.

Os procedimentos judiciais refletem com precisão os métodos competitivos, em que um dos lados pretende ganhar e fazer com que o outro perca. Nesse desiderato, são aplicadas condutas inflexíveis, rígidas e formais, geralmente estabelecendo-se uma linguagem escrita e submetendo-se esses procedimentos a rituais que organizam este tipo de comunicação, a fim de que seja estabelecido o contraditório e permitida a ampla defesa recíproca.

A rigidez das colocações, geralmente lineares e com propostas carentes de alternativas, faz com que a relação se torne formal, estando um dos interlocutores, ou ambos, atrelados, exclusivamente, ao resultado substantivo, material, objetivo, nenhuma importância tendo o relacionamento para o futuro.



O método colaborativo adota posturas exatamente contrárias a essas, caracterizando uma negociação mais maleável e dinâmica.

Além disso, a estratégia competitiva está alicerçada na doutrina, na jurisprudência e nos pareceres, enquanto o colaborativo busca a solução do conflito nos fatos expostos à mesa por ambas as partes, no diálogo sobre eles, com o objetivo de que seja encontrado um resultado equânime para todos, por intermédio do consenso.

No modelo competitivo, vigoram a *personalização*, o prazer raivoso de subjugar, a autoestima, o exibicionismo. O colaborativo é *despersonalizado*; nele são afastadas abordagens pessoais (chamadas de *defesas competitivas*), pois o objetivo é solucionar o problema.

Ainda é possível verificar, no modelo competitivo, a chamada *queda de braço* – disputa por posições – quando, na opção colaborativa, são pretendidas soluções melhor acomodadas aos interesses. Como resultado, aquele que perdeu a disputa, muitas vezes, acaba não cumprindo o acordo, motivando a já conhecida maior inadimplência e a menor adesão. O resultado das negociações colaborativas é inverso a este, havendo uma maior adesão e adimplência, porque o comprometimento espontâneo de ambos é sentido pelos envolvidos como produto da vontade de cada um deles, o que estimula a que, por coerência, cumpram o pactuado.

Por derradeiro, a postura competitiva resulta em maior demora, porque é um contra o outro. Na postura colaborativa, obtém-se maior celeridade, pois é um a favor do outro.

Mesmo pontuando que o método colaborativo é o mais adequado para agentes públicos, é fundamental o conhecimento do método competitivo, a fim de que possam ser neutralizados seus efeitos e possa ser realinhada a negociação, técnicas essas que serão apresentadas ao longo deste trabalho.

Sob o ponto de vista estrutural, este manual possui, ainda, duas partes: na primeira, teórica, são lançados os fundamentos dos métodos colaborativos e autocompositivos; na segunda parte, que é prática, serão especificadas as técnicas e estratégias básicas atinentes aos métodos autocompositivos.

Na primeira parte, então, tratar-se-á do Movimento de Acesso à Justiça, abordando o contexto do movimento e seus reflexos no Brasil.

Ressalta-se, ainda nesta parte, o protagonismo do Ministério Público brasileiro na implementação do Acesso à Justiça no Brasil.

Após, será aberta reflexão a respeito dos desafios e potencialidades que o Acesso à Justiça apresenta para a instituição.

Na segunda parte da abordagem teórica, surge a questão do acesso à justiça como método de pensamento e direito fundamental, também sendo incluída abordagem que contextualiza o tema nos Pactos Republicanos, com destaque para o papel de importância da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça.

Ainda nesta segunda parte teórica, será complementada a contextualização do assunto, por meio de esclarecimentos atinentes à Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), à participação da Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) no sistema de Acesso à Justiça e à necessidade de uma mudança cultural, o que poderá ser iniciado a partir da proposta da Secretaria de Reforma do Judiciário para a inserção dos meios consensuais de resolução de conflitos, de controvérsias e de problemas nas Diretrizes Curriculares dos cursos de Direito do Brasil.

Como terceira discussão teórica, é desenvolvido estudo sobre o novo perfil constitucional do Ministério Público e a sua natureza institucional como Ente Público de Acesso à Justiça.

Da mesma forma, discute-se a tradicional *summa divisio* Direito Público/Direito Privado e a possibilidade da *summa divisio* constitucionalizada Direito Coletivo/Direito Individual.

Quanto à atuação do Ministério Público, propõe-se uma reflexão sobre a atuação dos seus membros como *custos legis* ou como *custos societatis* (*custos juris*), guardião da ordem jurídica e social.



Já encaminhando para a parte prática, o terceiro texto teórico apontará alguns fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público e a importância da capacitação dos membros e servidores da instituição para a priorização da resolução consensual das questões, com ênfase na atuação preventiva e no exercício da função pedagógica da cidadania (artigos 1º, parágrafo único, 3º, 6º, 127, *caput*, e 205 da CF/1988).

Ainda será exposta a importância das audiências públicas, bem como da necessidade de planejamento institucional e de fiscalização orçamentária, inclusive com a elaboração de estatísticas e indicadores sociais, como forma de cumprir as missões constitucionais insculpidas nos artigos 3º e 127, *caput*, da Constituição Federal.

Para a maior efetividade, são ressaltados a importância da sistematização e o maior investimento na atuação extrajurisdicional, a adequação da independência funcional ao planejamento estratégico da instituição, a revisitação da atuação como órgão interveniente no processo civil, com base na teoria dos direitos e garantias fundamentais. Destacam-se também a utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação da instituição e a necessária formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público, tendente à capacitação para a resolução das controvérsias, conflitos e problemas, pelo diálogo e pelo consenso.

Por derradeiro à parte teórica, são expostos os dois modelos constitucionais do Ministério Público – o demandista e o resolutivo –, além da impositiva formação humanista dos integrantes da instituição, a fim de que possam cumprir com eficiência as missões definidas na Constituição Federal.

Principiando a segunda seção, denominada de prática – embora não menos reflexiva –, são apresentadas as potencialidades e os limites da negociação e da mediação conduzidas pelo Ministério Público.

Nesta interessante parte do trabalho, serão levantados novos argumentos sobre como pode ser entendida a tão controvertida indisponibilidade por parte do Ministério Público, no tocante aos direitos que deve defender, e os limites à autocomposição.

Em seguimento a este inovador estudo, será abordada a atuação do Ministério Público no processo de concretização do direito por intermédio dos métodos autocompositivos, assim como a legitimidade da solução jurídica alcançada pela instituição com o uso de tais métodos de consenso.

A segunda parte da abordagem prática será destinada à negociação, à negociação como prática de comunicação e aos postulados da quantidade, da qualidade, da relevância e do modo.

Ato contínuo, será apresentada uma exposição didática sobre as fases da negociação, quais sejam: a) planejamento; b) contato; c) objetivação; d) conclusão e formalização; e) implementação.

No planejamento, é feita uma profunda demonstração sobre pontos fundamentais da organização da interlocução, desde a definição dos pontos que poderão vir a ser abordados, passando pela coleta de argumentos de apoio (laudatos, depoimentos, maquetes etc), a definição das metas a serem atingidas, as estratégias para chegar a elas até o fundamental manejo da MASA – Melhor Alternativa Sem Acordo –, que é o balizador psicológico e, ao mesmo tempo, objetivo, que orientará a postura dos negociadores envolvidos na interlocução.

Na fase do contato, serão feitas sugestões sobre a preparação do ambiente da negociação e sobre a construção de um relacionamento tranquilo, respeitoso e profícuo.

Na objetivação, optou-se por uma síntese que esclarecesse os principais aspectos envolvidos na discussão direta das questões específicas a serem resolvidas. Para tanto, são apontados elementos atinentes à percepção, à comunicação (uso de perguntas, escutar a mensagem, emitir e receber a mensagem, fala ativa, fatores da mensagem, conteúdo, estilo persuasivo e estrutura da mensagem), as defesas competitivas e os vieses cognitivos.

Por fim, as fases da formalização do acordo e da implementação, sempre ressaltando que o objetivo da negociação não é atingir o acordo, mas sim implementar aquilo que foi acordado.



A última parte trará a mediação, com seus objetivos, o papel do mediador, os princípios, a participação de advogados na interlocução, a formação do mediador, a reversão da espiral do conflito, as etapas da mediação e a pré-mediação.

Nas etapas da mediação, serão demonstradas a preparação, a declaração de abertura, a reunião de informações, a identificação das questões, interesses e sentimentos, o esclarecimento das controvérsias e dos interesses e o registro das soluções encontradas.

No final, o manual apresentará algumas ferramentas e técnicas da mediação, tais como a escuta ativa, o resumo cooperativo, a normalização, a despolarização do conflito, a separação das pessoas dos problemas, a recontextualização e o parafraseamento, a audição de propostas implícitas, o afago, o enfoque prospectivo, o silêncio, as sessões individuais, a troca e inversão dos papéis, as perguntas orientadas para gerar opções, os testes de realidade e a validação de sentimentos.

Para concluir estas longas, mas necessárias, noções preliminares, é imperioso destacar que neste trabalho são feitas propostas animadas pelos princípios da pacificação e da ética, objetivando concretamente que seja aberta a negociação com os integrantes do Ministério Público brasileiro, membros e servidores, a respeito dos difíceis e, talvez, polêmicos tópicos que a seguir virão.

Por isso, este trabalho não tem a pretensão de ser definitivo ou completo e tampouco de estar imune às críticas. Como é natural que aconteça no âmbito da Instituição Ministerial, as divergências existirão, sendo elas salutares exatamente para que a prospecção a respeito dos temas possa ser aprofundada e multilateralmente discutida. Somente assim, por intermédio da conjugação de ideias divergentes, animada pela democracia, pelo respeito, pela ética e pela paz, é que o Ministério Público alcançará um nível de unidade eficiente e qualificada, capacitando-se para a implementação da sua missão de real defensor da sociedade, o que se concretiza com a efetiva transformação social, em que as pessoas possam se relacionar melhor, valendo-se da prática dos meios autocompositivos e colaborativos de resolução de conflitos, de controvérsias e de problemas.

2

O Movimento do Acesso à Justiça no Brasil e o Ministério Público



O movimento do acesso à Justiça no Brasil e o Ministério Público

Alexandre Amaral Gavronski e Gregório Assagra de Almeida

A negociação e a mediação são métodos autocompositivos de resoluções de controvérsias, conflitos¹² e problemas e se destinam a simplificar, desburocratizar e informalizar os relacionamentos sociais e jurídicos. Inserem-se, por tais características, no contexto do movimento mundial de acesso à justiça, mais especificamente na chamada “terceira onda” ou terceiro estágio de sua evolução. No Brasil, esses métodos encontraram grande receptividade no âmbito do II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado em abril de 2009 pelos Presidentes dos três poderes da República, que tem orientado inúmeras iniciativas legislativas, judiciárias e administrativas desde então, dado que um dos três objetivos do Pacto é o aprimoramento da prestação jurisdicional pela prevenção de conflitos, para cuja consecução os Poderes assumiram o compromisso de “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”. Numa perspectiva mais ampla, pode-se afirmar que tais métodos se inserem no novo paradigma jurídico que se apresenta para o século XXI: mais informal, negocial e participativo, como veremos na sequência.

12 Conquanto os termos controvérsias e conflitos possam ser utilizados como sinônimos e se observe, no debate brasileiro atual sobre o tema, alguma preferência pelo uso apenas do segundo termo, neste manual utilizaremos os dois para destacar que a atuação do Ministério Público nos métodos autocompositivos pode ocorrer – e se mostra até mais vantajosa – antes mesmo de estabelecido o conflito, ainda durante a apuração conduzida no inquérito civil ou como decorrência do atendimento ao público. Há, de fato, uma relevante distinção no uso desses métodos pelo Ministério Público em cotejo com o uso que lhes dá o Poder Judiciário, pois quando este é acionado, com a propositura da ação, o conflito, a lide, já se estabeleceu e os métodos autocompositivos servirão para evitar o processo e o julgamento da causa. Essa peculiaridade e o avançado estágio do tema no âmbito do Poder Judiciário explicam a predominância pelo uso da expressão “métodos autocompositivos de solução de *conflitos*”. Neste manual, que tem dentre suas finalidades adaptar o tema à realidade e peculiaridades do Ministério Público, as duas expressões serão utilizadas, ora juntas ora separadas, a depender da situação.

Na assimilação brasileira do segundo estágio do movimento de acesso à justiça – voltado à superação dos obstáculos próprios dos direitos difusos –, o Ministério Público teve um protagonismo determinante e inovador, contribuindo para a construção de soluções tipicamente brasileiras, que, com o tempo, mostraram-se amplamente exitosas e apropriadas à realidade social, jurídica e institucional do país. Honrando a legitimidade recebida diretamente da Constituição Federal para promover a defesa de direitos difusos e coletivos, o Ministério Público foi e é, sem dúvida, o principal responsável pela consolidação no Brasil do acesso à justiça sob a perspectiva coletiva. Esse protagonismo foi, em grande parte, responsável pela reinvenção da instituição e pelo seu reposicionamento no cenário jurídico nacional, consagrados na Constituição Federal e implementados nos anos que se seguiram.

Esse mesmo protagonismo, contudo, não tem sido verificado no acelerado processo de inserção do Brasil no terceiro estágio do acesso à justiça e no paradigma jurídico que se apresenta para o século XXI. Por razões que não poderão receber neste manual mais que breves menções – mas que estão a merecer reflexão institucional –, o Ministério Público brasileiro encontra-se atrasado nesse processo.

Tanto o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), seu principal instrumento de negociação, ampla e exitosamente utilizado por membros de todo o país, como a Recomendação, instrumento que bem se presta à mediação de conflitos de natureza coletiva ou até mesmo para negociação em hipóteses em que o TAC se inviabiliza – ou seja, dois importantíssimos instrumentos para reduzir a judicialização – pouca ou nenhuma atenção têm merecido nas iniciativas legislativas, judiciárias e administrativas influenciadas pelo II Pacto Republicano.

Apesar da importância para a pacificação social, a atuação do Ministério Público como mediador de conflitos sociais – por exemplo, na desocupação de terras, rodovias e prédios invadidos por determinados movimentos ou grupos sociais, com inúmeros exemplos exitosos – tem sido pouco estudada ou estimulada fora do Ministério Público, conquanto internamente venha recebendo crescente estímulo, com capacitação dos membros e valorização dos resultados alcançados.



A própria tutela coletiva e sua inserção na terceira onda do movimento de acesso à justiça – para o que o Ministério Público, o TAC e a Recomendação têm valiosas contribuições a dar – parecem receber menos atenção do que merecem, pelo seu potencial para racionalizar o acesso à justiça, assegurando-lhe agilidade, celeridade e efetividade para um número maior de pessoas. Nas mediações desenvolvidas em ações individuais nas quais o Ministério Público ainda intervém, muitos de seus membros desempenham papel de meros coadjuvantes, mesmo nas causas em que sua ativa participação poderia ser decisiva para a adequada proteção dos interesses que justificam sua intervenção.

Este manual – uma iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público e da Escola Nacional de Mediação do Ministério da Justiça – destina-se a contribuir para a reversão desse quadro. Primordialmente, sensibilizando e capacitando os membros da instituição para incrementarem seu protagonismo na negociação e na mediação, prioritariamente nos conflitos, controvérsias de natureza coletiva, mas sem desconsiderar sua potencial contribuição nos conflitos individuais. Em paralelo, indicando algumas das principais contribuições que a instituição pode dar para que a implementação no Brasil do terceiro estágio do movimento de acesso e a inserção do sistema de justiça brasileiro no direito do século XXI considerem a realidade social, jurídica e institucional nacional e as vantagens da tutela coletiva para que aquele sistema seja mais célere, ágil, efetivo e capaz de resoluções coletivas, mais apropriadas à sociedade massificada em que vivemos.

Impõe-se sempre ter presente que, enquanto a missão do Poder Judiciário é *realizar* a justiça, a do Ministério Público é *promovê-la*¹³. E só promove uma justiça ágil, célere e efetiva uma instituição que se conecta com o seu tempo e a realidade que a envolve, tomando as lições do passado, agindo com adequação e mirando o futuro. E o futuro do direito, neste século XXI, certamente passa pelo incremento dos métodos autocompositivos.

13 Conforme os respectivos mapas estratégicos e, no caso do Ministério Público, em atenção ao perfil constitucional ativo e independente que lhe conferiu a Constituição Federal e a utilização do verbo *promover* em três dos nove incisos do art. 129, para descrever algumas de suas principais funções institucionais: a de titular da ação penal (inc. I), a de legitimado coletivo (inc. III) e a de legitimado a jurisdição constitucional (inc. IV).

O acesso à justiça exerce, atualmente, um papel central no direito e na democracia; por isso, o seu estudo e os horizontes da sua prática estão sendo ampliados. Essa ampliação, que objetiva uma abrangência de conteúdo sobre o acesso à justiça que vá muito além do acesso ao Judiciário, é uma necessidade para o adequado exercício da cidadania.

Como escreveu José Eduardo Cardozo, no contexto dos direitos e das garantias fundamentais, o acesso à justiça adquire enorme relevância para o direito e também para a democracia, pois não há direito, no horizonte da sua prática, sem mecanismos adequados e eficientes de proteção e de efetivação. Ressalta o autor que, no caso do Brasil, a Justiça Eleitoral, como um dos mais relevantes mecanismos de acesso à justiça do país, confirma a assertiva sobre a importância desse acesso para a democracia. Assim, o direito e a democracia, no plano das suas respectivas funcionalidades sociais, dependem de mecanismos adequados de proteção e de efetivação dos direitos.¹⁴

É justamente nesse contexto que a abordagem do acesso à justiça como método de pensamento traz novos horizontes reflexivos para a Filosofia do Direito, assim como para a Teoria Geral do Direito. Novamente, são precisas as assertivas de José Eduardo Cardozo: “A concepção democrática do Direito impõe a união entre teoria e práxis, entre teoria e resultado, entre Direito e sua efetividade material. Os modelos teóricos explicativos devem atentar para esse binômio: Direito-efetividade”¹⁵.

O conteúdo essencial do acesso à justiça, na sua dimensão de direito e de garantia fundamental, é de difícil conceituação. A expressão em si tem passado por muitas transformações no decorrer da evolução do Estado de Direito. Assim, deixando de ser o direito de acesso formal do indivíduo ao Judiciário dos estados liberais burgueses, o acesso à justiça passou a ser concebido como o direito de acesso substancial ao Judiciário para a proteção de direitos individuais e sociais no *welfare state*¹⁶.

14 CARDOZO, José Eduardo. **O acesso à justiça no Brasil**: desafios e perspectivas. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53.

15 CARDOZO, José Eduardo. **O acesso à justiça no Brasil**: desafios e perspectivas. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53.

16 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto



No âmbito do Estado Democrático de Direito – modelo adotado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º) –, o conceito de acesso à justiça, em seu conteúdo essencial, vem passando por uma releitura para se constituir em direito e garantia fundamental que vai muito além do direito individual e social de acesso ao Judiciário. A nova abordagem é abrangente e considera o direito e a garantia de acesso como *todo mecanismo legítimo de proteção e de efetivação de direitos*, estes amplamente considerados – tanto os individuais quanto os coletivos (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos). Este novo conceito inclui os mecanismos jurisdicionais e os extrajurisdicionais, os nacionais e os internacionais¹⁷.

Nessa dimensão, o acesso à justiça abrange também o direito à duração razoável do processo e o direito ao resultado adequado da proteção e da efetivação. Portanto, é possível afirmar que o acesso à justiça engloba o direito de entrada, a duração razoável do processo ou procedimento e o direito de saída adequada, que atenda às reais necessidades do direito material em situação de lesão e de ameaça.

Assim, o acesso à justiça deve ser compreendido como direito e garantia fundamental de acesso a todos os meios legítimos – jurisdicionais e extrajurisdicionais, nacionais ou internacionais – de proteção e de efetivação de direitos individuais e coletivos, amplamente considerados. Isso inclui não somente o direito de acesso, mas engloba também a garantia de acesso a mecanismos justos, ágeis, eficazes, eficientes e realmente efetivos, possibilitando o resultado adequado e tempestivo da experiência jurídica que será projetada na sociedade, em geral, e na vida das pessoas interessadas, em especial.¹⁸

É preciso que se vá muito além do horizonte garantidor do acesso à justiça, cujo mecanismo deve ser adequado, justo, ágil, eficaz, eficiente e efetivo. É necessário que estejam assegurados o ingresso, a participação no procedi-

Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 9-11.

17 CARDOZO, José Eduardo. **O acesso à justiça no Brasil**: desafios e perspectivas. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53.

18 CARDOZO, José Eduardo. **O acesso à justiça no Brasil**: desafios e perspectivas. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53.

mento de construção da decisão, assim como a decisão adequada e, também, a saída tempestiva da respectiva via de acesso. Portanto, o conceito de acesso à justiça deve abranger a ideia de saída da justiça à luz da tempestividade e da duração razoável do processo, jurisdicional ou extrajurisdicional, o que inclui o atendimento das reais necessidades do respectivo direito material¹⁹.

Por outro lado, a abordagem do direito de acesso à justiça como direito e garantia fundamental é importante para sua nova compreensão, principalmente em decorrência das diretrizes fixadas pela nova hermenêutica constitucional, com destaque para a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF/1988), para a força normativa irradiante em grau máximo sobre todo ordenamento jurídico, assim como outras diretrizes ligadas à multifuncionalidade desses direitos e garantias.²⁰

Nessa nova e atual conceituação, precisamos incorporar ao acesso à justiça os aspectos subjetivos e objetivos que têm orientado a contemporânea doutrina dos direitos fundamentais²¹.

No aspecto subjetivo, o acesso à justiça é direito subjetivo fundamental de aplicabilidade imediata dos indivíduos e das coletividades, pois, no caso do Brasil, os direitos fundamentais são de titularidade individual e também coletiva (Título II, Capítulo I, da CF/1988). No aspecto objetivo, o acesso à justiça é princípio objetivo básico para o ordenamento jurídico constituio-

19 CARDOZO, José Eduardo. **O acesso à justiça no Brasil: desafios e perspectivas.** Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53.

20 Para ALMEIDA, Gregório Assagra de: “*A summa divisio constitucionalizada realitvizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se a essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a summa divisio clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. No constitucionalismo democrático pós-positivista, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem-se a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular*”. **Direito material coletivo – superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa division constitucionalizada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 380.

21 Sobre os aspectos objetivos e subjetivos dos direitos fundamentais, HESSE, Konrad. **Significado de los derechos fundamentales.** In BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jocher; HESSE, Konrad (Orgs.), *Manual de derecho constitucional*, p. 90.



nal e o Estado Democrático de Direito, constituindo-se parâmetro importantíssimo para o controle da constitucionalidade, o estudo do direito, assim como para as reformas em geral, legislativas ou não ²².

É justamente nesse contexto mais amplo que a visão de acesso à justiça não se limita ao acesso ao Judiciário e inclui, na condição de direito fundamental básico, o direito de acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do direito, tais como o direito fundamental de acesso ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à Ordem dos Advogados do Brasil, à arbitragem.

Esse direito de acesso à justiça não se limita ao direito de ingresso ou o direito à observância dos princípios constitucionais do processo, mas abrange, também, o direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da tutela jurídica, jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) ou extrajurisdicional.

Por isso, a decisão que se projeta para fora, atingindo as pessoas, como resultado da demanda pretendida, deverá ser constitucionalmente tempestiva, adequada, justa e efetiva²³. Além disso, a interpretação, diante dos casos concretos, do sistema infraconstitucional, deverá passar por uma filtragem constitucional ²⁴.

Alinhado a esses objetivos, este primeiro capítulo do manual se dividirá em três tópicos: um primeiro destinado a contextualizar o movimento mundial do acesso à justiça e seus reflexos no Brasil; outro destinado a rememorar o protagonismo do Ministério Público para a adoção de soluções tipicamente nacionais para a superação dos desafios característicos da segunda onda do movimento (acesso à justiça dos direitos coletivos); e, por fim, um terceiro tópico, centrado nos desafios e potencialidades que a terceira onda do acesso à justiça apresenta para o Ministério Público brasileiro.

22 CARDOZO, José Eduardo. **O acesso à justiça no Brasil**: desafios e perspectivas. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53.

23 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Teoria crítica do direito e acesso à justiça como método de pensamento*. In SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional, v. I, p. 22.

24 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 43-44.

A) O CONTEXTO DO MOVIMENTO MUNDIAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SEUS REFLEXOS NO BRASIL

O século XX foi caracterizado por um crescente incremento dos direitos humanos em todo o mundo; no Brasil, de modo mais acentuado, a partir de 1930. Aos direitos individuais voltados à garantia das liberdades e da propriedade acresceram-se, inicialmente, variados direitos sociais destinados a promover proteção, sob a lógica da solidariedade social (direitos dos trabalhadores, previdenciários e de saúde, dentre outros) e igualdade material (por exemplo, com um crescente reconhecimento do direito de todos à educação e o dever do Estado de provê-lo). Na sequência, como decorrência do pós-guerra e da maior preocupação com o futuro da humanidade que se lhe seguiu, e, ainda, em resposta à massificação das relações sociais provocada pelos novos métodos e modelos de produção industrial e de comercialização de produtos, surgiu uma nova espécie de direitos, denominados genericamente como difusos, pois titularizados difusamente pela sociedade, destacando-se dentre eles o direito ao meio ambiente equilibrado e os direitos dos consumidores nas relações massificadas.

Esse incremento foi, em grande parte, resultado de um acentuado processo de transformações sociais: crescente urbanização; massificação da produção e do consumo; incremento populacional sem precedentes – resultado dos avanços da medicina e das melhorias das condições básicas de vida das populações; multinacionalização das empresas e globalização econômica, com ampla e volátil circulação do capital, desenvolvimento dos meios de comunicação de massa etc.

Na esteira dessas transformações jurídicas e sociais, e notadamente desde meados da década de 1960, juristas de renome internacional – Norberto Bobbio na vanguarda – passaram a destacar que o grande desafio que então se apresentava já não era o de prever ou fundamentar direitos, mas sim garanti-los, “impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados”²⁵.

25 Cf. o ensaio “Presente e Futuro dos Direitos do Homem”, in BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 25.



A garantia da efetividade da tutela jurídica, entendida como realização e cumprimento material das pretensões amparadas pela ordem jurídica positivada, passava a ganhar atenção igual ou maior que aquela que merecera, até então, a segurança jurídica como função do direito em seu escopo de regulação e integração sociais. Ao lado da *tutela jurídica estática*, vale dizer, da proteção jurídica conferida por meio da fixação (positivação) de preceitos reguladores de convivência (os direitos e interesses), crescia a preocupação com a *tutela jurídica dinâmica*, ou seja, com as atividades destinadas a assegurar a efetividade desses preceitos²⁶, analisadas sob uma perspectiva eminentemente instrumental.

A reação mais organizada que o direito produziu para enfrentar esse desafio teve início em meados da década de 1970 e foi percebida, analisada e liderada de forma magistral por Mauro Cappelletti. Professor de Direito das Universidades de Florença e de Stanford, Cappelletti foi responsável pela coordenação de três projetos destinados a estudar e aprofundar a temática do acesso à justiça no mundo, tanto em relação à adequada e acessível representação em juízo, quanto no que diz respeito à qualificação da Justiça e ao surgimento de métodos alternativos de solução das controvérsias. Concebidos originalmente como “Projeto Florença”, esses estudos contaram com a colaboração de juristas de aproximadamente 25 países em quase todos os continentes²⁷ e resultaram no chamado *Movimento pelo acesso à justiça*, que vem desde então revolucionando o direito de vários países, inclusive o brasileiro.

Os resultados dessa pesquisa foram apresentados parcialmente em 1975 por Cappelletti, em convenção realizada naquela cidade, sob o título *Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile*²⁸ e posteriormente

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. vol. II, p. 809.

27 O único continente não representado foi a África; de todos os demais havia representantes de diversos patamares de desenvolvimento sócioeconômico. O Brasil não foi incluído no levantamento, tendo a América Latina sido representada por Chile, Colômbia, México e Uruguai. Alemanha, Austrália, China, Espanha, Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália, Polônia foram alguns dos demais países pesquisados.

28 O estudo foi apresentado na Convenção sobre “Liberdades Fundamentais e Formações Sociais”, realizado entre 9 e 11 de maio de 1975, publicado na *Rivista di Diritto Processuale* no mesmo ano e traduzido para o português por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, publicado na *Revista de Processo* n. 05, jan-mar 1977, p. 128-159, sob o título Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. Este artigo e suas ideias tiveram grande destaque no desencadeamento da

(1978) publicados em quatro volumes, incluindo um ensaio que introduziu a análise dos resultados da pesquisa, intitulado *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*, de autoria de Cappelletti e Bryant Garth. Esse relatório foi traduzido para o português pela ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet, sob o título *Acesso à Justiça* e publicado no Brasil por Sérgio Antônio Fabris Editor, em 1988, em obra que até hoje é leitura fundamental sobre o tema.

Nesse ensaio, ressaltaram os autores, desde as primeiras páginas, que “a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” e que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.²⁹

Com efeito, pouco vale prever direitos em lei e depois não se cuidar de viabilizá-los, garantir-lhes a efetividade.

Desse modo, para os referidos autores, a expressão *acesso à justiça*, conquanto reconhecidamente de difícil definição, serviria para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico (entendido como aquele pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado): ser igualmente acessível a todos e produzir resultados que sejam individual e socialmente justos³⁰. Dentro dessa concepção, confessadamente focaram o primeiro aspecto, apesar de reconhecerem não se poder perder de vista o segundo. Fizeram-no valendo-se da premissa de que a justiça social *pressupõe* o acesso efetivo e preocuparam-se em assegurar o pressuposto.

discussão sobre acesso à justiça no Brasil, sendo reiteradamente citado nos trabalhos doutrinários que culminaram nos anteprojetos transformados, em 1985, na Lei 7.347 (Lei da Ação Civil Pública). Para aprofundar o estudo das origens desta lei, cf. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei da Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*, em especial, p. 18 e notas 3 a 8.

29 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Milano: Giuffrè, 1978. p. 11-12.

30 Cf. *Acesso à Justiça*, p. 8.



Cappelletti e Garth identificaram como principais obstáculos ao acesso à justiça, resumidamente, os seguintes: 1) as *custas judiciais*, sejam as propriamente ditas, sejam as indiretas (gastos com advogados, tempo para manter uma causa³¹ etc.), problema de dramática relevância nas pequenas causas individuais; 2) as *diferentes possibilidades das partes*, notadamente quanto aos recursos financeiros (nos quais as grandes empresas e o Estado – principais agressores dos interesses coletivos – superam em muito os indivíduos atingidos), mas também quanto ao conhecimento; quanto à aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa; ou, ainda, quanto às diferenças evidentes entre os litigantes habituais (i.e., que habitualmente atuam nas mesmas causas) e os eventuais, dado que aqueles contam com maior experiência e possibilidade de planejamento do litígio, além de se beneficiarem da possibilidade de criar bancos de dados (de ações e julgados) e estabelecer relações informais com a autoridade que decide, diminuindo, assim, os riscos da demanda; e, por fim, 3) os *problemas especiais dos interesses difusos*: “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.³²

No intuito de identificar meios que permitissem superar esses obstáculos, os autores, em sua pesquisa internacional, identificaram e classificaram as soluções encontradas e propostas nas chamadas *ondas de acesso à justiça*³³.

A *primeira onda*, respeitante à assistência judiciária para os pobres, estava bem representada no Brasil pela Lei 1.060/1951 (Lei de Assistência Judiciária

31 A propósito, observam Cappelletti e Garth que a delonga das causas judiciais “aumenta os custos para as partes e pressiona economicamente os mais fracos a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que teriam direito”, pelo que, a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível. (*op. cit.* p. 20-21)

32 *Ibidem*, p. 15-31.

33 A referência às ondas de acesso à justiça é uma constante na obra de Cappelletti No ensaio *Acesso à Justiça* citado, a ideia é desenvolvida nas p. 31 a 49 (primeira onda), 49 a 67 (segunda), sendo o quarto capítulo (p. 75 a 160) dedicado à terceira onda, abordando a reforma dos procedimentos judiciais, a investigação de métodos alternativos e instituições e procedimentos especiais, a mudança de métodos e a simplificação do direito. Em artigo com o mesmo título do ensaio, que reproduz conferência proferida por Cappelletti no plenário da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul proferida em 1995, as três ondas são sucintamente descritas pelo seu principal estudioso. Cf. *Acesso à Justiça*. Trad. Tupinambá Pinto de Azevedo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 35, p. 47-53, 1995.

ria) e ganhou destaque a partir da Constituição de 1988, com a criação (onde ainda não existiam) e a estruturação das Defensorias Públicas nos vários Estados e na União.

A *segunda*, preocupada com a representação em juízo dos interesses “difusos” e direcionada à superação das noções tradicionais do processo civil acerca da legitimidade e da coisa julgada, dependia da identificação de a quem caberia a defesa desses interesses, bem como da extensão dos efeitos das decisões para além das pessoas em contraditório no processo. Foi muito bem equacionada entre nós pela Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e pelas disposições processuais da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), ambas editadas sob a influência do trabalho de Cappelletti e Garth. Dessa onda e do destacado papel que teve o Ministério Público em sua efetivação no Brasil, trataremos no próximo tópico.

A *terceira onda* é mais ampla, focada na superação do enfoque da representação em juízo, em direção ao que os autores denominaram de *enfoque global de acesso à justiça*. Compreende, em resumo do próprio Cappelletti³⁴, fórmulas para a simplificação dos procedimentos, especialmente para o julgamento das pequenas causas e *recurso a formas quase-judiciárias ou não judiciárias de conciliação e mediação como instrumento para simplificação e resolução dos litígios*, tendo sempre como ideias básicas a tentativa de simplificação do direito, a desburocratização e a informalização.

Teve direta influência, no Brasil, na configuração dos Juizados de pequenas causas da Lei 7.244/1984 e, na sequência, dos Juizados Especiais das Leis 9.099/1995 e 10.259/01 (Juizados Federais), que substituíram aqueles, e vem influenciando também, em grande medida, as reformas do Código de Processo Civil desde 1994. Outra lei sob sua influência é a da arbitragem (Lei 9.307/1996). Mais recentemente, é clara sua influência no II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, firmado pelos presidentes dos três Poderes da República em 13 de abril de 2009, e do qual consta o compromisso para “fortalecer a mediação

34 Cf. Acesso à Justiça (1995), p. 51-52. A abrangência que Cappelletti empresta à terceira onda foi desenvolvida pelo autor de modo específico também no artigo sobre os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, publicado na Revista de Processo, n. 74.



e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização”. No Poder Judiciário, merece especial destaque a Resolução n. 125 editada pelo CNJ para dispor sobre a “Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.

É dessa terceira onda que trata este manual.

Concomitantemente a esses debates destinados ao aprimoramento legislativo, vários são os estudos doutrinários que se publicam sobre a efetividade da tutela coletiva e o acesso à justiça³⁵, e, mesmo quando eles não servem de mote principal, seus preceitos permeiam a reflexão dos juristas ocupados com a tutela jurídica em sua perspectiva dinâmica.

Por fim, antes de passarmos ao próximo tópico, importa apenas destacar que o movimento de acesso à justiça encontrou ampla receptividade no processo de redemocratização do país e, por consequência, se refletiu na Constituição de 1988. Uma simples comparação entre os dispositivos da Constituição vigente e os da anterior evidencia o avanço que foi assegurado ao tema.

Enquanto a Constituição de 1967, na redação que lhe deu a Emenda 1/1969, assegurava, no artigo 153, § 4º, que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer *lesão* de direito *individual*”, a Carta Cidadã de 1988, no inciso XXXV do artigo 5º, previu nestes termos a garantia do acesso à justiça: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão* ou *ameaça* a direito”. Assegurou o constituinte, assim, ampla proteção contra a *ameaça* a direito, não mais apenas contra *lesão*, fosse ela individual ou coletiva, neste último caso devido à supressão da restrição antes constante. Assim, a proteção não mais se resumia a uma perspectiva repressiva ou reparatória, passando a abranger também e necessariamente a prevenção, e abria-se importante espaço para uma ampla tutela coletiva.

35 Entre tantos que poderiam ilustrar a afirmação, a título exemplificativo vale lembrar os trabalhos de Cândido Dinamarco sobre a *Instrumentalidade do processo* e a *nova era do processo civil* (2003) e de Luiz Guilherme Marinoni, intitulados *Novas linhas do processo civil* (2000) e *Técnica processual e tutela de direitos* (2004), bem como o estudo de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sobre *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo* (2003).

A despeito da referência expressa de acesso ao Poder Judiciário na garantia constitucional do artigo 5º, XXXV, a doutrina especializada se encarregou de superar tal interpretação restritiva de acesso à justiça, desenvolvendo e fundamentando a ampliação da garantia à luz do conceito do respectivo movimento e de uma análise sistêmica da Constituição.

Antônio Herman Benjamin³⁶, por exemplo, com sua habitual acuidade, sustenta haver pelo menos outros dois sentidos além do restrito conceito de acesso ao Poder Judiciário, ambos mais consentâneos com nossa realidade. Um mais amplo, embora ainda insuficiente em seu entender, refere-se à tutela de direitos ou interesses violados por meio de mecanismos jurídicos variados – judiciais ou não. Outro, a que o autor chama de integral, equivaleria ao

[...] *acesso ao Direito*, vale dizer, a uma *ordem jurídica justa* (inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), *conhecida* (social e individualmente reconhecida) e *implementável* (efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas.

É o que o autor denomina de *acesso integral à ordem jurídica justa*, e que orienta a visão deste manual.

São, de fato, inequívocos os avanços alcançados pelo direito brasileiro rumo ao crescente acesso à justiça e à efetividade do direito, mais especificamente do processo judicial. Não obstante, a realidade tem mostrado ser ainda muito grande o *deficit* de efetividade dos direitos em nosso país. Essa deficiência deve-se, em parte, à histórica exclusão social que caracterizou a inserção do Brasil na modernidade, estabelecendo um abismo entre a realidade concreta e a positivada. Por outro lado, é devido também às dificuldades inerentes ao processo judicial para, sozinho, assegurar efetividade aos direitos em uma sociedade crescentemente complexa, mormente sob uma perspectiva

36 Cf. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: Milaré, Édís. *Ação Civil Pública – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*, p. 74-75.



coletiva, em virtude das peculiaridades que lhe são próprias. Esta é uma das principais razões pelas quais os meios autocompositivos de solução de conflitos, controvérsias e problemas vêm ganhando cada vez mais atenção do sistema de justiça.

B) O PROTAGONISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA IMPLEMENTAÇÃO DA SEGUNDA ONDA DO MOVIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Especificamente no que se refere aos direitos coletivos, a pergunta-chave apresentada por Cappelletti foi “Qual é o problema jurídico que corresponde ao problema social característico da sociedade contemporânea?”, para a qual respondeu: “Como proteger essa categoria, essa massa, esses interesses difusos (do consumidor, do meio ambiente etc.)”³⁷.

A resposta jurídica para esse desafio não seria simples. Fazia-se necessário viabilizar a tutela jurisdicional dos novos direitos (de segunda e terceira geração), bem como daquelas lesões individuais provocadas em massa sob a perspectiva coletiva, garantindo-se adequadamente àqueles e a estas o acesso à justiça. Para tanto, impunha-se construir soluções jurídicas que inovassem em dois pontos fundamentais do processo: a legitimidade (quem estaria legitimado à defesa coletiva) e a coisa julgada (quem estaria vinculado, para benefício ou prejuízo, aos seus efeitos), como também criar instrumentos e uma disciplina processual que efetivamente viabilizassem a tutela jurisdicional coletiva.

Superando preconceitos do próprio Cappelletti contra a legitimidade coletiva do Ministério Público – formados a partir da realidade institucional de outros países³⁸ –, o Ministério Público brasileiro assumiria um papel deter-

37 CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos interesses difusos. Trad. Tupinambá Pinto de Azevedo. *AJURIS*, n. 33, p. 169-182, 1985 (p. 172).

38 Por conta da ausência de independência ante o poder político, dificuldades para a especialização na defesa dos direitos difusos e coletivos e excesso de burocracia que identificava nos Ministérios Públicos que melhor conhecia ou estudara, Mauro Cappelletti mostrava-se cético em relação à legitimidade coletiva do Ministério Público. Cf., por exemplo, *Formações Sociais e Interesses Coletivos* diante da Justiça Civil, in *Revista de Processo*, ano 2, n. 5, 1977, p. 137-140. Todavia, após sua aproximação com a realidade social e jurídica brasileira que se seguiu à Lei 7.347/85 e à Constituição Federal passou a excepcionar de suas críticas o Ministério Público brasileiro, pela independência al-

minante no modelo brasileiro de tutela coletiva, não apenas pelo seu protagonismo como legitimado coletivo universal – função que mereceu acolhida constitucional (art. 129, III, CF) – ou pelas responsabilidades assumidas na ação civil pública (como o dever de intervir em todas elas), mas também em razão da previsão do inquérito civil, um instrumento importante para a consolidação do modelo brasileiro. Para tanto, foi fundamental a experiência havida com a legitimidade que lhe fora anteriormente conferida para a ação de responsabilização civil para indenização e reparação dos danos causados ao meio ambiente (art. 14, Lei 6.938/1981), a mobilização institucional e a compreensão de seus membros dos pressupostos e contexto do movimento do acesso à justiça à luz da realidade brasileira.

A história da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) é emblemática para demonstrar como a contribuição do Ministério Público foi crucial para a consolidação, no Brasil, da segunda onda do movimento de acesso à justiça.

O primeiro anteprojeto dessa lei foi elaborado por Ada Grinover, Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco, a pedido da Associação Paulista de Magistrados, e apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual, realizado em Porto Alegre, em 1983, quando recebeu contribuições do professor José Carlos Barbosa Moreira. Em novembro do mesmo ano, o anteprojeto foi encaminhado ao Deputado Flávio Bierrenbach, que, no ano seguinte, apresentou à Câmara dos Deputados o primeiro Projeto de Lei da Ação Civil Pública, sob o nº 3.034/1984 ³⁹.

Conquanto já previsse a legitimidade do Ministério Público e outros avanços significativos (como por exemplo, a possibilidade de concessão de provimentos judiciais de obrigação de fazer ou não fazer e a concessão liminar, a dispensa do adiantamento de custas, honorários periciais e outras despesas e a instituição do fundo dos direitos difusos), o projeto era nitidamente

cançada com a CF/88 e a crescente especialização na defesa dos direitos coletivos. Cf., por exemplo, Acesso dos Consumidores à Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 313.

39 Cf. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 17-32.



orientado pelo modelo europeu de tutela jurisdicional coletiva⁴⁰: direcionado a apenas uma espécie de direitos difusos – aqueles relacionados ao meio ambiente –, além de possuir vários dispositivos relacionados à legitimidade conferida às associações civis, que ficava condicionada à verificação pelo Juiz da representatividade adequada e à respectiva instrumentalização⁴¹.

Esse projeto de lei e o tema da tutela jurisdicional dos direitos difusos foram objeto de estudos realizados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, notadamente a partir do trabalho desenvolvido pelos então Promotores de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior. O resultado desses estudos foi apresentado no XI Seminário Jurídico do Grupo de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, em 1983, e publicado, no ano seguinte, sob o título “A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos”⁴². Esta publicação apresentava e fundamentava um aprimoramento do referido projeto.

Foi assim que, tomando por base o projeto Bierrenbach, os mencionados integrantes do Ministério Público de São Paulo elaboraram novo anteprojeto que, mantendo os avanços, já referidos, do anterior, acrescentou: a aplicabilidade da ação civil pública para a defesa dos consumidores e de qualquer interesse difuso⁴³; a competência funcional do local do dano⁴⁴; a previsão de

40 Sobre o “modelo europeu de tutela coletiva”, cf. CAPPELLETTI, *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*, op. cit., em especial o modelo francês, italiano e espanhol, e, mais recentemente, o primoroso trabalho de Aluísio de Castro Mendes *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Ed. RT, 2002. É próprio desse modelo tratar isoladamente cada espécie de direito coletivo e a primazia das associações civis na legitimidade coletiva. Essa primazia, de seu turno, absolutamente apropriada à sua realidade social de uma sociedade civil altamente organizada e mobilizada.

41 Como são exemplos, o requerimento de certidões e informações necessárias à instrução da inicial (art. 8º) e a vedação de condenação da associação autora em honorários, custas e despesas processuais, exceto em caso de má-fé (art. 18).

42 FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édis; NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. 218 p.

43 A possibilidade de ajuizar a ação civil pública para defesa de quaisquer direitos difusos, apesar de aprovada no Congresso Nacional, foi vetada pelo Presidente da República sob o fundamento de insegurança jurídica da vagueza do conceito. Somente com o CDC e a definição dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, para o que foi direta a colaboração de outro membro do Ministério Público paulista, o hoje Ministro do STJ Antonio Hermann Benjamin, a amplitude seria retomada.

44 Se a nova lei nada dispusesse, vigoraria a regra geral do Código de Processo Civil, prevista no

inquérito civil sob a presidência do Ministério Público, como instrumento de instrução prévia à propositura da ação, dispensando-a ou agilizando-a; a possibilidade de medida cautelar para defesa dos mesmos direitos; a tipificação do crime de recusar, retardar ou omitir dados técnicos imprescindíveis à propositura da ação civil pública e a própria terminologia da ação, nitidamente influenciada pela legislação institucional.

Este último anteprojeto foi apresentado ao Ministro da Justiça pelo presidente da Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP), tendo sido encampado pelo Ministro. Foi então apresentado, em 23 de fevereiro de 1985, ao Congresso Nacional como mensagem do Poder Executivo, subscrita pelo então Presidente da República, João Figueiredo. Na Câmara, recebeu o nº 4.984/1985 e no Senado, nº 20/1985. Como os projetos do Poder Executivo tinham preferência de tramitação, ele acabou sendo apreciado e aprovado antes do projeto Bierrenbach, seguindo para a sanção presidencial sem alterações significativas⁴⁵.

Deveras, qualquer análise retrospectiva que se faça sobre a contribuição do Ministério Público para a efetivação da segunda onda do movimento de acesso à justiça no Brasil, tanto em relação à disciplina legislativa quanto à prática subsequente, invariavelmente concluirá pela sua destacada relevância para que se assegurasse uma tutela jurisdicional coletiva efetiva e adaptada à realidade nacional.

O Ministério Público é, hoje, reconhecidamente o legitimado que mais faz uso das ações coletivas e aquele que, ainda que proporcionalmente, mais êxito alcança; a amplitude de objeto da ação civil pública permite um acesso à justiça dos direitos coletivos que põe o Brasil na vanguarda mundial do tema⁴⁶; o inquérito civil comprovou na prática o acerto de sua criação ao

art.94, que estabelece a competência territorial do domicílio do réu, dispositivo que muito dificultaria a instrução e, em determinados casos, inviabilizaria mesmo a propositura da ação, especialmente quando a sede da empresa infratora fosse muito distante do local do dano.

45 Cf. Da origem ao futuro da lei da ação civil pública, op. cit, p. 25-28.

46 Como anota Aluisio Mendes, em seu *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, “A presença e a importância da doutrina, das leis e dos julgados brasileiros ocupam lugar de proa no contexto mundial da tutela coletiva” (op. cit., p. 266).



permitir o ajuizamento de ações mais bem instruídas e, por isso, com maior chance de êxito⁴⁷, e, no que mais interessa no momento atual em que se busca reduzir a judicialização, dispensá-las por meio de soluções extrajudiciais construídas em seu âmbito; a possibilidade de provimento liminar, inclusive de natureza antecipatória, hoje estendida para todo o processo civil, em razão do artigo 273 do CPC, tem-se comprovado determinante para a efetividade dos direitos coletivos, e a competência absoluta do local do dano foi importantíssima para o êxito das ações coletivas.

A instituição reinventou-se, para muito melhor, desde a Lei da Ação Civil Pública e a subsequente reprodução, na Constituição Federal, da legitimidade do Ministério Público para promover a ação civil pública e o inquérito civil.

Enfim, a decisiva contribuição do Ministério Público para o movimento do acesso à justiça mostrou-se muito proveitosa para a sociedade brasileira, essencialmente porque a instituição tem um perfil constitucional – com independência, amplas e complementares funções e a missão de promover a justiça, de onde decorre uma vocação para a atuação ativa que, justo por isso, é complementar à do Poder Judiciário – que se mostrou muito apropriado para assegurar o efetivo acesso à justiça no contexto social e institucional brasileiro, ao mesmo tempo em que consolidou o protagonismo da instituição no cenário do sistema de justiça nacional. Sem dúvida, uma relação em que todos e principalmente a sociedade ganharam muito.

Ainda há, inegavelmente, muito o que avançar nessa área, especialmente para contribuir com a racionalização da prestação jurisdicional e com o ajuizamento de mais ações coletivas destinadas a evitar ou resolver milhares de ações individuais. Não é este, contudo, o objeto deste manual. Aqui, interessa analisar e aprimorar a atuação do Ministério Público durante o processo de implantação do terceiro estágio do movimento do acesso à justiça no país, para o que se nos afigurou conveniente evocar o protagonismo da instituição na implantação entre nós do segundo estágio do mesmo movimento.

⁴⁷ Assim o demonstrou o Procurador de Justiça aposentado Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em pesquisa publicada na obra *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003 (p. 205).

C) OS DESAFIOS E POTENCIALIDADES QUE A TERCEIRA ONDA DO ACESSO À JUSTIÇA APRESENTA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou dois modelos de Ministério Público. O demandista, que atua no plano jurisdicional, e o resolutivo, que atua no plano extrajurisdicional.

Em seu modelo resolutivo, o Ministério Público assume importante papel na resolução das controvérsias, dos conflitos e dos problemas ligados à sua área de atribuição constitucional.

É sobre esse modelo que este texto pretende apresentar algumas questões importantes sobre o Ministério Público a partir do novo constitucionalismo, levando-se em consideração, principalmente, a ideia de que a Constituição possui força normativa irradiante sobre toda ordem jurídica a ela vinculada e, também, a importância dos direitos e garantias constitucionais fundamentais para a efetivação de uma sociedade justa, livre, solidária, fraterna, com a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais, conforme está consagrado nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 3º).

O novo perfil constitucional do Ministério Público impõe uma releitura da atuação jurisdicional e extrajurisdicional da instituição. A capacitação dos membros e servidores da instituição para a resolução das controvérsias, conflitos e problemas por meio do diálogo e do consenso é um caminho necessário a ser trilhado pelo Ministério Público como instituição constitucional fundamental de acesso à justiça. A negociação e a mediação são técnicas legítimas para ampliar e consagrar a dimensão constitucional do Ministério Público como garantia fundamental de acesso à justiça da sociedade.

O Ministério Público está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no Título IV — *Da Organização dos Poderes* —; mas, em seção própria (artigos 127/130 da CF), no capítulo *Das Funções Essenciais à Justiça*. Está, portanto, separado dos demais Poderes do Estado.



O perfil constitucional do Ministério Público está estabelecido no artigo 127, *caput*, da Constituição, que o define como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Após o advento da CF/1988, que representa a maior conquista do Ministério Público brasileiro, muitas leis vieram no sentido de possibilitar a efetividade das tarefas constitucionais da instituição.

Como escreve Antônio Alberto Machado, a evolução histórica permite observar a *vocação democrática* do Ministério Público⁴⁸, o qual, atualmente, com as novas atribuições que lhe foram reservadas pela Constituição, é instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito.

Há quem sustente que o Ministério Público estaria atado ao Legislativo, a este incumbindo a elaboração da lei, e àquele a fiscalização do seu fiel cumprimento. Há quem defenda que a atividade do Ministério Público é eminentemente jurisdicional, razão pela qual estaria ele atrelado ao Judiciário. E há quem afirme que a função do Ministério Público é administrativa, pois ele atuaria para promover a execução das leis e estaria atrelado ao Executivo⁴⁹.

Nenhuma dessas concepções encontra respaldo perante a CF/1988, que, além de ampliar bastante o campo de atribuição do Ministério Público, conferiu-lhe *autonomia administrativa, orçamentária e funcional* (art. 127, § 2º), colocou-o em capítulo separado dos outros Poderes do Estado, traçou os seus princípios institucionais (art. 127, § 1º) e, ainda, conferiu garantias funcionais aos seus órgãos de execução para o exercício independente do mister constitucional (art. 128, § 5º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”).

48 Escreve ainda MACHADO, Antônio Alberto: “[...] a instituição do Ministério Público parece ter uma espécie de vocação democrática, talvez inerente à sua ratio; ou até mesmo concluir-se que a existência dela só faz sentido numa democracia, sendo certo que a sua ausência ou tibieza, de outra parte, é sempre indício de regime autoritário”. **Ministério público: democracia e ensino jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 140.

49 Sobre a polêmica, consultar MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao ministério público**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 19-20.

Entre as concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, é muito interessante o entendimento que sustenta que houve um deslocamento da instituição da *sociedade política*, como órgão repressivo do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade⁵⁰. Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais.

A primeira seria a *social*, que originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a *sociedade* no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a *política*, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da *democracia* e das *instituições democráticas*. A terceira seria a *jurídica*, efetivada com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa, orçamentária e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.

Em verdade, o deslocamento do Ministério Público da *sociedade política* para a *sociedade civil* é muito mais *funcional* que *administrativo*, pois administrativamente o Ministério Público ainda permanece com estrutura de instituição estatal, com quadro de carreira, lei orgânica própria e vencimentos advindos do Estado, o que é fundamental para que ele tenha condições de exercer o seu papel constitucional em situação de igualdade com os Poderes estatais por ele fiscalizados⁵¹.

Contudo, há quem entenda o Ministério Público como sendo uma instituição de acesso à justiça e, portanto, garantia fundamental da sociedade⁵². O

50 É o entendimento de GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério público e democracia — teoria e práxis**, p. 96; esse também é o pensamento de MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério público: democracia e ensino jurídico**, p. 141-2.

51 GOULART, Marcelo Pedroso: “Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do ‘processo democrático’, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do ‘projeto democrático’. **Ministério público e democracia — teoria e práxis**, p. 96. No mesmo sentido, MACHADO, Antônio Alberto, **Ministério público: democracia e ensino jurídico**, p. 141-142.

52 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo**. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas. **Teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 2-82.



enfoque sobre o acesso à justiça *como movimento de pensamento* constitui, nos dias atuais, um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, que ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia, o seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social. Não há como pensar no direito, hoje, sem pensar no acesso a uma ordem jurídica adequada e justa. Direito sem efetividade não tem sentido⁵³. Com efeito, a problemática do acesso à justiça é, atualmente, a pedra de toque de reestruturação da própria Ciência do Direito.

A atenção dos juristas, antes voltada para a ordem normativa, hoje somente tem sentido se também direcionada para a realidade social em que esta ordem normativa está inserida⁵⁴; está voltada para a efetividade dos direitos, principalmente para os direitos constitucionais fundamentais. Neste contexto, em que o acesso à justiça passa a ser método de pensamento com conceito ampliado – no sentido de se constituir o mais importante direito-garantia fundamental de acesso a todo meio legítimo de proteção e de efetivação adequada dos direitos individuais e coletivos, amplamente considerados –, o Ministério Público, em razão da sua função constitucional (arts. 127 e 129 da CF/1988), possui natureza jurídica de instituição de acesso à justiça, ao lado do Judiciário e de outras instituições que formam a garantia constitucional de acesso à justiça.

Ao inserir o Ministério Público no Título IV, Capítulo IV – *Das Funções Essenciais à Justiça* –, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confirma essas assertivas. Ademais, como o próprio Estado Democrático de Direito, rompendo com a concepção dualista (Sociedade x Estado), está dentro da Sociedade, como sua força organizativa em grau máximo e sua função básica é proteger e efetivar os direitos fundamentais individuais e coletivos, visando à transformação social, até porque a CF/1988, além de estabelecer, expressamente (art. 1º, parágrafo único), que todo poder emana do povo, que o exerce por seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, consagra o princípio da transformação social ao

53 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 11-2.

54 Nesse sentido, BERIZONCE, Roberto Omar. **Efectivo acceso a la justicia: prólogo de Mauro Cappelletti**, p. 11.

fixar, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a necessidade de criação de uma sociedade livre, justa, solidária, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais (art. 3º).⁵⁵

Merece especial atenção dos membros do Ministério Público o acentuado contraste entre o protagonismo da instituição durante o segundo estágio do movimento de acesso à justiça no Brasil e o seu alheamento do intenso processo atual de implantação do terceiro estágio em nosso país, que aposta na simplificação dos procedimentos, com desburocratização e informalização, e, de modo específico, nos meios autocompositivos de solução de conflitos. Na contramão da evolução do movimento, considerável número de membros do Ministério Público acaba se ocupando mais com a forma do que com os resultados de seu instrumento de investigação por excelência, o inquérito civil, e desconhece ou rejeita os meios autocompositivos de solução de controvérsias.

Esse contraste é, sob vários aspectos, preocupante.

O primeiro desses aspectos centra-se na importância da aposta nos métodos autocompositivos e na simplificação e informalização do direito para o acesso à justiça no século XXI, no qual vemos emergir na atualidade um novo paradigma jurídico como resposta ao fenômeno da globalização e seus efeitos⁵⁶, ao acentuado avanço das tecnologias e das comunicações (a *internet* em especial) e ao crescimento sem precedentes da complexidade e do pluralismo sociais. Tal paradigma jurídico pode ser definido como mais informal, negocial (ou procedimental) e participativo. Vale dizer, menos concentrado

55 ALMEIDA, Gregório Assagra de, **Direito material coletivo – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**, p. 183-93. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas. Teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 2-82.

56 Dois principais efeitos da globalização são a crescente imposição da lógica econômica e a consequente dificuldade do direito em impor-se pelos meios tradicionais. Como anota José Eduardo Faria, “integrando mercados em velocidade avassaladora e propiciando uma intensificação da circulação de bens, serviços, tecnologias, capitais, culturas e informações em escala planetária, [...] a globalização provocou a desconcentração, a descentralização e a fragmentação do poder. Debilitou a capacidade de taxação e regulamentação dos governos [...]. Mudou o perfil e a escala dos conflitos. Tornou crescentemente ineficazes as normas e os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados pelo direito positivo para dirimi-los”. (in *O direito na sociedade globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 7-8).



na forma do que no resultado – este entendido como a efetividade dos direitos em tempo razoável, a baixo custo e com satisfação das partes; mais dedicado em cuidar dos *meios* de solução das controvérsias do que em estabelecer tal solução *a priori*; e crescentemente mais aberto a formas de participação direta dos interessados na construção da solução jurídica que lhes interessa⁵⁷.

Ignorar esse processo tende a ensejar um descolamento do Ministério Público do seu tempo, o que fatalmente afetará de modo negativo o posicionamento da instituição no contexto dos atores do sistema de justiça, com graves consequências para o seu futuro.

O segundo aspecto digno de preocupação é que, alheando-se desse processo, o Ministério Público deixa de contribuir para seu aprimoramento no país. Um emblemático exemplo facilmente perceptível dos efeitos nefastos dessa opção é a pouca importância que a negociação em tutela coletiva – da qual o Termo de Ajustamento de Conduta, ou TAC, é o principal instrumento, e o Ministério Público, o protagonista mais destacado – tem merecido dos Poderes de Estado nos debates, estudos e documentos produzidos no âmbito do atual estágio do movimento de acesso à justiça em nosso país. Basta considerar que no II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, nem uma menção sequer é feita à negociação, ao TAC ou a qualquer meio autocompositivo em sede de tutela coletiva que preceda à judicialização, não obstante todo o potencial de ambos para que o sistema de justiça brasileiro – do qual o Ministério Público é um importante ator à luz da configuração constitucional – seja mais ágil, efetivo e alcance um maior número de pessoas. Ou seja, seja mais acessível e eficiente. No Pacto, o compromisso mais diretamente relacionado a este manual foi redigido nestes termos: “Fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização”. Ocorre que, contraditoriamente, a mediação e a conciliação que se têm efetivado são, em regra,

⁵⁷ Para um estudo mais aprofundado desse contexto sócio-jurídico e do novo paradigma jurídico dele emergente, bem como para identificação de obras de referência sobre o assunto, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A Tutela Coletiva do Século XXI e sua Inserção no Paradigma Jurídico Emergente. In MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 37-59, e, do mesmo autor, o primeiro capítulo da obra *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva* (RT, 2010).

posteriores ao ajuizamento e servem tão somente para dispensar a resolução pelo terceiro-juiz. Elas não dispensam a judicialização – como faz o TAC com uma eficiência ainda maior, pois, em perspectiva coletiva, evita não apenas uma, mas um número considerável de novas ações.

Como terceiro aspecto preocupante, vale ressaltar que a resistência de membros do Ministério Público aos meios autocompositivos equivale a uma negação de participar diretamente da resolução das controvérsias que lhes são apresentadas para atuação. Isso reforça um modelo essencialmente demandista de Ministério Público, cuja atribuição limita-se a ajuizar a questão, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário resolver a controvérsia jurídica.

Muito embora este último modelo seja inquestionavelmente uma opção legítima de seus membros, cresce no Ministério Público a compreensão de que na atuação cível, considerando-se todos os instrumentos que foram conferidos ao órgão pelo constituinte e pelo legislador, ele se encontra em descompasso com o destacado posicionamento institucional de equiparação ao Poder Judiciário quanto a autonomia, garantias e prerrogativas. Esse comportamento parece recomendar uma necessária repartição de responsabilidades na construção de soluções capazes de realizar a justiça, assim como com a condição de agentes políticos dos membros do Ministério Público. Na verdade, esse modelo termina por equiparar a instituição a um advogado público qualificado⁵⁸ e ameaça comprometer, a médio prazo, o seu protagonismo, decorrente de sua diferenciada configuração constitucional, e o de seus membros, como autênticos agentes políticos na seara da tutela coletiva.

Não se desconhece que algumas causas desse alheamento são estranhas ao Ministério Público. Identifica-se facilmente, por exemplo, uma perceptível tendência dos Poderes, mobilizados em torno do II Pacto Republicano de Estado, a confundir o sistema de acesso à justiça, ou o sistema de justiça, com o sistema e acesso ao Judiciário. Esse entendimento, como vimos, conflita com a correta acepção da garantia. Se o Poder Judiciário tem a missão

58 Ou nem isso, dado que mesmos os Defensores Públicos já estão atuando como negociadores em conciliações judiciais propostas e mediadas pelo Poder Judiciário. Tome-se como exemplo os mutirões de conciliações envolvendo créditos de bancos públicos, notadamente os relacionados a financiamentos imobiliários, nos quais é comum o advogado público desistir de parte do crédito para viabilizar a solução consensual e o pagamento.



constitucional de *realizar* a justiça, o Ministério Público tem a de *promovê-la*. É, pois, um destacado agente do sistema de justiça nacional e tem muito a contribuir com sua configuração diferenciada. Na prática, já tem contribuído muito, em especial nas causas e nos conflitos coletivos – seja atuando como negociador, seja como mediador.

De outra parte, cabe reconhecer que, na origem dos estudos de Cappelletti e Garth, a terceira onda foi de fato pensada em uma lógica que pode ser denominada de *judicialiforme*, porque orientada a resolver as mazelas do Judiciário, com modelos que a ele se assemelham, basicamente amparados na ideia de um terceiro que atua perante as partes como conciliador ou mediador e sempre depois que o conflito já se materializou em processo judicial.

Essa visão dá pouca atenção a todo o potencial de instrumentos e mecanismos paralelos a essa administração da Justiça, conflitando com os estudos mais avançados sobre o tema na atualidade⁵⁹. Entretanto, tem-se constatado que essa lógica judicialiforme subsequente à judicialização da questão parece ainda hoje orientar os debates sobre o terceiro estágio do movimento de acesso à justiça no Brasil. Esses debates também seguem priorizando a solução de lides individuais em detrimento da coletivização das demandas.

Também se impõe admitir que o Ministério Público não recebeu, de fato, atenção específica nas soluções visualizadas pelos referidos estudiosos para a terceira onda do acesso à justiça. Essa é, contudo, mais uma manifestação do preconceito a que antes nos referimos, aplicável ao perfil clássico de Ministério Público, sem independência, especialização e excessivamente burocratizado. No Brasil, o diferenciado modelo de Ministério Público tem demonstrado, na prática, serem inaplicáveis essas críticas.

59 Boaventura de Sousa Santos, por exemplo, nos seus estudos sobre as reformas de administração da justiça em vários países constatou que as reformas caminham por duas vias: (a) as reformas no interior da justiça civil convencional [em direção à informalização] e (b) a criação de alternativas em paralelo à administração dessa justiça, com mecanismos de resolução de litígios de via expedita e pouco regulada dado que, hodiernamente, “o florescimento da arbitragem e dos mecanismos conhecidos, em geral, por *Alternative Dispute Resolution* (ADR) são a manifestação mais concludente das transformações em curso nos processos convencionais de resolução de conflitos” (Cf. *A Sociologia dos tribunais e a democratização da Justiça*, Pela mão de Alice, cit., p. 176-177)

Mas, ao lado dessas causas externas à instituição para seu alheamento do amplo debate atual no sistema brasileiro de justiça sobre os métodos auto-compositivos, há várias que são de responsabilidade exclusiva do Ministério Público. À exceção de algumas recentes movimentações isoladas do CNMP e de alguns Ministérios Públicos, há ainda algum distanciamento institucional do debate atualmente conduzido pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça sobre tais métodos. Esse distanciamento contribui para o apartamento desse debate do TAC, da Recomendação, da tutela coletiva, da área criminal e, principalmente, do espaço intrainstitucional. Impõe-se, por outro lado, reconhecer uma resistência apriorística de um número considerável de membros a esses métodos e à postura resolutiva que lhes é peculiar, em prol de uma postura eminentemente demandista e dissociada de um autêntico compromisso com a solução a ser construída. Essa resistência é, em boa parte, relacionada a uma mentalidade de Ministério Público herdada do período anterior à Constituição e que está a merecer, por isso, superação.

Disso decorre um dos objetivos primordiais deste manual: contribuir para a superação da resistência interna aos meios autocompositivos de solução de controvérsias, conflitos e problemas do desconhecimento que a acompanha, de modo a assegurar para o Ministério Público, neste terceiro estágio do movimento de acesso à justiça, protagonismo similar àquele que teve no segundo estágio, compatível com a sua configuração constitucional peculiar no contexto internacional e na realidade brasileira. Indiretamente, pretende-se contribuir para o alijamento das causas estranhas à instituição que a têm excluído do atual movimento de acesso à justiça, viabilizando uma qualificada contribuição do Ministério Público à construção de um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, que considere a realidade jurídica e social do país – em especial o nosso avançado e amplo sistema de tutela coletiva – e inclua nesse debate o uso de instrumentos idôneos à autocomposição em sede coletiva, como o TAC, a Recomendação, as audiências públicas etc..

Devido ao seu diferenciado perfil constitucional e sua intensa atividade, além da experiência e conhecimento que vem acumulando desde a CF/1988, o Ministério Público tem muito a contribuir também nesta fase de garantia do acesso à justiça integral no Brasil.



Com efeito, a independência do Ministério Público e a crescente legitimidade social, resultante de sua atuação junto à sociedade, somadas ao conhecimento especializado e a estrutura institucional – que permite a atuação em escala ou o aproveitamento de experiências desenvolvidas –, habilitam o Ministério Público a atuar com destacado protagonismo nos meios autocompositivos, notadamente nas Negociações e Mediações envolvendo conflitos coletivos. Também, quando for o caso, o órgão está preparado para desempenhar papel nas mediações em ações individuais em que sua intervenção é relevante para a proteção dos interesses que a justificam, por exemplo, de incapazes.

Por outro lado, é bastante promissora a possibilidade de a instituição contribuir para que o debate sobre os meios autocompositivos no Brasil supere a dimensão exclusivamente individual que a tem orientado nas interlocuções entre o Executivo e o Judiciário, voltada prioritariamente para os Juizados Especiais, para incorporar a natureza coletiva, contribuindo não apenas para a consolidação desses meios nas ações coletivas – por exemplo, viabilizando a composição consensual na audiência preliminar prevista no artigo 331, do CPC –, mas, de forma ainda mais útil, para a prevenção da própria judicialização, por meio do estímulo ao uso dos TACs e das Recomendações, bem como sua receptividade pela advocacia pública.

Pense-se, por exemplo, nas milhares de ações individuais repetidas que se podem transformar numa ação coletiva e serem resolvidas por meio de composição consensual na audiência preliminar. Ou, tanto melhor, nas milhares de ações individuais que podem ser evitadas com a identificação de violações a direitos individuais que podem ser corrigidas antes mesmo da judicialização, por meio de compromissos de ajustamento de conduta ou recomendações negociadas com os responsáveis por essas violações. Tudo isso, claro, supõe prioridade às soluções coletivas, não apenas por parte do Ministério Público, mas também dos Poderes Executivo e Judiciário e, naturalmente, requer disposição do Ministério Público à autocomposição, para a qual é fundamental uma postura realmente aberta à negociação, capaz de incorporar as visões e as legítimas preocupações dos demais envolvidos, em especial dos responsáveis pelas apontadas violações.

Existem, portanto, desafios de ordem estrutural. Por exemplo, o número das demandas judiciais é algo assustador no Brasil. De acordo com os dados do CNJ de 2013, existem aproximadamente 94.000.000 (noventa e quatro milhões) de processos judiciais em tramitação. Por isso, a ampliação dos meios de solução de conflitos, especialmente em relação à negociação, à mediação e à conciliação, é um caminho legítimo e seguro para alterar essa realidade.

Paradoxalmente, há outros problemas estruturais ligados à falta de mecanismos de acesso à justiça, tanto em relação a regiões carentes dos grandes centros urbanos, quanto em regiões mais pobres de áreas não urbanas, onde há um *deficit* do acesso à justiça. Para tanto, projetos como o *Justiça Comunitária*, as *Casas de Direitos* e o *Juizado Itinerante* poderão contribuir para tornar a justiça mais acessível às camadas mais necessitadas da sociedade.

Por outro lado, existem problemas culturais, em parte ligados à formação individualista e formalista dos profissionais do Direito no país, em parte relacionados com a cultura do litígio, que precisam ser enfrentados. Por isso, projetos como o *Diálogos sobre Justiça*, a *Coleção de Obras Jurídicas sobre Acesso à Justiça e Transformação Social* e a *Escola Nacional de Mediação e Conciliação* poderão contribuir para a melhoria da situação atual.

Um outro problema sério e grave está relacionado com o desconhecimento de grande parte dos cidadãos sobre seus direitos e também sobre as vias de acesso à justiça. Para o enfrentamento dessa questão é que está sendo implantado o projeto *Atlas do Acesso à Justiça no Brasil*, que tem como grande objetivo informar o cidadão sobre seus direitos fundamentais e sobre os mecanismos de acesso à justiça.

A preocupação com a facilitação da saída, e não apenas com o ingresso em juízo, e a priorização da solução dos conflitos coletivos são outros aspectos relevantes que merecem especial atenção no Plano Nacional de Acesso à Justiça para o Brasil.

Os litígios de massa precisam ser enfrentados de forma articulada e eficiente. Para isso, são fundamentais o apoio, a ampliação e a priorização das vias extrajudiciais e judiciais de tutela coletiva, tanto por intermédio



de uma reforma normativa séria, quanto por intermédio do fortalecimento das instituições legitimadas. A priorização da tramitação e do julgamento pelo Judiciário das ações coletivas é absolutamente necessária.

Precisamos identificar os reais problemas ligados ao acesso à justiça e, paralelamente, estabelecer a melhor metodologia para o seu enfrentamento. A participação da sociedade civil é fundamental e deverá acontecer por meio da criação de mecanismos democráticos de fortalecimento e ampliação do empoderamento popular. Entre outros mecanismos, convém ressaltar a relevância da realização periódica de audiências públicas sobre temas ligados ao acesso à justiça, que funcionam como legítimas e democráticas vias de participação social.

Cabe ao Ministério Público provocar essa mudança de foco do debate. Estender a temática das soluções consensuais para a seara coletiva é, sem dúvida, missão para a qual o Ministério Público pode contribuir de modo diferenciado, com toda sua experiência, assegurando maior racionalidade, agilidade e efetividade ao sistema. Enfim, estender para a tutela coletiva a mentalidade de conciliação que orienta o terceiro estágio do movimento do acesso à justiça e, também, potencializar os métodos autocompositivos, extrapolando o viés exclusivamente individual que se lhes tem dado no debate entre os Poderes.

Há, ainda, outro importante espaço de contribuição nesse processo. O PL 5.139, destinado a atualizar a ação civil pública⁶⁰, foi rejeitado por razões que revelaram um indisfarçado preconceito contra o processo coletivo. Em especial, mostrou-se uma forte resistência do Congresso ao ativismo judicial nessa área e à excessiva judicialização, em detrimento dos meios autocompositivos⁶¹. Dessa forma, claramente se percebe ser mais fácil, na

60 Nas palavras do Ministro da Justiça constantes da apresentação do respectivo anteprojeto, era preciso adequar a Lei da Ação Civil Pública às “significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas na virada do século XX”.

61 A rejeição ocorreu na sessão de 17 de março de 2010 da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e se deu em caráter conclusivo, ou seja, não dependentemente de nova manifestação do Plenário ou de qualquer outra Comissão. A rejeição foi liderada pelo Deputado Federal José Carlos Aleluia (DEM-BA), que votou pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa, mas, no mérito, pela rejeição, tecendo críticas ao “tratamento desigual conferido ao réu”, à “liberdade do juiz para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases

atualidade, avançar em termos legislativos na tutela coletiva – por meio do incremento dos meios autocompositivos, em que a solução se estabelece por consenso, isto é, sem o uso da força possibilitado pelo processo – que pelo reforço dos poderes impositivos do Juiz no processo coletivo. Nesse contexto político, importa que o Ministério Público esteja atento a essa tendência e capacitado para atuar qualificadamente, tanto na prática desses meios, quanto no debate legislativo que lhes é pertinente, de modo a avançar no que for possível.

Convém, igualmente, ter presente que a capacitação para os meios autocompositivos, para as técnicas de negociação e mediação é, na verdade, uma capacitação para o diálogo, que vem sendo identificado, em vários campos, como solução para a complexidade do mundo contemporâneo e para os desafios que se apresentam para o Ministério Público⁶².

Impende, enfim, que os membros do Ministério Público percebam, cada vez mais, que entre a falta de efetividade do processo em sua lógica formal e adversarial, com seus inúmeros recursos e dificuldades para se adaptar à tutela coletiva, e a insegurança jurídica das decisões judiciais que surpreendem as

processuais” ou para “chamar alguém para entrar no lugar do autor ou procurar outro motivo e outro pedido para continuar a demanda”. Sustentou o parlamentar que o projeto “ao invés de diminuir o número de ações sobre a mesma matéria, acaba por alimentar mais ações” e, em suma, que ele “não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para defesa de interesses coletivos [...]”. No voto em separado que apresentara em dezembro de 2009, o mesmo parlamentar afirmou, logo na introdução de sua fundamentação, que o ativismo judiciário colide com as finalidades do II Pacto Republicano contidas no objetivo II e compromissos “e” e “m”, os dois primeiros diretamente relacionadas ao incremento dos meios autocompositivos.

62 Como pontificou o Papa Francisco em uma de seus célebres frases na vinda ao Brasil para a Jornada Mundial da Juventude em junho de 2013, a propósito das manifestações populares que tomaram as ruas do país no período imediatamente anterior e causaram perplexidade na classe política e entusiasmo na sociedade: “Entre a indiferença egoísta e o protesto violento há uma opção sempre possível: o diálogo”. Em outro contexto, mas com uma coincidência que merece referência notadamente em um Guia para o Ministério Público, todos os candidatos a Procurador Geral da República para o biênio 2013-2015, em especial o primeiro colocado e ao final nomeado, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, identificaram no diálogo interinstitucional e com a sociedade um dos pilares de seus compromissos para o mandato. Esse compromisso foi reafirmado pelo atual Procurador Geral da República com ênfase durante sua sabina no Senado Federal.



partes, há uma opção que está a merecer especial consideração: a solução jurídica construída consensualmente por meios autocompositivos de resolução das controvérsias, conflitos e problemas.

Com o objetivo de contribuir para um enfrentamento cada vez mais qualificado de todos esses desafios e para a exploração das potencialidades mencionadas, é que se apresenta este *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*.

3

**Mecanismos Autocompositivos
no Sistema de Justiça**



Mecanismos Autocompositivos no Sistema de Justiça

Gregório Assagra de Almeida e Igor Lima Goettenauer de Oliveira

1 - A SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E OS PACTOS REPUBLICANOS DE ESTADO

A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (SRJ/MJ) foi criada com o objetivo de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário. O primeiro grande resultado do seu trabalho foi a Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou a Constituição em pontos importantes, com destaque para a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A SRJ, portanto, tem como papel principal ser um órgão de articulação entre o Executivo, o Judiciário, o Legislativo, o Ministério Público, os governos estaduais, as entidades da sociedade civil e os organismos internacionais para propor e difundir ações e projetos de aperfeiçoamento do Sistema de Justiça. Esta articulação acontece em relação a propostas de modernização da gestão do Judiciário e em relação à reforma constitucional e outras alterações legislativas em tramitação no Congresso Nacional.

A SRJ reflete uma prioridade do governo federal, iniciada em 2003, a partir da avaliação de que é necessário aperfeiçoar o funcionamento do Judiciário para que ele seja mais rápido, ágil e eficiente e para que a justiça seja acessível à população brasileira.

A ampliação do acesso à justiça para todos os brasileiros pode ser alcançada com o estímulo a uma série de medidas. Juizados Especiais Estaduais e Federais devem ser fortalecidos e aprimorados, por representarem uma alternativa eficiente de solução de litígios. O mesmo pode ser dito dos Juizados itinerantes e dos Centros Integrados de Cidadania, que levam o acesso à justiça até o

cidadão mais carente, democratizando seu acesso. Também é necessária a institucionalização efetiva da Defensoria Pública da União e dos Estados, para que este órgão seja outro elemento de aproximação da justiça com a população em situação de vulnerabilidade social e econômica. Os meios consensuais de solução de conflitos são uma importante ferramenta para a construção de uma autêntica política de democratização do sistema de justiça.

Nos últimos anos, a Secretaria de Reforma do Judiciário tem ampliado seu campo de atuação para trabalhar na construção de uma concepção de acesso à justiça como direito fundamental que vai muito além do acesso ao Judiciário, abrangendo também o acesso a todo meio legítimo de proteção de efetivação de direitos fundamentais individuais e coletivos. Assim, a SRJ tem contribuído no fortalecimento da atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e de outras instituições de defesa social.

A Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM), criada pela Portaria do Ministro da Justiça nº 1.920, de 4 de setembro de 2012, é um dos grandes projetos da Secretaria de Reforma do Judiciário. Sua principal pretensão é colaborar com a mudança de cultura do país, no sentido da adoção de mecanismos autocompositivos na solução dos conflitos, fortalecendo, assim, o diálogo e o consenso como caminhos necessários para uma nova democracia participativa e deliberativa.

Registra-se, também, entre outros projetos, o Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, criado no âmbito da Secretaria de Reforma do Judiciário (CEJUS) pela Portaria do Ministro da Justiça nº 1.036, de 22 de março de 2013, que tem como uma das suas finalidades promover diagnósticos acerca dos problemas estruturais e conjunturais que afetam a justiça, assim como trabalhar para a mudança da cultura com a aproximação das pesquisas e dos pesquisadores das instituições nacionais de acesso à justiça. As pesquisas são fundamentais para o enfrentamento dos grandes problemas sociais que envolvem a temática da efetivação dos direitos fundamentais.

Além disso, convém destacar que o Brasil já assinou dois Pactos Republicanos de Estado, e está em discussão e preparação a assinatura do III Pacto.



O I Pacto Republicano de Estado por um Judiciário mais Rápido foi assinado em 2004 pelo Presidente da República, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente do Senado Federal e, também, pelo Presidente da Câmara dos Deputados. Esse Pacto trouxe grandes inovações ao sistema de acesso à justiça do Brasil. A sua discussão envolveu a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, além de promover outras alterações importantes na Constituição Federal.

Como uma das justificativas do Pacto consta: “[...] A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático”.

Com isso, foram assumidos, em síntese, os seguintes compromissos: a) implementação da reforma constitucional do Judiciário; b) reforma do sistema de recurso e dos procedimentos; c) Defensoria Pública e Acesso à Justiça; d) Juizados Especiais e Justiça Itinerante; e) execução fiscal; f) precatórios; g) graves violações contra direitos humanos; h) informatização; i) produção de dados e indicadores estatísticos; j) coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas; k) incentivo à aplicação das penas alternativas.

Muitas reformas foram efetuadas e novas leis foram aprovadas, tendo sido atendida parte significativa dessas diretrizes do I Pacto Republicano de Estado.

Já o II Pacto Republicano de Estado por Um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo foi assinado em 2009 pelo Presidente da República, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente do Senado Federal e, também, pelo Presidente da Câmara dos Deputados. Este segundo Pacto fixou como objetivos: a) acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; b) aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; c) aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana.

Parte dos objetivos foi alcançada, mas muito ainda precisa ser realizado para ampliar a democratização do sistema de justiça. Por isso, está sendo construído o III Pacto Republicano de Estado, que visará alcançar os objetivos não alcançados pelos Pactos anteriores, além de estabelecer outras metas importantes para o sistema de acesso à justiça do Brasil.

A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça incorporou a percepção de ser o acesso à justiça um método de pensamento e um direito fundamental procedimental e substantivo. Para realmente implementá-lo, tem fortalecido o empoderamento popular no âmbito do sistema brasileiro de acesso à justiça, de forma a ampliar a participação social na própria administração da justiça.

O empoderamento popular no Sistema de Justiça passa necessariamente por uma abertura das instituições de acesso à justiça, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e o próprio Judiciário, e também pela criação de núcleos extrajudiciais e consensuais de acesso à justiça, conforme projetos e planos que serão apresentados neste manual.

2 - A RESOLUÇÃO Nº 125/2010, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O CNJ teve um papel muito importante nessa mudança de paradigma no Brasil. Por intermédio da Resolução 125/2010, que foi alterada pela Emenda nº 1/2013, do mesmo órgão, o CNJ criou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Dividida em vários capítulos, esta Resolução traz, em seus anexos, um Código de Ética para Conciliadores e Mediadores Judiciais.

Consta dos considerandos da Resolução “que o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”.

O CNJ parte da premissa de que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, pois, em



programas já implementados no país, a excessiva judicialização dos conflitos de interesses estaria sendo reduzida, assim como a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

A Resolução nº 125 do CNJ inaugura uma mudança importante no plano do acesso à justiça no Brasil. Para ressaltar essa importância, transcrevemos o artigo 1º do documento:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Para o CNJ, o objetivo é consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, o que é importante e fundamental para o acesso à justiça no Brasil.

3 - A ESCOLA NACIONAL DE MEDIAÇÃO E DE CONCILIAÇÃO E AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS EXISTENTES NO CONGRESSO NACIONAL

O Ministro da Justiça do Brasil criou, no âmbito da Secretaria de Reforma do Judiciário, por meio da Portaria Ministerial nº 1.920/2012, a Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM), cujos principais objetivos, conforme dispõe o artigo 1º, são disseminar as técnicas de resolução extrajudicial de conflitos, capacitar e aperfeiçoar os operadores do direito, estudantes do direito e professores, agentes de mediação comunitária, servidores do Ministério da Justiça, bem como membros de outros órgãos, entidades ou instituições em que as técnicas de autocomposição sejam pertinentes para a sua atividade.

A ENAM funciona como um fórum: por meio de parcerias com as instituições do sistema de justiça, são construídos e ofertados cursos de capacitação – presenciais e a distância –, materiais pedagógicos, oficinas, eventos etc., que possibilitem a disseminação e a incorporação das práticas consensuais de solução de conflitos. O conteúdo e o material que são adotados nas capacitações são produzidos em conjunto e de maneira colaborativa. Afinal, apenas as próprias instituições são capazes de identificar suas especificidades.

Neste sentido, a ENAM convidou o sistema de justiça para promover um amplo debate nacional interinstitucional. O convite foi prontamente aceito. No ato de lançamento da escola, foram assinados catorze acordos de cooperação com, entre outros, o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Advocacia Pública, a Ordem dos Advogados e instituições de ensino e pesquisa.

O Ministério Público, por sua vez, tem sido protagonista no estabelecimento de uma nova cultura dialógica, resolutiva e participativa. Em 2013, fundou-se a primeira unidade descentralizada da ENAM, na sede do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. O espaço tem funcionado para a realização de cursos e para a negociação e a mediação de diversos conflitos. Também nesse ano, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) instituiu um Grupo de Trabalho para a formulação deste Manual de Negociação e Mediação e também para a formatação de cursos customizados especificamente para atender às necessidades do Ministério Público do Brasil.

Essa tentativa de mudança cultural, no sentido de priorizar a resolução consensual dos conflitos, já está presente no legislativo brasileiro. Observa-se que há no Congresso Nacional várias propostas legislativas dispostas sobre a mediação. Inicialmente, convém destacar o PL nº 4.827/1998, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra, que foi substituído pelo PL nº 94/2002, do Senador Pedro Simon. Há também o PLS nº 517/2011, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, que “Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos”.

Observa-se que foi criada recentemente pelo Presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros, uma Comissão de juristas, no âmbito des-



sa Casa, que elaborou anteprojeto de Lei sobre Mediação Extrajudicial. Esse anteprojeto foi convertido no PLS nº 405/2013, apresentado pelo referido Senador.

Também foi criada pelo Ministério da Justiça, no âmbito da Secretaria de Reforma do Judiciário, uma Comissão de juristas, presidida pelo Secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Croce Caetano, que elaborou um anteprojeto sobre mediação, convertido no PLS nº 434/2013, apresentado pelo Senador José Pimentel.

Por outro lado, convém destacar que a Nova Proposta de Código de Processo Civil para o Brasil, em tramitação no Congresso Nacional, traz uma ampla disciplina da mediação e da conciliação, estabelecendo, por exemplo, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 2º, § 2º). Também dispõe a Nova Proposta de CPC para o Brasil: “A conciliação, a mediação e outros métodos de resolução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 2º, § 3º). O artigo 129 da Proposta prevê ainda que: “O juiz dirigirá o processo conforme disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de mediadores e conciliadores judiciais”.

Convém destacar que a Nova Proposta de CPC, em fim de tramitação na Câmara Federal, no Título IV, Capítulo III, Seção IV (arts. 166-176), traz uma ampla disciplina da mediação e da conciliação, dispondo, inclusive, sobre a mediação pública (art. 175) e a mediação extrajudicial (art. 176).

A aprovação dessas propostas representará um avanço significativo no plano da legislação brasileira sobre o acesso à justiça, possibilitando a efetivação de um sistema de acesso à justiça mais humanizado.

4 - A NECESSIDADE DE MUDANÇA CULTURAL E A PROPOSTA DA SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO PARA A INSERÇÃO DOS MEIOS E MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS DIRETRIZES CURRICULARES DOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL

O formato de solução de litígios usado hoje no Brasil, e em muitos países, concentrado no Estado-Juiz, revela-se esgotado em face do aumento exponencial e progressivo das demandas sociais levadas à jurisdição, associado, ainda, a estruturas sempre deficitárias dos atores institucionais que atuam neste campo.

Pode-se afirmar que o vigente modelo de formação de bacharéis pelos cursos de Direito no Brasil é um dos grandes responsáveis pela cultura que privilegia as formas heterocompositivas e arbitrárias de se lidar com o conflito, como é o caso do processo judicial típico. Isso porque o estudante de Direito aprende, ao longo do curso, a litigar em juízo. Seu treinamento é voltado para a “guerra jurisdicional” e para a percepção do conflito como sendo, necessariamente, uma disputa que resultará em “ganhadores” e “perdedores”. Os estudantes de Direito pouco aprendem sobre a pacificação social que pode ser alcançada por intermédio da humanização dos mecanismos de resolução dos litígios e da construção de uma cultura do diálogo que leve ao consenso e à paz.

Essa mudança cultural passa, portanto, por uma formação jurídica que capacite os bacharéis e os operadores do direito nas técnicas consensuais na solução dos conflitos e de problemas, com destaque para a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem.

Neste sentido, o Ministério da Justiça, o Ministério da Educação e a comunidade jurídica têm discutido, no âmbito do Grupo de Trabalho criado para esta finalidade, a incorporação dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) como conteúdo obrigatório a ser ministrado nas graduações de Direito do Brasil. A mudança, quando aprovada, será um verdadeiro marco e qualificará o sistema de solução de conflitos para incorporar, com maior propósito e qualidade, os MASCs na atuação cotidiana dos juristas. Além disso, construir uma cultura participativa, que favoreça o consenso e a paz, é uma exigência dos Objetivos Fundamentais da República Federativa



do Brasil, consagrados no artigo 3º da CF/1988. É também uma demanda da Teoria dos Direitos e das Garantias Fundamentais, adotada na Constituição, especialmente no que tange à garantia da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais e à sua cláusula aberta de conteúdo material (art. 5º, §§ 1º e 2º, da CF/1988).

5 - O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTEXTO DO SISTEMA DE ACESSO À JUSTIÇA DO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DA POLÍTICA NACIONAL DE POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS, CONTROVÉRSIAS E PROBLEMAS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O CNMP possui atribuição para, no exercício da competência prevista no artigo 130-A, § 2º, inciso I, da CF/1988 e com fundamento nos artigos 66 e 67-A do seu Regimento Interno, criar normas administrativas de apoio à atuação do Ministério Público brasileiro.

Nesse contexto, o CNMP tem sido um dos grandes protagonistas no processo de construção da cultura do diálogo e do consenso, formulando, apoiando e implementando medidas e políticas que possibilitam o aperfeiçoamento do Ministério Público brasileiro como instituição constitucional de acesso à justiça. Destacam-se, principalmente, as medidas de fortalecimento da dimensão resolutiva da instituição, tais como a disciplina do inquérito civil e também as propostas em debate de disciplina do Termo de Ajustamento de Conduta e da Recomendação.

Este Manual de Negociação e Mediação é prova dessa atuação do CNMP para fortalecer a dimensão resolutiva do Ministério Público. Para isso, observa-se que foi criado grupo de trabalho, composto por quadros do Ministério Público do Brasil com notório saber e conhecimento das técnicas autocompositivas, para apresentar proposta de Resolução sobre a Política Nacional de Resolução Consensual de Controvérsias, Conflitos e Problemas no âmbito das atribuições do Ministério Público brasileiro.

A criação de uma política nacional de resolução consensual de controvérsias, conflitos e problemas para o Ministério Público brasileiro é fundamental, pois

o acesso à justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo, o que abrange o acesso ao Judiciário, mas vai além para incorporar, também, o acesso a outros mecanismos e meios extrajudiciais de resolução dos conflitos, controvérsias e problemas, inclusive o acesso ao Ministério Público como garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988).

Por outro lado, a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso.

O disposto no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser fonte interpretativa e servir de rumo para a atuação do Ministério Público. O direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, letra “a”, XXXV, LXXIV, LXXVIII, § 2º, da CF/1988, além da vertente formal de acesso aos órgãos judiciários, abrange o direito à resolução efetiva dos conflitos, controvérsias e problemas, com satisfação e pacificação dos envolvidos.

O direito de acesso à justiça, portanto, compreende o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito de acesso a outros mecanismos de distribuição de justiça, compreendendo, antes de tudo, o direito fundamental de efetivo exercício dos direitos individuais e coletivos.

É necessário consolidar, no âmbito do Ministério Público, uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de autocomposição, como formas de tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas.

Um dos caminhos a ser seguido nesse sentido é o da promoção da democratização do acesso à justiça, em especial por meio de políticas e projetos que incentivem o uso das técnicas da negociação, da mediação e dos processos desenvolvidos na perspectiva de uma justiça restaurativa, além de outras técnicas autocompositivas.

Nesse sentido, é fundamental a atuação do CNMP com o objetivo de melhorar e fortalecer a capacitação dos membros do Ministério Público para a atuação ainda mais eficaz nas demandas judiciais e extrajudiciais.



A negociação, a mediação, a conciliação e os processos restaurativos são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas. A utilização apropriada dessas técnicas em programas já implementados no Ministério Público tem reduzido a excessiva judicialização e tem levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, à não reincidência e ao empoderamento social.

Deve ser estabelecida uma política de tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas, no âmbito do Ministério Público, com a finalidade de organização e uniformização das formas de tratamento adequado de conflitos, controvérsias e problemas, em especial a negociação, a mediação, a conciliação e os processos restaurativos.

O papel do CNMP, com a finalidade de estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas por alguns Ministérios Públicos, é extremamente útil para os grandes desafios da instituição.

Convém destacar o Acordo de Cooperação firmado entre o CNMP e a ENAM da Secretaria de Reforma do Judiciário, acordo esse que reforça a necessidade da adoção de medidas visando ao estabelecimento de uma política nacional de meios consensuais de resolução de controvérsias, conflitos e problemas no âmbito das atribuições constitucionais do Ministério Público.

É imprescindível a consolidação de uma cultura institucional do Ministério Público que priorize o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas.

Neste contexto, aliás, o artigo 585, inciso II, do CPC, prevê, entre os títulos executivos extrajudiciais, “o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público”. Também a Lei nº 9.099/1995, no parágrafo único do seu artigo 57, dispõe que: “Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”.

Ressalta-se que o § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) dispõe que o *compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais* é título executivo extrajudicial.

Tudo isso é reforçado pela CF/1988, que expressamente consagra o Ministério Público como instituição permanente, como uma das garantias fundamentais de acesso à justiça da sociedade, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127, *caput*, e 129, da CF/1988), funções essenciais à efetiva promoção da justiça.

Na área penal, também existem amplos espaços para a negociação. Como exemplo, pode-se citar o previsto nos artigos 72 e 89 da Lei nº 9.099/1995 (que dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada inclusa nas Leis nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único e na Lei nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal, em que seja necessária a atuação do Ministério Público.

Por tudo isso, torna-se fundamental a criação pelo CNMP, como realizado no âmbito do CNJ em 2010, de uma Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, Controvérsias e Problemas no âmbito do Ministério Público brasileiro. Tal política deve ter como objetivo assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses nas controvérsias, conflitos e problemas que envolvem a atuação da instituição por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Aos Ministérios Públicos brasileiros incumbirá, em atenção às diretrizes fixadas pelo CNMP, implementar e adotar mecanismos de tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas, em especial os chamados mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação e o processo restaurativo, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.



6. CONCLUSÕES

1. O acesso à justiça é método de pensamento e o mais básico e importante direito e garantia fundamental do direito e da democracia.
2. Há muitos desafios em relação ao acesso à justiça no Brasil. Dois deles são reduzir o excesso de judicialização e criar uma cultura em torno da resolução dos conflitos pelo diálogo e pelo consenso.
3. A Secretaria de Reforma do Judiciário tem um papel importante nesse processo de mudança. Prova disso são os Pactos Republicanos de Estado e a criação da ENAM.
4. O CNJ iniciou uma grande mudança de paradigma com a aprovação da Resolução nº 125/2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resolução Apropriada de Conflitos.
5. Há várias propostas legislativas sobre conciliação e mediação em tramitação no Congresso Nacional, e a aprovação do marco legal da mediação e da conciliação será muito importante para o acesso à justiça no Brasil.
6. É fundamental a mudança de paradigma no ensino jurídico brasileiro, com a inserção dos mecanismos autocompostivos como conteúdos obrigatórios dos projetos pedagógicos dos cursos de Direito de todo o país.
7. O CNMP tem um papel muito importante para uniformizar e sedimentar essa mudança cultural, já em estágio bem avançado, no âmbito do Ministério Público, especialmente por intermédio de uma Política Nacional de Resolução dos Conflitos apropriada, observadas, naturalmente, as atribuições constitucionais do Ministério Público brasileiro.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1. ed. 3. reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do direito e acesso à justiça como método de pensamento.** In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. I, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro** – um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro:** pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BERIZONCE, Roberto O. **Efectivo acceso a la justicia:** prólogo de Mauro Cappelletti. La Prata: Librería Editora Platense, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 18. ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, p. 144-160, 1991.



CARDOZO, José Eduardo. **O acesso à justiça no Brasil**: desafios e perspectivas. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53.

HESSE, Konrad. **Significado de los derechos fundamentales**. In BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jocher; HESSE, Konrad (Orgs.), Manual de derecho constitucional. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2001.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

4

Novo perfil constitucional do Ministério Público – Negociação e Mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas



Novo perfil constitucional do Ministério Público – Negociação e Mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas

Gregório Assagra de Almeida, Martha Silva Beltrame e Michel Betenjane Romano

1 - INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou dois modelos de Ministério Público. O demandista, que atua no plano jurisdicional, e o resolutivo, que atua no plano extrajurisdicional. Em seu modelo resolutivo, o Ministério Público assume importante papel na resolução das controvérsias, dos conflitos e dos problemas ligados à sua área de atribuição constitucional.

É nesse contexto que o presente texto apresenta algumas questões importantes sobre o Ministério Público a partir do novo constitucionalismo, levando-se em consideração, principalmente, a ideia de que a Constituição possui força normativa irradiante sobre toda ordem jurídica a ela vinculada e, também, a importância dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais para a efetivação do ideário de uma sociedade justa, livre, solidária, fraterna, com a promoção da erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais, conforme está consagrado nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 3º).

O novo perfil constitucional do Ministério Público impõe uma releitura da atuação jurisdicional e extrajurisdicional da instituição. A capacitação dos membros e servidores da instituição para a resolução das controvérsias, conflitos e problemas pelo diálogo e pelo consenso passa a ser um caminho necessário a ser trilhado pelo Ministério Público como instituição constitucional fundamental de acesso à justiça. A negociação e a mediação são técnicas

legítimas para ampliar e consagrar a dimensão constitucional do Ministério Público como garantia fundamental de acesso à justiça da sociedade.

2 - O NOVO PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 - A NOVA *SUMMA DIVISIO* CONSAGRADA NA CF/1988 E SUA IMPORTÂNCIA PARA A COMPREENSÃO DAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PLANO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL OU EXTRAJURISDICIONAL

Para fins de proteção e efetivação dos direitos e interesses, a *summa divisio* *Direito Público* e *Direito Privado* não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no país é *Direito Coletivo* e *Direito Individual*. O texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais –, sobre *os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* ⁶³.

Para o novo constitucionalismo democrático, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar sobre todo o sistema jurídico, de forma a constituírem a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular. A partir dessas premissas, no contexto do sistema jurídico brasileiro, a dicotomia *Direito Público* e *Direito Privado* não mais se sustenta. Outros argumentos de fundamentação, tanto no viés constitucional quanto no aspecto teórico, dão embasamento a essa assertiva.

Apesar da autonomia metodológica e principiológica do *Direito Coletivo* brasileiro, não sustentamos a sua interpretação na condição de novo ramo do *Direito*; como não entendemos que o *Direito Individual*, que compõe a outra dimensão da *summa divisio* constitucionalizada no país, seja outro ramo do *Direito*. Na verdade, o *Direito Coletivo* e o *Direito Individual* for-

63 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** — *superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.



mam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No Direito Coletivo, existem ramos do Direito, tais como o Direito do Ambiente, o Direito Coletivo do Trabalho, o Direito Processual Coletivo e o próprio conjunto, em regra, do que é denominado de “Direito Público”, que estaria dentro do Direito Coletivo, existindo, contudo, exceções. Da mesma forma, no Direito Individual, há vários ramos do Direito como o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito Individual do Trabalho, o Direito Comercial etc.

O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/1988), está inserido na sociedade⁶⁴, regido pela Constituição, com a função de proteção e de efetivação tanto do Direito Coletivo quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo⁶⁵. Com isso, conclui-se que existem dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de “Direito Público” também no Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil, de concepção individualista⁶⁶.

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do Direito. Entretanto, o Direito Constitucional está acima, no topo da nova *summa divisio* constitucionalizada. O Direito Constitucional representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do Direito Constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual.

64 No mesmo sentido, sustentando que o dualismo clássico (Estado e sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, ZIPPELIUS, Reinhold: “A distinção entre Estado e sociedade provém de uma época histórica durante a qual a centralização do poder político na mão de um soberano absoluto e respectiva burocracia dava origem à novação de que o Estado constituía uma realidade autônoma em face à sociedade”. **Teoria geral do Estado**, p. 158.

65 ZIPPELIUS, Reinhold: “[...] no processo de formação da vontade estadual cada indivíduo surge, perante os outros, na posição de igual e livre. Mas a orientação do Estado não tem de ser marcada pelo egoísmo dos interesses particulares que domina a vida social, mas em vez disso — deve-se concluir — pelo justo equilíbrio daqueles interesses”. **Teoria geral do Estado**, p. 159.

66 É inquestionável que a Constituição contém tanto normas de “Direito Público” quanto de “Direito Privado” e, assim, não é tecnicamente, nem metodologicamente adequado, o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público, conforme assim o faz a *summa divisio* clássica.

Ademais, a visão atual em torno do acesso à justiça e da efetividade dos direitos, atrelada ao plano da titularidade, confirma a nova *summa divisio* adotada na CF/1988. A titularidade e a proteção estarão sempre relacionadas a direito individual ou a direito coletivo amplamente considerado⁶⁷.

O Ministério Público atua na defesa da Constituição e é representante adequado para atuar nos dois planos da nova *summa divisio* (direitos coletivos amplamente considerados e direitos individuais indisponíveis). Além de guardião da Constituição, na sua condição de Lei Fundamental da ordem jurídica, a instituição ministerial atua na defesa de todos os direitos ou interesses coletivos em geral (difusos, coletivos e individuais homogêneos), bem como na defesa dos direitos individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, e art. 129, III, da CF/88)⁶⁸.

2.2 - DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO *CUSTOS LEGIS* PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO *CUSTOS SOCIETATIS* (*CUSTOS JURIS*) E GUARDIÃO DA ORDEM JURÍDICA

Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). Assume agora, pelas razões já expostas, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, o papel de guardião do próprio direito (*custos juris*), conforme ensinamento de Cláudio Souto.^{69 70}

67 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** — *superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

68 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** — *superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

69 *O tempo do direito alternativo — uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997, p. 84-7.

70 A respeito já assinalou MACHADO, Antônio Alberto: “[...] Esse desafio de ruptura com o modelo tradicional da ciência e da praxis do direito, reproduzido pelo ensino jurídico brasileiro, essencialmente normativista e com evidentes traços ainda do modelo coimbrão, assume uma clara importância histórica que vai além da mera ampliação dos limites e possibilidades de atuação de um dos operadores jurídicos tradicionais. A existência de um ‘custos juris’ com possibilidade de empreender a defesa jurídico-prática da democracia e de um ‘custos societatis’ destinado a defender os direitos fundamentais da sociedade, representam não apenas uma conquista efetivamente democrática da sociedade brasileira, mas também uma autêntica possibilidade de ruptura com o positivismo do direito liberal que desde o século passado sustentou, ‘nos termos da lei’, as bases oligárquicas do poder social, econômico e político no País.” **Ministério Público: democracia e ensino jurídico**, p. 197-8.



É nessa concepção de *custos societatis* e *custos juris* que o Ministério Público, no seu papel demandista, tornou-se o mais atuante legitimado para a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos no Brasil.

Essa hegemonia da instituição, na defesa dos interesses massificados, decorre certamente de dois fatores básicos. O primeiro está fundamentado no seu próprio novo perfil constitucional como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais* (art. 127, *caput*, da CF). O outro fator decorre do próprio exercício prático de suas atribuições constitucionais, o qual tem amparo nas garantias constitucionais e nos mecanismos de atuação funcional que são inerentes ao Ministério Público.

Gustavo Tepedino ressalta esse novo papel outorgado pelo Constituinte de 1988 ao Ministério Público, alçado como o principal agente de promoção dos valores e direitos indisponíveis, o que lhe conferiu, nas palavras desse autor, *função promocional*, especificada no artigo 129 da CF/1988.⁷¹

Na condição de guardião da ordem jurídica, assume papel de destaque a atuação do Ministério Público no controle da constitucionalidade, tanto no controle concentrado e abstrato quanto no controle difuso e incidental. Convém destacar, também, a importância da atuação do Ministério Público para o controle extrajurisdicional da constitucionalidade, que poderá se dar quando a instituição expede recomendação para provocar, perante o Poder Legiferante, o autocontrole da constitucionalidade⁷². A tomada de Termo de Ajustamento de Conduta também é um excelente mecanismo para viabilizar o controle extrajurisdicional da constitucionalidade das leis ou dos atos normativos pelo Ministério Público.

No anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública, Projeto de Lei nº 5.139/2009, inserido do II Pacto Republicano de Estado e que tramitou no Congresso Nacional, o Ministério Público era tratado como guardião da ordem jurídica e não como mero fiscal da lei, sendo que consta do seu artigo 6º, § 2º: “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte,

⁷¹ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 300.

⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 770-3.

atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica”⁷³. Portanto, a redação proposta guardava relação de perfeita e correta adequação com a terminologia constitucional (art. 127, caput, da CF/1988). Esta orientação também consta da nova Proposta de CPC para o Brasil, que tramita no Congresso Nacional (Art. 179. O Ministério Público será intimado para, no prazo de trinta dias, intervir como fiscal da ordem jurídica. Art. 180. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público: I – terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II – poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer).

2.3 - O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS SUAS ATRIBUIÇÕES E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS (SUPERCONSTITUCIONAIS): A INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE PROCURAR RESOLVER AS CONTROVÉRSIAS E CONFLITOS PELO DIÁLOGO E PELO CONSENSO

As cláusulas pétreas exercem papel de suma importância em uma Constituição democrática e cidadã como é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nelas estão assentadas todas as garantias máximas da sociedade, as quais são protegidas contra o poder reformador, principalmente para impedir retrocessos.

A Constituição Federal de 1988 arrola as cláusulas pétreas ou superconstitucionais no § 4º do artigo 60, no qual consta: *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais.*

As cláusulas superconstitucionais no *neoconstitucionalismo* devem ser protegidas contra o poder reformador e, ao mesmo tempo, elas assumem uma

⁷³ Para uma visão geral do Projeto de Lei nº 5.139/2009, vale a pena conferir o texto publicado por Rogério Favreto, presidente da Comissão designada pelo Ministério da Justiça, e Luiz Manoel Gomes Júnior, relator da mencionada Comissão, que tivemos a honra de integrar na condição de jurista consultor do Ministério da Justiça. FAVRETO, Rogério, GOMES JÚNIOR, Luiz MANOEL. *Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais alterações*. In *Revista de Processo: Revista dos Tribunais*, v. 176:174-94, ano 34, outubro, 2009.



função ativa, no sentido de que devem ser efetivadas e concretizadas materialmente. Constituem, assim, ao mesmo tempo, função de proteção e função de efetivação/concretização da Constituição. ⁷⁴

O artigo 127, *caput*, da CF/1988, diz expressamente que o Ministério Público é *instituição permanente*. Com base na interpretação lógica e na sua correta e perfeita relação com a interpretação teleológica, verifica-se que a Constituição, ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, está demonstrando que a instituição é cláusula pétrea, que recebe proteção total contra o poder reformador, ao mesmo tempo em que impõe a sua concretização social como função constitucional fundamental.

Não bastasse isso, observa-se que o Ministério Público tem o dever de defender o regime democrático, conforme está expresso no próprio artigo 127, *caput*, da CF/1988. O regime democrático, na sua condição de regime do Estado da cidadania brasileira, é cláusula pétrea, com previsão, inclusive, no artigo 60, § 4º, incisos II e IV, da CF/88. Ora, se a instituição ministerial é defensora do regime democrático, torna-se inquestionável a sua inserção no plano das cláusulas pétreas. ⁷⁵

Ademais, o Ministério Público também é instituição essencial à justiça, outra cláusula superconstitucional. Se o Ministério Público é essencial à justiça e se a justiça é cláusula pétrea, ele também é cláusula pétrea.

74 Para VIEIRA, Oscar Vilhena: “O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um Direito com pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse Direito e, ao mesmo tempo, é por ele domesticado. A finalidade de uma teoria das cláusulas superconstitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo [...]”. **A Constituição e sua reserva de justiça**, p. 227.

75 Nesse sentido, manifestou GARCIA, Emerson: “Além da necessária adequação material que deve existir entre referido preceito e a legislação infraconstitucional, o fato de o Constituinte originário ter considerado o Ministério Público uma Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado traz reflexos outros, limitando, igualmente, o próprio poder de reforma da Constituição. Com efeito, partindo-se da própria natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, toda ela voltada ao bem-estar da coletividade, protegendo-a, em especial, contra os próprios poderes constituídos, a sua existência pode ser considerada como insita no rol dos direitos e garantias individuais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 61, § 4º, IV, da CF/1988)”. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**, p. 47.

Os princípios, as atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público conferem a própria dimensão constitucional da instituição, além de revelarem o seu verdadeiro e legítimo papel social. A supressão ou restrição desses princípios e atribuições representam a supressão e a restrição do próprio Ministério Público em sua dimensão substancial. O Ministério Público, como instituição constitucional, é cláusula pétrea. Como consequência, os seus princípios, as suas atribuições e garantias constitucionais, as quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito. Por isso, elas não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, elas podem ser ampliadas. As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, situando-se no âmbito das cláusulas superconstitucionais, podem ser ampliadas, mas não restringidas ou eliminadas da Constituição. Da mesma forma, o caráter nacional do Ministério Público, a sua indivisibilidade, unidade, independência funcional, orçamentária e administrativa, também são cláusulas superconstitucionais.

Tais diretrizes interpretativas vinculam o legislador constitucional, o infraconstitucional, o administrador, o particular e todos os operadores do direito, bem como as instituições de fiscalização do Ministério Público. Não fosse isso, ainda impõem, pela intensa carga de concretização normativa que carregam, a efetivação concreta da Constituição e das suas instituições democráticas, dentro das quais se insere o Ministério Público⁷⁶.

Todavia, não é razoável interpretar as garantias e princípios constitucionais do Ministério Público para servirem de barreira que impeça a eficácia social

76 Essas assertivas são reforçadas com os ensinamentos de Emerson Garcia: “Por ser inócua a previsão de direitos sem a correspondente disponibilização de mecanismos aptos à sua efetivação, parece-nos que a preservação da atividade finalística do Ministério Público está associada à própria preservação dos direitos fundamentais, o que reforça a sua característica de cláusula pétrea e preserva a unidade do texto constitucional”. Conclui o autor: “Além disso, a limitação material ao poder de reforma alcançará, com muito maior razão, qualquer iniciativa que, indiretamente, busque alcançar idêntico efeito prático (v.g.: redução das garantias e prerrogativas de seus membros e supressão da autonomia da Instituição, tornando-a financeiramente dependente do Executivo e, com isto, inviabilizando a sua atuação, que é o elemento indicativo de sua própria existência)”. **Ministério Público:** organização, atribuições e regime jurídico, p. 48.



da atuação da instituição. Com isso, as prerrogativas do órgão da instituição não podem ser utilizadas para o benefício particular do seu próprio titular. Nesses casos, princípios como a independência funcional e a inamovibilidade se destinam a proteger o cargo contra investidas arbitrárias, quaisquer que sejam elas. O membro da instituição não poderia, por exemplo, utilizar-se da independência funcional para deixar de cumprir atribuição constitucionalmente estabelecida; da mesma forma, a inamovibilidade não pode servir de óbice que impeça a redistribuição de atribuições em determinada comarca ou unidade de serviço quando patentemente injusta e desproporcional. A interpretação, portanto, das garantias e atribuições do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais deve ser direcionada para proteger a instituição, de modo a fortalecer os seus compromissos constitucionais com a sociedade e com os valores que compõem o regime democrático.

A CF/1988 valorizou o Ministério Público, seus princípios, atribuições e garantias constitucionais, da mesma forma que valorizou os direitos constitucionais fundamentais arrolados no seu Título II. Ela consignou expressamente, em rol exemplificativo, várias atribuições ao Ministério Público no artigo 129, cuja leitura deve estar unida à do artigo 127, que é a cláusula-mãe do Ministério Público, sendo que a leitura do artigo 127, por sua vez, está associada à do artigo 1º da CF, que estatui o Estado Democrático de Direito.

A vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público, prevista no artigo 129, IX, da CF/1988, é limitação às atribuições da instituição que, indireta e reflexamente, fortalecem a dimensão do Ministério Público como legítimo defensor da sociedade e da ordem jurídica democrática.

É de se consignar que a norma de encerramento prevista no artigo 129, IX, da CF/1988, que permite que sejam conferidas ao Ministério Público novas atribuições compatíveis com sua finalidade, é norma constitucional que mantém perfeita sintonia com o artigo 127, *caput*, e, especialmente, com a cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais, prevista no artigo 5º, § 2º, da CF/1988.

Da mesma forma, a CF/1988 conferiu ao Ministério Público inúmeras garantias, com especial destaque para os artigos 127 e 128. Logo no § 1º do

artigo 127, a Constituição consagra a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional do Ministério Público como princípios institucionais. O § 2º do mesmo artigo assegura ao Ministério Público a sua autonomia funcional e administrativa. Adiante, no artigo 128, § 5º, estão previstas as principais garantias do Ministério Público, sendo elas: vitaliciedade após dois anos de exercício; inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público; irredutibilidade de subsídios.

As vedações, que em verdade são garantias indiretas e reflexas da própria instituição, estão no § 5º do artigo 128 da CF/1988, a saber: não receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; não exercer a advocacia, salvo exceção constitucionalmente prevista no ADCT; não participar de sociedade comercial, salvo na forma da lei; não exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; não exercer atividade político-partidária; não receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

É nesse contexto que o estudo e a interpretação das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público dependem, fundamentalmente, da análise das respectivas normas constitucionais no plano das cláusulas pétreas ou superconstitucionais.

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito abrange, principiologicamente, a democracia participativa e a democracia deliberativa, que impõem, sempre que possível, o diálogo e a busca do consenso. Essas diretrizes do diálogo e do consenso devem traçar também a atuação das instituições do acesso à justiça, especialmente o Ministério Público, como uma das principais instituições do Estado Democrático de Direito e com natureza institucional de garantia fundamental de acesso à justiça da sociedade. Em relação ao Judiciário, há dever expresso nesse sentido no CPC, que prevê, no artigo 125, inciso IV, que a qualquer momento o Juiz deverá procurar conciliar as partes. Pelo princípio da simetria constitucional, essa mesma orientação também se aplica ao Ministério Público no exercício de suas funções. Portanto, nas duas dimensões da sua atuação, jurisdicional ou extrajurisdicional, é dever dos órgãos do Ministério Público procurar solucionar as controvérsias ou os conflitos pelo diálogo e pelo consenso.



Quando a Constituição determina que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, esse dever constitucional deve ser interpretado para conduzir a instituição a uma metodologia de atuação que humanize a resolução das controvérsias e conflitos. A resolução pelo diálogo e pelo consenso é a via legítima que deve ser priorizada pela instituição.

2.4 - ALGUNS FATORES CONSTITUCIONAIS DE AMPLIAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A IMPORTÂNCIA DA CAPACITAÇÃO DOS MEMBROS E SERVIDORES DA INSTITUIÇÃO PARA A PRIORIZAÇÃO DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DAS CONTROVÉRSIAS, CONFLITOS E PROBLEMAS

O Ministério Público brasileiro passou a ser, a partir da CF/1988, uma instituição de promoção social, com atribuições constitucionais para atuar em todas as áreas relacionadas com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essas diretrizes constitucionais demonstram a importância da preocupação com a legitimação social do Ministério Público como instituição de acesso à justiça.

O fato de os membros do Ministério Público não serem, nos termos do modelo constitucional brasileiro, escolhidos diretamente pelo povo, não impede, porém, que a instituição tenha legitimação social. Primeiro, porque o acesso à instituição se dá após um disputado concurso de provas e títulos, exigido constitucionalmente; depois, porque a verdadeira legitimação social do Ministério Público deverá advir da sua efetiva e eficiente atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988).

Não é, contudo, qualquer tipo de atuação que irá constituir-se em fator de ampliação da legitimação social do Ministério Público; daí a importância em se compreender o verdadeiro perfil constitucional da instituição e suas dimensões no novo constitucionalismo.

Partindo dessa nova leitura constitucional dos compromissos e desafios do Ministério Público brasileiro, apresentaremos, na sequência, alguns fato-

res constitucionais importantes para a ampliação da sua legitimidade social; outros existem, mas são apresentados neste capítulo aqueles que são os mais relevantes nesta etapa de maturação e de construção do Ministério Público como instituição constitucional e garantia de acesso à justiça da sociedade, com destaque para a necessária capacitação dos membros e servidores em técnicas para a resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas.

2.4.1 - PRIORIZAÇÃO DA ATUAÇÃO PREVENTIVA

A tutela jurídica preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito. Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático (art. 1º da CF/1988). Por intermédio da tutela jurídica preventiva, poderá ser atacado, em uma das suas dimensões, diretamente o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evita-se o dano, que é objeto da tutela jurídica repressiva, mais precisamente a ressarcitória. Ocorre que muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente, a saúde do consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, a saúde pública etc.), não são passíveis de reparação *in natura*. Portanto, só restaria, nesses casos, uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apequenada, já que não responde ao direito, a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (1º, 3º e art. 5º, XXXV, da CF/1988)⁷⁷.

Ora, se ao Ministério Público, como instituição, incumbe a defesa do regime democrático, a ele incumbe prioritariamente a defesa preventiva da sociedade, pois é essa, repita-se, a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito. Contudo, como é cediço, a atuação da instituição no país ainda é predominantemente repressiva, que se dá em grande parte nos momentos patológicos da conflituosidade social.

⁷⁷ Sobre o tema, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins, **Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito**. In MPMG Jurídico, Publicação da Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano I, n. 1, setembro 2005, p. 13-6. Também, ALMEIDA, Gregório Assagra de, **Manual das ações constitucionais**, p. 151-4.



É de se destacar que a forma mais legítima de realização do direito não vem da capacidade de decidir e de fazer imperar decisões, mas do diálogo, da interpretação negociada da norma jurídica. Mesmo para o Ministério Público demandista, a priorização da atuação preventiva é fundamental, principalmente quanto ao ajuizamento de ações civis públicas de tutela inibitória, evitando-se, assim, a prática do ilícito, sua continuidade ou repetição.

2.4.2 - EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PEDAGÓGICA DA CIDADANIA: UM COMPROMISSO CONSTITUCIONAL SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTS. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, 3º, 6º, 127, *CAPUT*, E 205 DA CF/1988)

O ensino no país contribui para a exclusão de um grande contingente popular do processo democrático e não cumpre os objetivos e princípios informadores da educação, estabelecidos no artigo 205 da CF, especialmente o *pleno desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania*⁷⁸. Até que haja a reestruturação do Ensino Médio no Brasil, a imprensa e as instituições de defesa social, como o Ministério Público, têm um compromisso, imposto constitucionalmente, de contribuir para a divulgação dos direitos e deveres inerentes à cidadania, possibilitando que um maior número de cidadãos participe efetivamente do processo de democratização da sociedade brasileira e, com isso, não fiquem dispersos e sujeitos a manobras imorais e espúrias do poder político e econômico⁷⁹.

78 Estabelece o art. 205 da CF: *A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.* Ao comentar o dispositivo, escreveu SILVA, José Afonso da: [...] *O art. 205 prevê três objetivos básicos da educação: (a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; (c) qualificação da pessoa para o trabalho. Integram-se, nestes objetivos, valores antropológico-culturais, políticos e profissionais. Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 784-5.

79 Ao sustentarem a necessidade de um pensamento complexo, escreveu MORIN, Edgar: “O conhecimento deve certamente utilizar a abstração, mas procurando construir por referência do contexto. A compreensão dos dados particulares necessita da ativação da inteligência geral e a mobilização dos conhecimentos de conjunto. Marcel Mauss dizia: ‘É preciso recompor o todo’. Acrescentemos: é preciso mobilizar o todo. Certamente, é impossível conhecer tudo do mundo, bem como apreender suas transformações multiformes. Mas, por mais aleatória que seja, o conhecimento dos problemas-chave do mundo deve ser perseguido, sob pena da imbecilidade cognitiva. Tanto mais que hoje o contexto de todo conhecimento político, econômico, antropológico, ecológico constitui o próprio mundo. É o problema universal para todo cidadão: como adquirir a possibilidade de articular e organizar as infor-

Esse compromisso com a *função pedagógica da cidadania*, além de fundamentar-se no parágrafo único do artigo 1º a CF/1988, em que está estabelecido que *todo o poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição*, também é desmembramento do *princípio da solidariedade coletiva*, presente no artigo 3º, I, da CF/1988, constituindo-se, também, em *direito social fundamental* (arts. 6º e 205, ambos da Constituição), fundado na própria *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF/1988). Assim, o exercício da função pedagógica da cidadania está enquadrado no âmbito do rol das matérias de *interesse social*, inserindo-se como um dos deveres constitucionais do Ministério Público, presente no artigo 127, *caput*, da CF/1988.

Além das cartilhas cidadãs, da divulgação e da transparência em relação às medidas e ações da instituição, o mecanismo da audiência pública é um legítimo canal para que o Ministério Público, em pleno diálogo com a sociedade, possa exercer, efetivamente, essa função pedagógica da cidadania, ampliando a sua legitimação social.

2.4.3 REALIZAÇÃO PERIÓDICA DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

O mecanismo da audiência pública é um forte canal de ampliação e de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público, seja por permitir um diálogo mais direto com a sociedade, seja por permitir que a instituição estabeleça seu programa de atuação funcional a partir das propostas e reclamações da própria sociedade.⁸⁰

A audiência pública encontra-se fundamentada no princípio constitucional do exercício direto da soberania popular, estabelecido no artigo 1º, parágrafo

mações sobre o mundo. Mas para articulá-las e organizá-las é preciso uma reforma do pensamento”. **O pensamento complexo, um pensamento que pensa.** In *A inteligência da complexidade*, MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Lê. Tradução de Nirimar Maria Falci. São Paulo: Editora Peirópolis, 3ª edição, 2000, p. 207-8.

80 Nesse sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. **Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público.** In MPMG Jurídico, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 9-15.



fo único, da CF/88. Prevê o referido dispositivo constitucional que *todo o poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição*. Constitui-se, assim, mecanismo de exercício direto da soberania popular, pois o cidadão, por si, ou por seus entes sociais representativos, é convidado a apresentar propostas, reivindicar direitos, exigir a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como a tomar ciência de fatos ou medidas adotadas ou a serem adotadas pelas autoridades públicas ⁸¹.

Com efeito, a audiência pública é desmembramento *direto do princípio democrático*, estatuído no artigo 1º, *caput*, da CF/1988, que tem a cidadania como um dos seus fundamentos (art. 1º, I, da CF/1988) ⁸².

Faz-se importante ressaltar que o *direito à democracia* é apontado por Paulo Bonavides, ao lado dos *direitos à informação e ao pluralismo*, como direito fundamental de *quarta dimensão (geração)*, configurando-se como forma de democracia direta que marca o futuro da cidadania e a própria *liberdade de todos os povos* ⁸³.

Assim, *audiência pública* é o mecanismo constitucional pelo qual as autoridades públicas e agentes públicos em geral abrem as portas do poder

81 Sobre o exercício do poder diretamente pelo povo, aduz SILVA, José Afonso: “O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo. As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos ‘democracia semi-direta’, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como: a iniciativa popular, pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei ao legislativo de lei ao Legislativo; o referendo popular, que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo Legislativo devem ser subjetivos à vontade popular; o plebiscito é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere porque este ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida [...]”. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 40-1.

82 Sustenta RODRIGUES, Geisa de Assis: “*A audiência pública é um importante instrumento do Estado democrático de Direito construído a partir da extensão do princípio da audiência individual [...]*”. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 94.

83 Afirma BONAVIDES, Paulo: “*A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema [...]*”. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª edição, 2001, p. 525-6.

público à sociedade, para facilitar o exercício direto e legítimo da cidadania popular, em suas várias dimensões. A audiência pública permite a apresentação de propostas, de reclamações, a eliminação de dúvidas, a solicitação de providências, a fiscalização da atuação das instituições de defesa social, de forma a possibilitar e viabilizar a discussão em torno de temas socialmente relevantes.

O Ministério Público não só pode como deve realizar audiências públicas com periodicidade necessária. Na condição de instituição de defesa social e de promoção da transformação, com justiça, da realidade social (arts. 1º, 3º, 127 e 129, todos da CF/1988), o Ministério Público deve permitir a participação direta da sociedade na elaboração dos seus Programas de Atuação Funcional, bem como esclarecer os cidadãos e seus entes representativos sobre as medidas adotadas pela instituição, conduzindo o *princípio participativo*, desmembramento natural do *princípio democrático*, ao seu grau máximo de efetivação e concretização.

Não há um dispositivo expresso na Constituição que exija a realização de audiências públicas pelo Ministério Público⁸⁴; contudo, há um conjunto de direitos, garantias e princípios constitucionais, expressos e implícitos, que impõem a ampliação e a facilitação do exercício direto da democracia pela participação popular, o que deve ser fomentado pelas instituições democráticas de defesa social, como é o caso do Ministério Público.

No plano infraconstitucional, a realização de audiência pública pelo Ministério Público tem amparo em texto expresso de lei. É o que prevê o artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625/1993, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

[...]

⁸⁴ O art. 58, § 2º, da CF/1988, prevê a realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional.



Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...]

IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no ‘caput’ deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

A Lei Complementar Federal nº 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, não tem previsão expressa sobre a realização de audiência pública por esse ente; porém, isso não impede que os Ministérios Públicos da União a realizem⁸⁵.

A audiência pública é mecanismo constitucional fundamental de participação democrática, decorrente do exercício direto da soberania pelo povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/1988), e que se sujeita a vários princípios orientadores.

Existem múltiplas finalidades das audiências públicas, entre elas convém destacar o debate sobre fato determinado, a coleta de propostas ou reclamações, a divulgação de medidas e resultados e o exercício da função pedagógica da cidadania.⁸⁶

85 Nesse diapasão, GAVRONSKI, Alexandre Amaral: “Verdadeiro mecanismo de ‘participação’ [democracia participativa] do cidadão na tomada de decisões de interesse coletivo, decorrência natural do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), a audiência pública não depende de lei ou regulamento para ter cabimento; esta só é necessária para fazê-la obrigatória. Por tal razão, assume pouca relevância a omissão da Lei Complementar n. 75/93 sobre o assunto, diferentemente da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que inclui explicitamente dentre as funções da Instituição ‘promover audiências públicas para, no exercício da defesa dos direitos assegurados na Constituição, garantir-lhes o respeito por parte dos poderes públicos, concessionários e permissionários de serviço público e entidades que exerçam função delegada (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei 8625/903). Assim, tratando-se de colaboração da cidadania ao Ministério Público, cabe ao membro com atribuição para a matéria decidir se cabe ou não sua realização.” **Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial.** Brasília: ESMMPU Manual de atuação, p. 90-1, 2006.

86 RODRIGUES, Geisa de Assis aponta as funções da audiência pública: “[...] a audiência pública tem as seguintes funções: a) permite ao administrado verificar objetivamente a razoabilidade da medida administrativa; b) é um mecanismo idôneo de formação de consenso da opinião pública a

Lei infraconstitucional, decisões judiciais ou medidas administrativas não podem limitar, em abstrato, o objeto da audiência pública, tendo em vista a fundamentação constitucional dos seus princípios orientadores, como os anteriormente expostos. E mais: poderão ser realizadas audiências públicas com periodicidade previamente determinada ou audiências públicas extraordinárias, voltadas para o debate de questões e fatos específicos.

Como mecanismo constitucional que é, a realização de audiência pública poderá se dar de ofício pelos órgãos das instituições democráticas de defesa social, bem como mediante provocação de interessados.

Em relação ao Ministério Público, a audiência pública poderá ser realizada também no curso ou final do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo, assim como fora deles para, entre outras finalidades, colher elementos para a elaboração de programas de atuação funcional da instituição, gerais, regionais ou locais ou para divulgação de medidas e resultados dos trabalhos institucionais.⁸⁷

respeito da juridicidade e conveniência de uma atuação do Estado; c) garante a transparência dos procedimentos decisórios do Estado; d) é um elemento de democratização do exercício do poder; e) é um modo de participação cidadã na gestão da coisa pública, concretizando os princípios políticos e constitucionais de democracia participativa; f) tem uma importante função preventiva, pois pode evitar os prejuízos causados por uma intervenção administrativa inadequada”. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 95.

87 GAVRONSKI, Alexandre Amaral: “Como já referido, a tutela coletiva põe o membro do Ministério Público Federal frente a questões de grande interesse social, estranhas ao Direito e relacionadas a uma conflituosidade que, não raro, importa em difíceis opções, diante da necessária ponderação entre valores contrapostos e de grande significação para a sociedade. Para atuar nessas questões, a audiência pública é um excelente instrumento a nosso dispor se o objetivo for buscar informações gerais junto à comunidade envolvida sobre a violação a direitos coletivos que se apura (espécie de danos que vem causando, sua amplitude e decorrências), identificar a aspiração e as necessidades coletivas em dada questão, repartir com a comunidade interessada a responsabilidade quanto às decisões que se impõem ao membro do Ministério Público Federal (ajuizar ou não uma ação, firmar compromisso de ajustamento de conduta nos termos aceitos pelo infrator ou optar pela discussão judicial, por exemplo) ou mesmo buscar o entendimento entre contendores cuja controvérsia vem afetando a comunidade. Para esta última finalidade, todavia, às vezes uma reunião reservada é mais proveitosa, dependendo do número de pessoas que influenciam na decisão e do grau de belicosidade existente entre os cidadãos afetados e os responsáveis pela violação dos direitos coletivos”. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial.** Brasília: ESMPU Manual de atuação, 2006, p. 89-90.



Inúmeras são as finalidades das audiências públicas que poderão ser realizadas pelo Ministério Público⁸⁸. Todavia, duas delas merecem especial destaque.

A primeira é a elaboração dos Programas de Atuação Funcional. Com base nas propostas e reclamações colhidas em audiências públicas, o Ministério Público irá elaborar os seus Programas de Atuação Funcional (geral, regional e local), de forma a atuar em sintonia com as reais necessidades sociais. A segunda é a função pedagógica da cidadania a ser exercida pelo Ministério Público perante os cidadãos e seus entes representativos.

Por intermédio da audiência pública, os órgãos do Ministério Público podem dialogar com a sociedade, divulgando seus direitos e deveres, especialmente os constitucionais fundamentais, de forma a permitir a sua compreensão e ampliar o seu exercício pelo cidadão comum que não teve oportunidade de passar por uma instrução que siga os princípios informadores constantes do artigo 205 da CF/1988⁸⁹.

O Conselho Nacional do Ministério Público disciplinou a audiência pública, no âmbito do Ministério Público brasileiro, por intermédio da Resolução nº 82/2012. Consta do artigo 1º da referida Resolução:

Art. 1º Compete aos Órgãos do Ministério Público, nos limites de suas respectivas atribuições, promover audiências públicas para auxiliar nos procedimentos sob sua responsabilidade e na identificação das variadas demandas sociais.

§ 1º As audiências públicas serão realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais

88 Afirma MAZZILLI, Hugo Nigro: “*Por meio das audiências públicas, o Ministério Público não se submete a uma assembléia popular; nem nelas se votam opções ou linhas de ação para a instituição, e sim por meio delas intenta o Ministério Público obter informações, depoimentos e opiniões, sugestões, críticas e propostas, para haurir com mais legitimidade o fundamento de sua ação institucional*”. **Inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 327.

89 ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. **Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público**. In MPMG Jurídico, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 13-14.

homogêneos, e terão por finalidade coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão do órgão do Ministério Público quanto à matéria objeto da convocação.

§ 2º O Ministério Público poderá receber auxílio de entidades públicas para custear a realização das audiências referidas no caput deste artigo, mediante termo de cooperação ou procedimento específico, com a devida prestação de contas.

2.4.4 - COMBATE ARTICULADO E SISTEMATIZADO DAS CAUSAS GERADORAS DE DESIGUALDADES SOCIAIS (ART. 3º E ART. 127, *CAPUT*, DA CF): DA PERÍCIA PARA AS ESTATÍSTICAS E INDICADORES SOCIAIS — NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO INSTITUCIONAL E FISCALIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

A promoção social está no núcleo do novo perfil constitucional do Ministério Público. A defesa do regime democrático e dos interesses sociais confirma o compromisso do Ministério Público com a transformação, com justiça, da realidade social (art. 127, *caput*, combinado com os arts. 1º e 3º, todos da CF/88).

Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão a criação de uma sociedade livre, justa, solidária, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais. Tendo em vista que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e que o Ministério Público é defensor do regime democrático, todos esses objetivos, elencados expressamente no artigo 3º da CF/88, também vinculam o Ministério Público. Para Marcelo Pedrosa Goulart:

Levar avante essa prática transformadora (práxis) é cumprir uma função política maior, que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior dá-se no ‘movimento catártico’ que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas instituições do ‘momento corporativo’ e



particularista para o ‘momento ético-político’ de modificação do real.^{90 91}

Portanto, para o Ministério Público cumprir essa sua tarefa constitucional não mais se sustenta o modelo institucional antigo que ainda se arrasta pelo país. É preciso avançar com o planejamento funcional e nas estratégias de atuação. A atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extrajurisdicional.

A atuação repressiva, amparada geralmente nas espécies clássicas de prova (prova pericial, testemunhal etc.), deve ceder espaço para a atuação a partir das estatísticas e dos indicadores sociais⁹². Para tanto, é imprescindível que

90 Todavia, adverte GOULART, Marcelo Pedroso que o Ministério Público ainda não conseguiu superar muitas barreiras: a velha Instituição (pré-88) morreu; porém o novo Ministério Público (pós-88) ainda não se firmou: “*No nível institucional, portanto, o Ministério Público ainda não superou, plenamente, o ‘momento corporativo’, fato que impõe a aceleração do ‘movimento catártico interno’. Do contrário, a ‘passividade’ poderá tomar conta da Instituição, levando-a à ‘impotência objetiva’, ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe foram postos pela Constituição. Esse tipo de ‘comportamento passivo-impotente’ poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público’.* **Princípios institucionais do Ministério Público:** a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713.

91 **Princípios institucionais do Ministério Público:** a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p.713-4.

92 A respeito do surgimento dos indicadores sociais e da sua importância para demonstrar que crescimento econômico não é evidência certa da melhoria das condições de vida das pessoas, escreve JANNUZZI, Paulo Martino: “*O aparecimento e o desenvolvimento dos indicadores sociais estão intrinsecamente ligados à consolidação das atividades de planejamento do setor público ao longo do século XX. Embora seja possível citar algumas contribuições importantes para a construção de um marco conceitual sobre os indicadores sociais nos anos 20 e 30, o desenvolvimento da área é recente, tendo ganhado corpo científico em meados dos anos 60 no bojo das tentativas de organização de sistemas mais abrangentes de acompanhamento das transformações sociais e aferição do impacto das políticas sociais nas sociedades desenvolvidas e subdesenvolvidas. Nesse período começaram a se avolumar evidências do descompasso entre crescimento econômico e melhoria das condições sociais da população em países do Terceiro Mundo. A despeito do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), persistiam altos os níveis de pobreza e acentuavam-se as desigualdades sociais em vários países. Crescimento econômico não era, pois, condição suficiente para garantir o desenvolvimento social [...]*”. **Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil.** In <http://comciencia.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>, p. 1, acesso aos 03.06.2008, 12h30min.

o Ministério Público, em todas as suas esferas, constitua núcleos de estudos e estatísticas de atuação funcional e realize parcerias importantes com centros de estudos e pesquisas, bem como com universidades que possam fornecer-lhe elementos que deem a ele condições adequadas para atacar, racionalmente, as causas geradoras das graves injustiças sociais⁹³.

Portanto, não mais se sustenta a predominância de uma atuação repressiva, condutora da continuidade das injustiças sociais. É importante combater, por exemplo, as reais causas geradoras da criminalidade, o que deverá ser feito a partir dos indicadores sociais e de diagnósticos sociais específicos, os quais necessitam ser realizados com periodicidade pela instituição, por intermédio de suas parcerias.

2.4.5 - PROVOCAÇÃO ARTICULADA E SISTEMATIZADA DO CONTROLE JURISDICIONAL (ABSTRATO/CONCENTRADO E DIFUSO/INCIDENTAL) E EXTRAJURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE

Na condição de guardião da ordem jurídica, assume papel de destaque a atuação do Ministério Público na proteção da Constituição, o que se dá tanto no controle concentrado e abstrato quanto no controle difuso e incidental da constitucionalidade. Também é fundamental a atuação da instituição no controle extrajurisdicional da constitucionalidade, que poderá ocorrer pela expedição de Recomendação para provocar, perante o Poder Legiferante, o autocontrole da constitucionalidade, bem como por intermédio da tomada

93 Esclarece JANNUZZI, Paulo Martino: “Diferentemente de outros países latino-americanos, no Brasil, as estatísticas sociais, econômicas e demográficas usadas para construção dos indicadores são produzidas, compiladas e disseminadas por diferentes agências, situadas em âmbito federal ou estadual. Através de uma rede capilarizada pelo território nacional, com delegacias estaduais e agências municipais, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) cumpre seu papel de agente coordenador do Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas, como produtor de dados primários, compilador de informação proveniente de ministérios e como agente disseminador de estatísticas. As agências estaduais de estatísticas também compilam uma ampla variedade de dados administrativos produzidos pelas secretarias de Estado e, em alguns casos, também produzem dados primários provenientes de pesquisas amostrais. Alguns ministérios e secretarias estaduais também têm órgãos encarregados da produção ou organização de seus dados administrativos. Assim, o IBGE, agências estaduais de estatísticas e ministérios/secretarias integram, pois, o Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas no Brasil”. **Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil.** In <http://comciencia.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>, p. 3, acesso aos 03.06.2008, 12h. e 30min.



de Termo de Ajustamento de Conduta, que é, também, um excelente mecanismo para viabilizar o controle extrajudicial da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Os mecanismos processuais de proteção em abstrato e concentrado contra a inconstitucionalidade das leis e atos normativos, exercido perante as Cortes Constitucionais, não exclui a existência de outras formas de controle, tais como os exercidos pelos próprios Poderes Legiferantes, por intermédio do autocontrole da constitucionalidade, ou pelo Chefe do Poder Executivo, neste caso por meio do exercício do poder do veto. O referido mecanismo não exclui, ainda, o controle difuso e incidental da constitucionalidade, que possui natureza de garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da CF/1988)⁹⁴.

Assim, em sendo possível, é até mais recomendável o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante — seja por intermédio da revogação, seja por intermédio da alteração para adequação ao sistema constitucional da lei ou ato normativo apontado como inconstitucional.

Com efeito, é mais razoável provocar, primeiramente, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, deixando para depois, em caso de recusa do autocontrole da constitucionalidade pelo poder competente, a via do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade perante a Corte Constitucional competente.

Um dos fortes mecanismos de atuação do Ministério Público, que decorre da Constituição e está previsto expressamente no plano infraconstitucional, é a Recomendação, que poderá ser dirigida aos Poderes Públicos em geral e até mesmo aos particulares, a fim de que sejam respeitados os direitos assegurados constitucionalmente.⁹⁵

94 ALMEIDA, Gregório Assagra de, **Manual das ações constitucionais**, p. 690-1.

95 Sobre o assunto: PARISE, Elaine Martins; ALMEIDA, Gregório Assagra; LUCIANO, Júlio César; ALMEIDA, Renato Franco. **O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade**. In Boletim informativo *MPMG Jurídico*. Belo Horizonte: edição 001, setembro 2005, p. 16-7. Também acessível no endereço eletrônico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: www.mpmg.mp.br (Boletins MPMG). Também, ALMEIDA, Gregório Assagra de, **Manual das ações constitucionais**, p. 770-3.

O vício da inconstitucionalidade é o mais grave no âmbito de uma ordem jurídica democrática que valoriza a Constituição como a base do sistema. É por intermédio do controle da constitucionalidade que se faz observar a supremacia e a rigidez constitucionais, impedindo que leis e atos normativos infraconstitucionais possam colocar em risco os valores primaciais da sociedade, já consagrados constitucionalmente. Daí a importância da priorização, do planejamento e da sistematização dessa atribuição constitucional pelo Ministério Público, na sua função de guardião da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CF/1988).⁹⁶

2.4.6 - A NECESSIDADE DE SISTEMATIZAÇÃO E MAIOR INVESTIMENTO NA ATUAÇÃO EXTRAJURISDICIONAL

O modelo tradicional e antigo do Ministério Público, de caráter demandista, ainda é o que prevalece. Em inúmeras situações, os membros do Ministério Público, com destaque para as comarcas do interior, estão sufocados de atribuições processuais em demandas judiciais.

Nessas hipóteses, a atuação resolutiva, no plano extrajudicial, acaba sendo prejudicada, impedindo a devida inserção social da instituição ministerial. E o pior: o Judiciário vive uma verdadeira crise de efetividade, o que acaba por recair também sobre o Ministério Público e, nesses casos, em dose muito pesada, principalmente em razão do interesse social que está quase sempre presente nas demandas judiciais que justificam a sua atuação.

A atuação extrajudicial por intermédio das Recomendações, dos inquéritos civis, das audiências públicas e dos TACs é uma via necessária e muito eficaz para o Ministério Público cumprir os seus compromissos constitucionais perante a sociedade e ter ampliada a sua legitimidade social.

Por isso, são imprescindíveis a sistematização e a ampliação do investimento para fortalecer a atuação extrajudicial do Ministério Público. A mudança cultural interna para a compreensão do modelo de Ministério

⁹⁶ Nesse sentido, cabe destacar que foi criada, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade (Resolução PGJ-MG n° 75/2005), com as finalidades já apresentadas.



Público resolutivo faz-se necessária, especialmente com o preparo dos seus membros e servidores para o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos sociais.

2.4.7 - ATUAÇÃO VINCULADA À ESPECIFICAÇÃO FUNCIONAL DA INSTITUIÇÃO

O novo modelo constitucional implantado na CF/1988 para o Ministério Público vincula sua atuação e revela a real dimensão da sua especificação funcional. O artigo 127, *caput*, da CF é a cláusula-mãe e de toda e qualquer atribuição do Ministério Público, seja no plano da sua normatização em abstrato, seja no âmbito de sua aferição concreta. A cláusula aberta de encerramento das atribuições institucionais previstas no artigo 129, IX, da CF/1988, deve ser lida em perfeita sintonia com o artigo 127, acima citado.

Com efeito, a base da especificação funcional do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Qualquer espécie de atuação institucional deve estar atrelada a essas diretrizes constitucionais. As atribuições arroladas no artigo 129 da CF estão em perfeita correlação com o artigo 127, *caput*, da CF.

Lei infraconstitucional não poderá conferir ao Ministério Público atribuição que não observe essas diretrizes principiológicas. Leis anteriores à CF/1988, que se divorciaram do novo modelo constitucional, não foram recepcionadas. Tudo isso decorre da força normativa e irradiante da Constituição.

2.4.8 - ACOMPANHAMENTO DA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL E A FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS

Para o jurista Marcelo Zenkner, o Ministério Público precisa ingressar em uma nova fase, em que são fundamentais os resultados adequados e efetivos da sua atuação funcional. Em palestra proferida no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Zenkner afirmou que não é suficiente que o membro da instituição simplesmente ajuíze a ação e passe para o Poder Judiciário o problema. Torna-se cogente, como fator de ampliação da sua legitimação

social, que ele também acompanhe efetivamente a tramitação processual e tome medidas para garantir o rápido e adequado andamento processual, bem como a execução dos provimentos jurisdicionais, especialmente no que tange aos processos coletivos, em razão dos seus impactos sociais⁹⁷.

Estamos de pleno acordo com o talentoso jurista, que tem desenvolvido parte dos seus estudos para aprimorar a efetividade da atuação do Ministério Público⁹⁸. Em tempos atuais, a leitura do direito não mais se sustenta no plano abstrato; o plano da concretização é fundamental para compreensão do direito no neoconstitucionalismo.

É importante também que o membro da instituição acompanhe toda a instrução e diligencie para a produção necessária das provas para alcançar o resultado adequado da prestação jurisdicional. Nos Tribunais, é relevante o acompanhamento dos recursos e das ações de competência originária pelo órgão da instituição, que deverá até mesmo fazer sustentação oral nas hipóteses cabíveis.

2.4.9 - ADEQUAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PLANEJAMENTO FUNCIONAL ESTRATÉGICO DA INSTITUIÇÃO

O planejamento estratégico deve vincular todos os órgãos do Ministério Público. Não pode o órgão de execução alegar a independência funcional para deixar de cumprir as estratégias de atuação funcional da instituição, presentes nos seus planos e programas de atuação.

Nesse sentido, Marcelo Pedroso Goulart propõe uma revisitação na leitura dos princípios institucionais do Ministério Público. Diz ele que, no âmbito do seu objetivo estratégico de promoção da transformação social, o Ministério Público deve definir políticas públicas nos seus Planos e Programas

97 A palestra foi proferida na Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, no dia 22 de janeiro de 2008, às 14h, para o curso de formação dos novos Promotores de Justiça do XLVII Concurso, com o seguinte título: **Inquérito civil: técnicas de investigação em improbidade administrativa, formalização de TAC e de Recomendação.**

98 Vale a pena destacar a seguinte obra do autor: **Ministério Público e efetividade do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



de Atuação Institucional, com a fixação de metas prioritárias que orientem a atuação dos órgãos de execução e até mesmo da Administração Superior. Essas metas prioritárias devem ser seguidas pela instituição e por seus membros como decorrência do *princípio da unidade institucional*.

Para o autor, o *princípio da unidade* ganhou na CF/1988 conotação política, que supera as dimensões meramente administrativas que estavam presentes em sua concepção clássica, passando a informar e a orientar a própria atuação político-institucional do Ministério Público⁹⁹. Afirmo, também, Marcelo Goulart que o princípio da independência visa garantir ao órgão da instituição o exercício independente das suas atribuições funcionais

[...] tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito¹⁰⁰.

A independência funcional seria, nesse sentido, uma garantia da própria sociedade, antes mesmo de ser uma garantia do membro do Ministério Público, conforme conclui Marcelo Goulart:

O Ministério Público concretiza o objetivo estratégico abstratamente previsto na Constituição por meio da execução das metas prioritárias dos Planos e Programas de Atuação. Essas metas decorrem de imposição constitucional, portanto, contemplam hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público¹⁰¹.

99 Conceitua GOULART, Marcelo Pedroso: “*PRINCÍPIO DA UNIDADE — a atuação dos membros do Ministério Público deve estar voltada à consecução da estratégia institucional, qual seja: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República*”. **Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional**. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 714.

100 **Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional**. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 715.

101 **Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional**. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do

2.4.10 - REVISITAÇÃO DA ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE NO PROCESSO CIVIL COM BASE NA TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

São fundamentais a releitura e a reestruturação da atuação do Ministério Público no processo civil como órgão interveniente, com base na Teoria dos Direitos Fundamentais, especialmente naquilo que se relaciona com o direito à vida e sua existência com dignidade, núcleo básico e irradiante do sistema constitucional (Título II da CF/1988).

Devem ser destacadas também as hipóteses de interesse social, como as situações em que esteja presente, no processo civil, a necessidade de aferição da função social da propriedade, da função social do contrato e da função social da empresa. Nessas demandas, mesmo que sejam partes pessoas capazes (por exemplo, pessoas físicas ou empresas), também é necessária a participação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil, o que se daria por força de disposição constitucional que determina que a instituição atue na defesa dos interesses sociais (art. 127, *caput*, da CF/1988).

2.4.11 - UTILIZAÇÃO DOS PROJETOS SOCIAIS COMO NOVOS MECANISMOS DE ATUAÇÃO DA INSTITUIÇÃO

O rol dos instrumentos de atuação do Ministério Público não é exaustivo, o que também ocorre em relação às suas atribuições constitucionais, consoante se interpreta do artigo 129, IX, da CF/1988. Ademais, os direitos e garantias constitucionais fundamentais são consagrados tanto em dimensão formal quanto em dimensão material, nesse caso pela adoção da cláusula aberta prevista no § 2º do artigo 5º da CF/1988. Com efeito, tudo isso impõe uma atuação criativa do Ministério Público, tanto no plano jurisdicional quanto no extrajurisdicional, sendo que neste a instituição assume verdadeira função resolutiva.

Além do inquérito civil, da recomendação e do TAC, que possuem amparo no texto constitucional e no infraconstitucional, outros mecanismos legítimos, fundamentados no interesse social, poderão ser utilizados pelo Minis-

Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 715-6.



tério Pública para a defesa da sociedade (art. 1º, 3º, 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, todos da CF/1988). Com base na multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, as técnicas de atuação devem ser flexibilizadas para atender às necessidades do direito material. Outras técnicas legítimas de atuação também poderão ser utilizadas para atender às necessidades dos direitos e das garantias fundamentais, mesmo que não previstas expressamente em lei, como ocorre com a utilização de projetos sociais como legítimos mecanismos de atuação social pelo Ministério Público.

Os projetos sociais são verdadeiros mecanismos legítimos que poderão potencializar e qualificar a atuação social do Ministério Público, especialmente na promoção da transformação da realidade social de forma resolutiva e cooperativa (art. 3º, art. 127, *caput*, e art. 129, todos da CF/1988).

Nesse sentido foi pautado o belíssimo trabalho teórico, amparado em experiências concretas, desenvolvido pelo Promotor de Justiça Paulo César Vicente Lima, em seu mestrado, ao coordenar vários projetos sociais junto à Bacia do Rio São Francisco, com excelentes resultados concretos, utilizando-os como mecanismo de atuação do Ministério Público, acabando por desenvolver sua pesquisa científica a partir dessas experiências concretas ¹⁰².

Recentemente, foi elaborada a Carta das Famílias, como resultado do I Simpósio dos Direitos das Famílias, realizado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, onde consta a utilização de Projetos Sociais como um dos mecanismos de atuação na tutela coletiva no direito das famílias, conforme registra um dos seus enunciados:

Enunciado 4. O órgão do Ministério Público com atribuição na área da tutela do Direito das Famílias poderá instaurar inquérito civil, expedir recomendações, tomar termo de ajustamento de conduta, coordenar projetos sociais e ajuizar ações coletivas, entre elas a ação civil pública (arts. 3º, 127, *caput*, 129, III, da CF/1988 e art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985). (aprovado por unanimidade).

102 **O Ministério Público como instituição do desenvolvimento sustentável: reflexões a partir de experiências na bacia do Rio São Francisco.** 2008. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social). Universidade Estadual de Montes Claros.

Essa mesma orientação está presente no inciso XV do artigo 4º da Resolução PGJ nº 67, de 06 de outubro de 2010, que criou, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias.

Convém registrar a Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 3, de 31 de março de 2011, que regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, os procedimentos para a instauração, promoção e implementação de projetos sociais (PROPS), além de dar outras providências.

2.4.12 - FORMAÇÃO HUMANISTA, MULTIDISCIPLINAR E INTERDISCIPLINAR DOS MEMBROS E SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A NECESSIDADE DE CAPACITAÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS, CONFLITOS E PROBLEMAS PELO DIÁLOGO E PELO CONSENSO

Para que haja a concretização do novo Ministério Público, constitucionalmente delineado, faz-se necessária uma mudança cultural de mentalidade atrelada aos valores éticos e humanos que compõem o núcleo do direito no pós-Positivismo jurídico. A vida e sua existência com dignidade, em todos os seus planos, devem ser fatores de direcionamento da atuação institucional do Ministério Público.

Conforme bem ressaltou Jorge Alberto de Oliveira Marum:

[...] democracia não significa apenas liberdade, requerendo também justiça social e busca da igualdade material, ou seja, condições de vida, saúde, moradia, educação e alimentação adequadas, o que se realiza mediante a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Daí a profunda ligação entre o regime democrático, que cabe ao Ministério Público defender, e os direitos humanos¹⁰³.

Os cursos de ingresso, de vitaliciamento, de promoção na carreira e outros cursos que visem ao aperfeiçoamento funcional dos membros e servidores

103 **Ministério Público e direitos humanos**: *um estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa e na promoção dos direitos humanos*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006, p. 395.



do Ministério Público devem ser tratados a partir de uma visão humanística fundada na solidariedade coletiva e no direito à diferença. Os próprios editais dos concursos públicos para ingresso na instituição devem exigir o conhecimento sobre direitos humanos.

Por outro lado, a formação multidisciplinar e interdisciplinar é fundamental para que os membros e servidores do Ministério Público tenham uma visão mais holística da realidade social e das estratégias de atuação funcional da instituição.

Uma das características principais dos novos direitos, especialmente os de dimensão coletiva, é a sua extrema complexidade. O operador do direito tem dificuldade para compreender e interpretar adequadamente os direitos coletivos somente com fundamento nas diretrizes estabelecidas pela ordem jurídica. Esses direitos, em geral, exigem um grau de conhecimento que se baseie em outras áreas de conhecimento, tais como a engenharia, a biologia, agronomia, sociologia, economia, ciência política, geologia etc.

A interpretação fundada no diálogo multidisciplinar e interdisciplinar é o melhor caminho para a boa e adequada compreensão dos novos direitos de dimensão massificada. A tendência é no sentido de ampliação desse diálogo com outras áreas de conhecimento, caminho hoje imprescindível para a oxigenação e revigoração do próprio direito como instrumento de justiça e de transformação da realidade social.

Sustentando a necessidade de uma formação crítica e transdisciplinar do órgão do Ministério Público, afirma Antônio Alberto Machado:

[...] na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais', apesar de sua cultura formalista e unidimensional, está em condições de fazer do 'Promotor de Justiça' um operador do direito consciente de suas funções não só jurídicas, mas também políticas e sociais, pelo relacionamento transdisciplinar que doravante estará forçado a fazer entre a estrutura normativa do direito que aplica e as estruturas sociopolíticas que estão na gênese dos conflitos coletivos.¹⁰⁴

104 **Ministério Público: democracia e ensino jurídico**, p. 194.

A formação humanista e multidisciplinar é fundamental para que a instituição atue de modo humanizado na resolução das controvérsias, conflitos e problemas nos seus diversos campos de atuação. Priorizar a resolução dos conflitos pelo diálogo e pelo consenso é uma legítima maneira de humanização da resolução dos conflitos, fortalecendo a dimensão democrática dos mecanismos de resolução de conflitos com interpretação negociada e construtiva da norma jurídica diante da controvérsia, conflito ou problema a ser solucionado. As dimensões de democracia participativa e deliberativa estão sempre presentes como modelos para privilegiar e priorizar os processos autocompositivos como saída para superar a crise que vive o sistema de justiça.

3 - OS DOIS MODELOS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: O DEMANDISTA E O RESOLUTIVO E A IMPORTÂNCIA DE OS MEMBROS E SERVIDORES DA INSTITUIÇÃO ESTAREM PREPARADOS PARA A RESOLUÇÃO HUMANIZADA DAS CONTROVÉRSIAS, DOS CONFLITOS E DOS PROBLEMAS

Dentro do novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*. O Ministério Público *demandista*, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo-lhe a resolução de problemas sociais. Para o autor, isso é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados¹⁰⁵. O Ministério Público *resolutivo* é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Marcelo Goulart ainda ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público *resolutivo*, levando-se às últimas consequências o *princípio da autonomia funcional* com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados¹⁰⁶. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução

105 GOULART, Marcelo Pedroso, **Ministério público e democracia** — teoria e prática, p. 96. Também do mesmo autor, *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. No mesmo sentido, MACHADO, Antônio Alberto, **Ministério público: democracia e ensino jurídico**, p., p. 119-123.

106 Op. cit. notas anteriores, p. 120-121.



do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo.

Portanto, nesse contexto, a atuação extrajudicial da instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes, os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade. Novamente, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve:

[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da ‘sociedade civil planetária’; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação).¹⁰⁷

O Ministério Público *resolutivo*, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos

107 Op. cit. notas anteriores, p. 121-122.

valores democráticos fundamentais.¹⁰⁸

Alexandre Amaral Gavronski aponta como princípios gerais informadores da tutela extraprocessual coletiva: a) máxima efetividade possível; b) participação; c) criação e concretização dos direitos e interesses coletivos pela construção argumentativa do consenso; d) mínima formalidade necessária; e) complementariedade entre as técnicas extraprocessuais e processuais.¹⁰⁹

Para Luciano Luz Badini Martins e Luciano José Alvarenga, um dos traços característicos do Ministério Público brasileiro é sua legitimidade para atuar para resolver conflitos, sem a necessidade de demandar a intervenção do Judiciário. Para os autores, essa atuação se dá pela utilização de dois instrumentos:

[...] a) a recomendação, pela qual o MP dirige ao Poder Público uma orientação para o aprimoramento da prestação de um serviço de interesse da sociedade; b) o compromisso de ajustamento de conduta, um tipo de acordo extrajudicial (*out-of-court settlement*) por meio do qual uma pessoa ou empresa, que esteja a colocar em risco ou tenha causado danos em bens de interesse coletivo [...], assume obrigações de cessar a atividade ilícita, conformar sua conduta à legislação e reparar os danos causados.¹¹⁰

É nesse contexto que se torna imprescindível a capacitação do Ministério Público para a utilização dos diversos métodos de resolução de controvérsias, conflitos e problemas, especialmente em técnicas de negociação e de conciliação.

108 Mais uma vez colhem-se as lições de GOULART, Marcelo Pedrosa: “*Do ângulo político, só poderemos entender o promotor de justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico*”. Op. cit. notas anteriores, p. 98.

109 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**: a efetividade da tutela coletiva for a do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 274-94,

110 MARTINS, Luciano Luz Badini; ALVARENGA, Luciano José. **Ministério Público e atuação conforme territorialidade ecossistêmicas**: as promotorias de justiça hidrográficas. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; BADINI, Luciano. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 1.



4 - NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E PROCESSO RESTAURATIVO COMO LEGÍTIMAS TÉCNICAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

Como necessidade social, o paradigma da resolução adjudicada dos conflitos, representado pela atuação do Judiciário, está se alterando em diversas nações. Até mesmo no Brasil, em que o processo ainda é lento, a sociedade começa a tomar conhecimento de novas formas de solução de controvérsias e conflitos que estimulam preponderantemente a pacificação dos conflitantes e, com isso, possibilitam a celebração de acordos em que todas as partes envolvidas preservam seus interesses, não havendo a dicotomia entre um vencedor e um vencido. Um mecanismo de acesso à justiça em que um sai vencedor e o outro perdedor não resolve, em sua essência, a controvérsia ou o conflito. Ademais, convém ressaltar que a atividade substitutiva da jurisdição é subsidiária à da própria parte envolvida no litígio e, assim, não deve ser o principal método de resolução de conflitos ou de controvérsias, mas apenas um dentre os vários métodos possíveis^{111 112}.

Essas assertivas não pretendem mitigar a importante função do Judiciário, que é uma legítima instituição de acesso à justiça. O objetivo é ressaltar a importância dos novos mecanismos de resolução de conflitos que se mostrem mais flexíveis às suscetibilidades das partes, que estimulem a criação de um ambiente de diálogo e que funcionem como fator de agregação social, preservando os relacionamentos entre as pessoas. Contrapõe-se a atuação cooperativa à competitiva; busca-se a postura colaborativa, no lugar do embate aguerrido e, dessa forma, a realização do escopo social da justiça em seu sentido mais amplo, conferindo a relevância necessária aos mecanismos

111 DEMARCHI, Juliana; ROMANO, Michel Betenjane. **O acesso à ordem jurídica justa: em busca do processo adequado**. In Obra em homenagem a Kazuo Watanabe.

112 COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, cit., p. 151 e ss.; PAOLO, Luiso Francesco. **Presente e futuro della conciliazione in Itália**. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**, cit., p. 576; WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**, cit., p. 684-690.

consensuais de resolução de conflitos e controvérsias.^{113 114}

A “cultura da sentença”, que se materializa na busca preferencial pela solução adjudicada do conflito ou controvérsia, infelizmente ainda prevalece no Brasil. Isto apresenta alguns inconvenientes, pois as partes abrem mão da decisão de questões que poderiam ser resolvidas por elas próprias, e isso gera, de um lado, frustração quando do recebimento da decisão. De outro lado, o número de processos em andamento aumentou e tem aumentado em progressão geométrica, contribuindo para o enorme volume de trabalho de Juizes e servidores do Judiciário, intensificando a demora na prestação jurisdicional. Não é pretensão afirmar aqui que a utilização de meios consensuais de solução de conflitos é a única e principal solução para a atual situação de crise do Judiciário, manifestada pelo congestionamento dos tribunais e pela demora na tramitação dos feitos.^{115 116}

É necessário o despertar dos operadores do direito para as diversas possibilidades e mecanismos de solução de conflitos, superando-se dificuldades operacionais com a utilização de formas autocompositivas de solução de controvérsias, conflitos e problemas para a realização plena do acesso à ordem jurídica justa, por meio de mecanismos autocompositivos.

Como explica Carlos Eduardo de Vasconcelos, negociação, mediação e conciliação são apontados como meios ou métodos de resolução alternativa de disputas (ADRS – *Alternativa Dispute Resolutions*). Esses meios são conhecidos como Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias (MAS-Cs), também denominados de Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias (MESCs). Ressalta o autor, contudo: “o lugar de aplicação desses meios – ambiente judicial ou não – vem deixando de ocupar a centralidade,

113 DEMARCHI, Juliana; ROMANO, Michel Betenjane. **O acesso à ordem jurídica justa**: em busca do processo adequado. In Obra em homenagem a Kazuo Watanabe.

114 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, cit., v. 2, p. 836-837.

115 DEMARCHI, Juliana; ROMANO, Michel Betenjane. **O acesso à ordem jurídica justa**: em busca do processo adequado. In Obra em homenagem a Kazuo Watanabe.

116 JUSTIÇA em números: indicadores estatísticos do Poder judiciário – Ano 2004. In: RELATÓRIO Anual 2005. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2005.



daí a tendência em designá-los como meios de Resolução Apropriada (ou Adequada) de Disputas (RAD)¹¹⁷.

Há várias correntes e modelos no mundo sobre negociação e mediação.

A doutrina estrangeira geralmente destaca dois modelos de negociação. Na *negociação distributiva* as partes competem pela distribuição de um valor fixo. Nesse modelo, o que se questiona é qual das partes irá conseguir o maior valor. Portanto, como consta no guia de negociação da Harvard Business Essentials ¹¹⁸, a ganância de uma das partes se faz às expensas da outra. Já no modelo da *negociação integrativa*, as partes cooperam para alcançar os máximos benefícios, de modo a integrar seus interesses a um acordo que cria ou obtém valores.

Como o Ministério Público é representante adequado da sociedade na defesa dos seus direitos fundamentais, a instituição não tem espaço para transigir sobre o bem jurídico tutelado, de forma que o modelo da negociação integrativa mais se aproxima das suas atribuições como instituição que deve zelar pela justiça, porém com os limites impostos pela defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, nos termos das atribuições constitucionais da instituição. Portanto, é importante que se construa um modelo de negociação próprio para a atuação do Ministério Público, o que a instituição tem desenvolvido muito bem, em muitas experiências, com a atuação dos seus membros nos compromissos de ajustamento de conduta.

Por outro lado, em relação à mediação, observa-se que há também vários modelos. Convém destacar aqui alguns deles. Há o *modelo de Harvard*, que adota os métodos da negociação cooperativa, regida por quatro princípios informadores, bem delineados por John M. Haynes: a) a separação das pessoas do problema; b) a concentração nos interesses, e não nas posições; b) a necessidade de inversão das opções de ganhos mútuos; d) a insistência em critérios objetivos. Há o *modelo narrativo sistêmico*, desenvolvido por Sara

117 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Editora Método: São Paulo, 2012, p. 41.

118 ESSENTIALS, Harvard Business. **Negociación** – una guía para directivos ocupados (enfoques y conceptos para avanzar). Carlos Ganzinelli (traducción). Barcelona: Deusto, 2004, p. 2.

Cobb, que aborda a mediação como sendo um processo de comunicação entre as partes e seu objetivo é contribuir para que os mediados transformem suas histórias, assim como a maneira de interpretar e de falar a respeito do conflito. As técnicas comunicacionais são fundamentais nesse modelo de mediação. Por outro lado, destaca-se o *modelo da mediação transformadora*, desenvolvido por Joseph P. Folger, em que o mediador deve se comportar para transformar as relações dos mediados, de modo a valorizá-los na condição de pessoas. Nesse modelo o conflito é concebido como uma oportunidade de mudança e de transformação moral, o que traz a ideia de aumento do poder dos mediados (*empowerment*)¹¹⁹.

Acredita-se que o Ministério Público, nos planos de sua atuação, poderá adotar técnicas combinadas desses modelos, adequando-as às realidades dos problemas em que deverá atuar. Existem situações em que deverá ser seguida a informalidade, como nos casos de mediação comunitária, como há outros casos em que a mediação deverá ser um pouco mais formal, como nos casos de mediação familiar de relação de conflituosidade.

A construção de modelos próprios para a atuação do Ministério Público nos processos autocompositivos – tendo em vista, especialmente, as suas funções de fiscal da ordem jurídica e de defensor do regime democrático (art. 127 da CF/1988) – deverá guiar-se pelo modelo de teoria dos direitos fundamentais adotado na CF/1988, levando-se em consideração vários fatores, com destaque para a inserção dos direitos coletivos¹²⁰, amplamente considerados, como direitos fundamentais, assim como para o princípio da transformação social, consagrado nos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil, bem delineados no artigo 3º da Constituição.

Observa-se que tendo em vista os limites e as finalidades deste manual, sem espaço para grandes discussões teóricas, a compreensão sobre os mecanismos autocompositivos, principalmente sobre a negociação e a mediação, levou em consideração, fundamentalmente, a adaptação de sentido e de fun-

119 Para uma análise bem didática e sistematizada desses modelos, SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 160-8.

120 Em relação à mediação de conflitos que envolvem direitos coletivos, convém destacar SOUZA, Luciane Moessa. **Mediação de conflitos coletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.



ção da negociação, da mediação e de outros processos autocompositivos às atribuições constitucionais e infraconstitucionais do Ministério Público.

O que se nota é que a atuação do Ministério Público tem sido bem positiva e tem se destacado, principalmente porque a instituição tem intensificado sua atuação resolutiva, de modo que atualmente são nítidos dois modelos de atuação institucional: o demandista e o resolutivo. O resolutivo, que se materializa pela atuação extrajudicial, utiliza-se predominantemente dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, principalmente da negociação e da mediação. Contudo, na atuação demandista, como órgão agente ou interveniente nas demandas judiciais, a utilização das técnicas autocompositivas pelo Ministério Público, ainda tímida, é muito importante para ampliar a eficácia da sua atuação.

Tecidas as considerações acima, ressalta-se que a negociação é recomendada ao Ministério Público para as controvérsias ou conflitos em que a instituição possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, CF/1988). A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.

Paulo Valério Dal Pai Moraes e Márcia Amaral Corrêa de Moraes apontam como princípios da boa negociação: a) igualdade e diferença; b) confiança; c) equilíbrio; d) não resistência; e) vinculação ao atendimento do interesse.¹²¹

Já a mediação é recomendada ao Ministério Público para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é relevante a ação, direta e voluntária, de ambas as partes divergentes. Contudo, nos casos de mediação comunitária e de mediação escolar que envolvam a atuação do Ministério Público, é recomendável que sejam regidas pela máxima informalidade possível. Determinado setor da doutrina aponta como princípios da mediação: a) voluntariedade; b) autoridade dos mediados; c)

121 MORAES, Paulo Valério Dal Pai; CORRÊA DE MORAES, Márcia Amaral. **A negociação ética para agentes públicos e advogados**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89-126.

não adversariedade; d) imparcialidade; e) consensualidade; f) confidencialidade; g) flexibilidade e informalidade. ¹²²

Por outro lado, a conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos. A conciliação deve ser empreendida naquelas situações em que seja necessária a intervenção do membro do Ministério Público, servidor ou voluntário, regularmente capacitados para tal atividade, no sentido de propor soluções para a resolução de conflitos ou de controvérsias. Aplicam-se à conciliação o princípio da informalidade e, no que for cabível, os princípios e regras previstos para a negociação e a mediação.

Há também a atuação do Ministério Público por meio de processos restaurativos, que são recomendados nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos. Convém destacar que o processo restaurativo, no âmbito do Ministério Público, é aquele em que infrator, vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social. Dessa forma, o processo restaurativo deverá, sempre que possível, ser conduzido por facilitador qualificado, assim entendido aquele certificado pela Escola Institucional ou Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público.

Todos esses métodos, mecanismos ou meios de resolução consensual de controvérsias, conflitos e problemas podem e devem ser utilizados pelo Ministério Público para ampliar a sua legitimação social, promovendo a resolução consensual humanizada das causas submetidas à sua apreciação.

122 SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012, p. 144-5.



5 CONCLUSÕES

1. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inserida no novo constitucionalismo, adotou uma nova *summa divisio* no Título II, Capítulo I, alçando os direitos coletivos no plano da teoria dos direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, consagrando uma dicotomia constitucionalizada que deve orientar a aferição das atribuições constitucionais do Ministério Público nas dimensões jurisdicional e extrajurisdicional.
2. O Ministério Público brasileiro na Constituição do Brasil de 1988 passou a ser instituição de promoção da transformação da realidade social, assumindo natureza institucional autônoma que o retira da Sociedade Política e o insere, no plano da sua atuação funcional, na Sociedade Civil.
3. Com a CF/1988 passaram a existir nitidamente dois modelos constitucionais do Ministério Público: o demandista, de atuação jurisdicional, e o resolutivo, de atuação extrajurisdicional.
4. A partir da CF/1988, o Ministério Público abandonou a função de mero *custos legis* para assumir a função *custos societatis* e guardião da ordem jurídica (*custos juris*).
5. O Ministério Público é instituição permanente, de forma que ele e as suas atribuições, princípios e garantias constitucionais são cláusulas pétreas (superconstitucionais).
6. Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas (superconstitucionais) poderão ser ampliados, mas não poderão ser eliminados ou restringidos.
7. Existem vários fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público, sendo que a preocupação com esses fatores é muito importante para a concretização do novo perfil constitucional da instituição, especialmente no que tange à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF).

8. Entre outros, seriam fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público: a) a priorização da atuação preventiva; b) o exercício da função pedagógica da cidadania; c) a realização periódica de audiências públicas; d) o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais, especialmente por intermédio da fiscalização orçamentária e) a provocação articulada e sistematizada do controle da constitucionalidade; f) a ampliação e a estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo; g) a atuação vinculada à especificação funcional da instituição; h) o acompanhamento da tramitação processual e a fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais; i) a adequação da independência funcional do órgão do Ministério Público ao planejamento estratégico da instituição; j) a formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público e a capacitação dos membros e servidores para a resolução das controvérsias e conflitos pelo diálogo e pelo consenso; k) revisitação da atuação como órgão interveniente no processo civil, com base na teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais e nas hipóteses de presença de interesse social; l) utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação da instituição.

9. O membros e servidores do Ministério Público, tanto no modelo demandista quanto no modelo resolutivo, devem estar preparados para a resolução humanizada das controvérsias, dos conflitos e dos problemas.

10. A negociação, a mediação, a conciliação e o processo restaurativo são técnicas legítimas que fortalecem e ampliam a concepção do Ministério Público como instituição constitucional de acesso à justiça e garantia fundamental da sociedade.

11. A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, CF/1988).

12. A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.



13. A mediação é recomendada ao Ministério Público para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é relevante a ação, direta e voluntária, de ambas as partes divergentes.

13. A mediação comunitária e a mediação escolar, que envolvam a atuação do Ministério Público, são regidas pela máxima informalidade possível.

14. A conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos.

15. A conciliação será empreendida naquelas situações em que seja necessária a intervenção do membro do Ministério Público, servidor ou voluntário, regularmente capacitado para tal atividade, no sentido de propor soluções para a resolução de conflitos ou de controvérsias, sendo aplicáveis à conciliação o princípio da informalidade e, no que for cabível, os princípios e regras previstos para a negociação e a mediação.

16. Observa-se que a atuação do Ministério Público por intermédio de processo restaurativo é recomendada nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

17. No âmbito do Ministério Público, o processo restaurativo é aquele em que infrator, vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro** — um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** — superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: **Revista MPMG Jurídico**. Belo Horizonte: edição 001, setembro 2005, p. 13-6. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/revista-mpmg-juridico.htm>>. Acesso em 13/06/2014.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público. In: **Revista MPMG Jurídico**. Belo Horizonte. Ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 9-15. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/revista-mpmg-juridico.htm>>. Acesso em 13/06/2014.



ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo**. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas. Teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 2-82.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares Berclaz. **Ministério Público em ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional**. Salvador: Editora Podivm, 2010.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 58:129-73, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo**. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão *et al* (coords.). Ministério Público e a ordem social justa. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso dos consumidores à justiça**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARBONEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Bolonha: Il Molino, 1995.

DEMARCHI, Juliana; ROMANO, Michel Betenjane. **O acesso à ordem jurídica justa**: em busca do processo adequado. In Obra em homenagem a Kazuo Watanabe.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, 6. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 836-837.

ESSENTIALS, Harvard Business. **Negociación** – una guía para directivos ocupados (enfoques y conceptos para avanzar). Trad. Carlos Ganzinelli. Barcelona: Deusto, 2004.

FAVRETO, Rogério, GOMES JÚNIOR, Luiz MANOEL. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais alterações. In **Revista de Processo**: Revista dos Tribunais, v. 176:174-94, ano 34, outubro, 2009.

FISS, Owen. **Contra o acordo**. In: FISS, Owen; SILVA, Daniel Porto Godinho da; RÓS, Melina de Medeiros. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 121-145.

FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.



GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**: a efetividade da tutela coletiva for a do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 274-94.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Tutela coletiva**: visão geral e atuação extrajudicial. Brasília: ESMPU Manual de atuação, 2006.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia**: teoria e prática. São Paulo: Editora de direito, 1998.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GOULART, Marcelo Pedrosa. Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In **Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público**. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713-16.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

JANNUZZI, Paulo Martino. **Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil**. Disponível em: <<http://comciência.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>>. Acesso em: 03.06.2008.

JUSTIÇA em números: indicadores estatísticos do Poder judiciário –Ano 2004. In: **RELATÓRIO Anual 2005**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2005.

LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Paulo César Vicente. O Ministério Público como instituição do desenvolvimento sustentável: reflexões a partir de experiências na bacia do Rio São Francisco. 2008. **Dissertação** (Mestrado em Desenvolvimento Social). Universidade Estadual de Montes Claros.

MACHADO, Antonio Alberto. **Ministério público**: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MARTINS, Luciano Luz Badini; ALVARENGA, Luciano José. **Ministério Público e atuação conforme territorialidade ecossistemicas**: as promotorias de justiça hidrográficas. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; BADINI, Luciano. Meio Ambiente. - Coleção Ministério Público e Direitos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Ministério Público e direitos humanos**: um estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa e na promoção dos direitos humanos. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MILARÉ, Édís (coordenador). **Ação civil pública**: Lei 7.347/85 — 15 anos. São Paulo: RT, 2001.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; CORRÊA DE MORAES, Márcia Amaral. **A negociação ética para agentes públicos e advogados**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do processo? In: **Temas de direito processual**. sétima série, São Paulo: Saraiva, 2004, cit., p. 7-18.

MORIN, Edgar. **O pensamento complexo, um pensamento que pensa**. In: MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Lê. A inteligência da complexidade. 3. ed. Trad. Nirimar Maria Falci. São Paulo: Editora Peirópolis, 2000, p. 207-8.



MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão, ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (coords.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OUTO, Cláudio. **O tempo do direito alternativo** — uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

PAOLO, Luiso Francesco. **Presente e futuro della conciliazione in Italia**. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora DPJ, 2005, p. 576.

PARISE, Elaine Martins; ALMEIDA, Gregório Assagra; LUCIANO, Júlio César; ALMEIDA, Renato Franco. O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade. In: Revista MPMG Jurídico. Belo Horizonte: edição 001, setembro 2005, p. 16-7. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/revista-mpmg-juridico.htm>>. Acesso em 13/06/2014.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2002.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coords.). **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUZA, Luciane Moessa. **Mediação de conflitos coletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Editora Método: São Paulo, 2012, p. 41.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Trad. António Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

5

**Potencialidades e limites da
negociação e mediação conduzida
pelo Ministério Público**



Potencialidades e limites da negociação e mediação conduzida pelo Ministério Público

Alexandre Amaral Gavronski

De regra, nos meios autocompositivos, os próprios titulares dos direitos ou interesses se compõem, diretamente (negociação) ou com a contribuição de terceiros (conciliação e mediação).

O grande desafio da atuação do Ministério Público nessa seara é que a legitimidade coletiva a ele atribuída pela Constituição (art. 129, III) e as responsabilidades decorrentes de sua função de defensor dos direitos constitucionais ou *ombudsman* (art. 129, II), ou mesmo de outras funções previstas em lei e compatíveis com sua finalidade institucional (art. 129, IX c/c art. 127), como a de intervir em processos que envolvam determinados interesses individuais indisponíveis (de incapazes, por exemplo), destinam-se à promoção da defesa e de respeito a direitos e interesses dos quais não é titular: os direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, individuais homogêneos e os individuais indisponíveis. Paralelamente, a configuração constitucional do Ministério Público, incumbido de *promover* a justiça, impõe-lhe uma postura ativa, diferente do Poder Judiciário, incumbido de *realizar* a justiça quando provocado, dele se esperando imparcialidade.

Sendo assim, para o adequado uso dos métodos autocompositivos à luz de sua configuração e responsabilidades constitucionais, o Ministério Público deve identificar como adotar uma postura ativa, mesmo não sendo o titular dos direitos objetos da composição.

A autonomia e independência institucional de que gozam, respectivamente, a instituição e seus membros, ao lado das garantias destes e das demais au-

tonomias institucionais, conferem àquela e a estes a necessária estrutura e isenção para atuar na defesa dos direitos de que está incumbido o Ministério Público e assegurar equilíbrio nas autocomposições em que ele inexistente de fato. A necessária observância da lei serve, sempre, de parâmetro para as soluções. Entretanto, o equilíbrio assegurado pela participação do Ministério Público e a adoção da lei como parâmetro são apenas pressupostos para uma boa resolução alcançada pelo uso dos métodos autocompositivos. As peculiaridades da situação concreta e o fato de envolverem diretamente pessoas que têm seus próprios interesses a defender (o apontado responsável pela lesão ou ameaça a direito na negociação e os titulares, na mediação) exigem do membro do Ministério Público uma ampla compreensão dos limites e potencialidades do uso desses métodos pela instituição para que a contribuição seja efetiva e qualificada.

Este capítulo se destina a auxiliar na compreensão desse complexo desafio, enquanto os seguintes exploram as técnicas disponíveis tanto para negociação quanto para mediação conduzidas pelo Ministério Público.

Antes de avançar nesse objetivo, contudo, convém reafirmar que o adequado enfrentamento do desafio supõe a superação de uma postura tradicional de atuação tendente a restringir a postura ativa à propositura de ações judiciais para demandar ao Poder Judiciário o equacionamento (resolução) da lesão ou ameaça a direitos de cuja defesa está incumbida a instituição. Uma postura que identifica no Poder Judiciário o principal, quando não o único, responsável pela resolução dos conflitos e controvérsias jurídicas, e no Ministério Público a responsabilidade de apenas (bem) demandar essas resoluções ao Poder Judiciário.

Essa superação se insere num movimento que se tem desenvolvido internamente no Ministério Público nas últimas duas décadas de aposta institucional numa postura resolutiva, que se tem reconhecido como mais compatível com a configuração constitucional da instituição do que a postura demandista antes referida. Consolida-se a percepção de que uma postura que negue responsabilidade do Ministério Público com a efetiva resolução das questões nas quais é legitimado a atuar, quando isso for possível, é incompatível com a isonomia constitucional com o Poder Judiciário quanto a garantias, autonomias e remuneração. Entende-se que tal isonomia impõe também ao Ministério Público, o



compromisso com a resolução dos conflitos e controvérsias que lhe são apresentados sempre que puder contribuir decisivamente para alcançá-la.

Dentre os fatores que têm alterado esse quadro, vários já foram referidos nos capítulos anteriores deste manual, relacionados, essencialmente, à mudança da realidade social (crescentemente mais complexa e plural) e do paradigma jurídico (mais participativo, informal e negocial). Foram também determinantes o desenvolvimento e a consolidação do uso do inquérito civil, não apenas como instrumento destinado a instruir ações judiciais, mas também a identificar e viabilizar soluções para as questões apuradas, especialmente após a incorporação, no início da década de 90, de outros três novos e importantes instrumentos de atuação do Ministério Público fora do processo judicial: o compromisso de ajustamento de conduta, incluído na lei da ação civil pública em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor, a recomendação e a audiência pública, ambos previstos nas leis orgânicas, a Lei nº 8.625 e a Lei Complementar nº 75, ambas de 1993. Paralelamente, observou-se no Brasil, como vimos nos capítulos anteriores, uma crescente valorização dos métodos autocompositivos de solução de controvérsias. Todo esse contexto estimulou e instrumentalizou a atuação resolutiva do Ministério Público.

Retomando, então, o objeto e os desafios deste capítulo – potencialidades e limites da atuação do Ministério Público nos métodos autocompositivos – três questões principais se apresentam para análise e adequada compreensão:

- a) a indisponibilidade pelo Ministério Público em relação aos direitos que deve defender e os limites por ela impostos à autocomposição (a negociação, a mediação e a conciliação);
- b) a atuação do Ministério Público no processo de concretização do direito, ou seja, de sua interpretação para o caso concreto, pelos métodos autocompositivos, em especial na negociação;
- c) a legitimidade da autocomposição conduzida pelo Ministério Público: o consenso válido e a correção da solução jurídica à luz do ordenamento jurídico.

A cada uma dessas questões destinaremos um dos tópicos na sequência.

A) A INDISPONIBILIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS QUE DEVE DEFENDER E OS LIMITES POR ELA IMPOSTOS À AUTOCOMPOSIÇÃO

Na tutela coletiva, isto é, na proteção jurídica dos direitos coletivos ou na proteção coletiva dos direitos individuais, o Ministério Público atua como autêntico negociador, compondo, diretamente com o responsável pela lesão ou ameaça, a solução jurídica destinada a assegurar efetividade aos direitos em questão. Em ações individuais nas quais intervém, o Ministério Público pode atuar tanto como mediador quanto conciliador, orientando as partes a uma composição que preserve os interesses que motivam a sua intervenção (interesses de incapazes, por exemplo). Assim é, também, quando chamado a contribuir para a composição consensual de um conflito fático que demanda solução urgente paralela ao processo judicial, como a ocupação de uma rodovia, de terras ou de um prédio por representantes de movimentos sociais ou de determinado grupo social (como os índios). Ou mesmo quando chamado a contribuir para a composição consensual de um conflito jurídico de interesse social cujos atores envolvidos, não obstante detenham autonomia e estrutura para se autocomporem ou demandarem em juízo, preferem contar com a atuação do Ministério Público como mediador ou conciliador¹²³.

Em todos esses casos, o Ministério Público não é o titular dos direitos que são objetos da composição e, ainda assim, atua para viabilizá-la sem a intervenção do Poder Judiciário. É natural, assim, que haja limites a essa sua atuação.

123 Tome-se como exemplo a atuação como mediador do Ministério Público Federal nos anos de 2011 e 2012 em controvérsia estabelecida entre o Hospital de Clínicas de Porto Alegre (empresa pública federal) e a Igreja Católica quanto à desocupação, por esta, da área destinada à Capela do hospital, utilizada por ela com exclusividade por mais de duas décadas. Depois de ouvir atentamente ambas as partes e bem compreender os argumentos de cada uma, recomendou-lhes o Ministério Público Federal solução que buscou preservar os interesses legítimos de cada qual: do hospital, de dar à área outra destinação e findar a exclusividade de uso da Igreja Católica sobre área pública, da Igreja de assegurar espaço apropriado para ministrar adequada assistência religiosa aos católicos que dela precisassem. A recomendação foi para que outra área do hospital, com espaço e dimensionamento adequados, fosse destinada a um uso inter-religioso para cuja configuração a Igreja Católica contribuiria por meio do grupo inter-religioso existente em Porto Alegre, reconhecido pela municipalidade, e do qual participa. Enquanto não viabilizado o novo espaço, a Igreja Católica continuaria a utilizar o espaço que vinha ocupando.



É bem sabido que em razão da natureza transindividual dos **direitos difusos e coletivos** fica inviabilizada a legitimidade ordinária de que trata o artigo 6º, CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. **O legitimado coletivo, o Ministério Público, atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano de titulares de direito** (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas – art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC) **que não tem personalidade judiciária**, não podendo, portanto, atuar em juízo para proteger os seus direitos, salvo raras exceções (como ocorre com as populações indígenas, em razão do que dispõe o art. 232 da CF)¹²⁴. Assim como não podem ir a juízo, essas coletividades, em razão da dispersão, de regra não dispõem de condições de negociar seus direitos coletivamente. Quando, de alguma forma, se organizam, encontram na maioria das vezes dificuldades de natureza estrutural, técnica, de independência e de legitimidade para fazê-lo.

Essa legitimidade, tratada por alguns como autêntica hipótese de substituição processual¹²⁵ e por outros, como legitimidade autônoma para condução do processo¹²⁶, estende-se para a atuação fora do processo judicial, em razão da previsão legal de instrumentos destinados a instruí-lo (inclusive para a identificação de possíveis soluções) ou evitá-lo, como o inquérito civil, a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta¹²⁷.

Situação um pouco diversa é a da **legitimidade para defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos**, dado que estes possuem titulares identificáveis e que podem, isoladamente, defender em juízo os seus direitos, pois esses direitos são, por natureza, divisíveis. Nesse caso, a tutela coletiva é uma opção legislativa de racionalização do acesso à justiça, não uma ne-

124 Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4, *Processo Coletivo*, 4ª ed., p. 201. Os autores, contudo, diversamente do nosso entendimento, aplicam esse mesmo raciocínio para a legitimidade para defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos.

125 Teori Zavascki, *Processo Coletivo*, Editora Revista dos Tribunais, p. 76

126 Nelson Nery Jr e Rosa Andrade Nery, *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, nos comentários ao art. 5º, LACP; Ricardo de Barros Leonel, *Manual do Processo Coletivo*, 2002, p. 160-1, e, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4, *Processo Coletivo*, 4ª ed., p. 201), com a ressalva feita acima quanto a estes últimos autores.

127 Nesse sentido: GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual do Procurador da República*. Salvador: Jus Podium, 2013.

cessidade decorrente da natureza dos direitos. Aqui se trata, tipicamente, de **legitimidade extraordinária** ou de substituição processual¹²⁸. Essa titularidade individual aumenta as limitações do legitimado coletivo.

De qualquer modo, trate-se de legitimidade autônoma para a condução do processo para defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, trate-se de legitimidade extraordinária para defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, a doutrina especializada é praticamente unânime em afirmar que, atuando o legitimado coletivo em defesa de direitos de outrem, não pode dispor desses direitos. **A legitimidade em questão é para a atuação processual e extraprocessual** (esta, como sustentamos, por extensão) destinada à **defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, não para a relação de direito material**. Destarte, **não pode o legitimado, não sendo titular dos direitos que deve defender, deles dispor nem a eles renunciar**, não podendo abdicar do quanto previsto em lei, pois esta faculdade só é conferida a quem titulariza o direito (desde que ele seja, por natureza, disponível). Pode – e a distinção ajuda a compreender a questão – desistir fundamentadamente da ação proposta para defesa desses direitos (art. 5º, §3º, LACP¹²⁹), pois a desistência está no campo do direito ou da relação processual, não no campo da relação de direito material¹³⁰.

Daí se dizer que **os direitos coletivos (*lato sensu*) são indisponíveis para os legitimados coletivos**, independente da natureza desses direitos, ou seja, se materialmente disponíveis ou indisponíveis pelo próprio titular.

Da indisponibilidade dos direitos coletivos pelo Ministério Público, como legitimado que é para sua defesa, muitos concluem pela impossibilidade de ne-

128 Nesse sentido, toda a doutrina antes citada à exceção de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, que entendem, como registrado em nota acima, que mesmo para os direitos individuais homogêneos a legitimidade é autônoma para a condução do processo, dado que eles são apenas abstratamente considerados. Em nosso entender, se assim fosse, não se poderia admitir a intervenção dos titulares dos direitos individuais na fase de conhecimento da ação coletiva destinada a defendê-los, como o faz explicitamente a lei (art. 94, CDC)

129 § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

130 Cf., a propósito da distinção, o excelente comentário de Suzana Henriques da Costa ao art 5º, §3º, da LACP, in COSTA, Susana Henriques da (Coord). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 417-421..



gociação em tutela coletiva pelo Ministério Público. No que respeita aos direitos individuais indisponíveis ou de incapazes (indisponíveis pelo seu titular), há quem sustente não haver espaço para composição consensual que não contemple o reconhecimento dos direitos pelo réu, tal qual demandados na ação.

Esta conclusão parte da premissa de que negociação ou autocomposição importa, necessariamente, na disposição sobre o direito, premissa que está amparada na concepção de transação que orienta o direito privado e está disciplinada nos arts. 840-850 do Código Civil.

A premissa é equivocada. **É, sem dúvida, possível a negociação em tutela coletiva sem que haja disposição sobre os direitos coletivos pelos legitimados a defendê-los**¹³¹, residindo o equívoco fundamental, justamente, na confusão entre essa negociação e a transação do direito civil.¹³² Sem dúvida, a negociação em tutela coletiva não comporta, como a transação, concessões sobre o *conteúdo* dos direitos (renúncias), ao menos não por parte dos legitimados coletivos em relação aos direitos coletivos que defendem, titularizados por terceiros que não participam, via de regra, da negociação. Da negociação em tutela coletiva resulta, sempre, um negócio jurídico *sui generis*, marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos¹³³.

Raciocínio equivalente se aplica à autocomposição envolvendo direitos individuais indisponíveis promovida pelo Ministério Público.

Na verdade, ocorrem amiúde negociações em tutela coletiva, tanto fora do processo judicial, em especial nos compromissos de ajustamento de conduta, principal instrumento extraprocessual de negociação, como em seu curso, por meio dos acordos firmados entre os legitimados coletivos e os réus em ações civis públicas ou em ações coletivas e homologados judicialmente. É usual – e muitas vezes do interesse dos incapazes, especialmente

131 O raciocínio desenvolvido na sequência reproduz o constante no *Manual do Procurador da República*, op. cit., p. 684-87.

132 Para aprofundar as distinções entre negociação em tutela coletiva e transação, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, op. cit., p. 382-384.

133 Também distinguindo o TAC da transação e discorrendo de forma aprofundada sobre sua natureza de negócio jurídico *sui generis* v. RODRIGUES, Geisa. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141-159.

quando para tanto contribui qualificadamente o Ministério Público – a composição consensual de uma lide que envolva direitos deles.

No Ministério Público, na verdade, inúmeras negociações dentro e fora do processo judicial ocorrem a cada ano, com grande reconhecimento institucional e social das vantagens dessa técnica de atuação. A cada ano, milhares de processos envolvendo incapazes são objeto de composições consensuais.

Considerando tal contexto, fica evidente a utilidade de se estudar, neste manual, ainda que superficialmente, a possibilidade e limites da negociação em sede de tutela coletiva e a autocomposição em ações envolvendo incapazes ou direitos indisponíveis. Para tanto, **impende distinguir disposição dos direitos coletivos e sua concretização. É desta última que tratamos no próximo tópico.**

B) O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO PELOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

A **doutrina** especializada em compromisso de ajustamento de conduta – o principal instrumento jurídico para formalizar negociações do Ministério Público – **costuma admitir a sua utilização para o fim de especificar as condições de modo, tempo e, às vezes, lugar para a implementação dos direitos coletivos que ele se destina a proteger, o que não se confunde com dispensa das obrigações previstas em lei e, portanto, com disposição ou renúncia do direito, ambas vedadas.**¹³⁴ Em razão desses limites para negociação do TAC, decorrentes de suas peculiaridades como instrumento de negociação conferido a quem não é o titular dos direitos

134 Cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 176. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, op. cit., p. 382-3. Ambos ressaltam, contudo, que as especificações de modo, tempo e lugar devem ser adequadas (proporcionais) e suficientes à tutela dos direitos coletivos protegidos, sendo passíveis de questionamento judicial em caso contrário (respectivamente, nas p. 201-202 e 173-174 e 403-418). Também reconhecendo liberdade do órgão público tomador do compromisso estritamente para especificar a forma pela qual se darão as medidas corretivas e o tempo, este o mais exíguo possível, e ressaltando que o TAC deve abarcar a totalidade das medidas necessárias à reparação do bem lesado ou ao afastamento do risco do bem jurídico de natureza difusa ou coletiva, v. AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68-71.



negociados, a mesma doutrina nega a natureza de transação para o TAC, demonstrando a impropriedade de se aplicar a esse instrumento uma lógica própria do direito privado, ora lhe atribuindo natureza de negócio jurídico *sui generis*¹³⁵, ora de acordo em sentido estrito¹³⁶.

A afirmação é correta, sem dúvida, mas insuficiente para explorar e explicar todas as potencialidades da autocomposição de controvérsias jurídicas em sede de tutela coletiva. E é justamente nesta área, dada sua complexidade fática e, com frequência, acentuada interdisciplinaridade das questões envolvidas, que a atuação do Ministério Público como negociador se mostra mais importante, face às dificuldades da via tradicional do processo judicial, com sua lógica adversarial de solução por um terceiro, para a construção de soluções jurídicas de qualidade que se efetivem em tempo razoável.

Basta lembrar que o instrumento também pode ser utilizado **para definição de conceitos jurídicos indeterminados sobre cuja interpretação haja controvérsia que prejudique a efetividade da norma, bem como para dimensionar adequadamente, à luz do caso concreto, o alcance de princípios jurídicos aplicáveis, permitindo-se com isso, inclusive, uma interpretação que transcenda o conteúdo específico da regra jurídica aplicável.**

Por isso, entendemos que auxilia na compreensão do que faz o Ministério Público quando negocia em sede de tutela coletiva, ou quando atua como mediador ou conciliador, identificar essa atuação com uma posição de protagonismo na concretização do direito, ou seja, na sua interpretação para o caso concreto. Em outras palavras, quando negocia um TAC ou quando expede uma recomendação destinada a ensejar uma solução consensual para determinada controvérsia jurídica, o Ministério Público está *concretizando o direito*, vale dizer, interpretando o direito posto – não apenas a regra jurídica aplicável ao caso, mas todo o sistema jurídico – à luz da situação concreta no intuito de identificar a *norma do caso concreto*¹³⁷. Ele está iden-

135 Nesse sentido, Geisa Rodrigues e Alexandre Gavronski, nas obras citadas.

136 Posição de Fernando Akaoui, op. cit.

137 Nesse sentido, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*, op. cit., p. 118-134, e, especificamente quanto ao TAC como instrumento de concretização do direito, v. *Manual do Procurador da República*. Salvador: Jus Podium, p. 803-806.

tificando qual(is) regra(s) e princípio(s) jurídico(s) se aplica(m) para determinada situação e de que modo.

Assim, quando o membro Ministério Público, num TAC ou numa Recomendação, especifica as condições de modo, tempo e lugar para implementação de determinado direito, ou o conteúdo de algum conceito jurídico indeterminado, ou, ainda, identifica as consequências de aplicação de determinada regra ou princípio jurídico para, no caso concreto, bem definir as obrigações do apontado responsável pela ameaça ou lesão a direitos coletivos que são necessárias para prevenir ou corrigir uma ou outra, não está dispondo desses direitos, mas antes os concretizando, vale dizer, interpretando-os à luz do caso concreto e definindo os elementos essenciais para sua efetiva implementação. **Bem ao contrário de disposição, o que se está fazendo é afirmar o direito e definir condições e especificações sem as quais sua efetividade ficaria prejudicada.**¹³⁸ Mesmo naqueles TACs mais simples, em que o Ministério Público apenas toma do responsável pela lesão ou ameaça a direito o compromisso de cumprir a lei sob pena de multa diária ou outra cominação, o que se está fazendo é afirmar a aplicabilidade do direito àquele caso concreto, concretizando-o, pois, e contribuindo com sua efetividade por meio da pactuação de cominações exigíveis.

Foi a doutrina alemã que introduziu no meio jurídico a denominação *concretização (ou concreção) do direito*¹³⁹ para descrever o processo hermenêutico que, superando a chamada interpretação-subsunção típica do Positivismo Jurídico, identifica a norma do caso concreto a partir da situação fática objeto de interpretação e da interpretação do sistema jurídico como um todo, não apenas da regra aplicável por mera dedução lógica¹⁴⁰. Entre

138 Para aprofundar o conceito de concretização do direito sob a perspectiva de atuação dos legitimados coletivos, os limites dessa atuação e seus critérios balizadores, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, op. cit., em especial no terceiro capítulo (p. 116-184) e no subtópico 8.3.2 (p. 399-403), destinado, justamente, ao estudo da negociação em tutela coletiva e a indisponibilidade dos direitos coletivos. Para uma visão mais prática, em boa parte reproduzida neste manual, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual do Procurador da República*, op. cit., p. 641, 684-687 e 747-8.

139 Conforme anota Fabiano Menke, no artigo A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos direitos, in *Revista da Ajuris*, n. 103, p. 79

140 Cf. Karl Larenz, em seu *Metodologia da Ciência do Direito* (Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª edição, 1997), em capítulo intitulado *O abandono do positivismo na primeira*



nós, o tema é mais estudado na Teoria do Direito¹⁴¹, no Direito Constitucional¹⁴² e no Direito Privado¹⁴³, sendo ainda pouco difundida a abordagem sob a perspectiva de atuação do Direito Público nos temas autocompositivos, a despeito de sua utilidade, como ficará evidenciado.

É bem sabido que a evolução da Teoria do Direito e especificamente da Hermenêutica Jurídica no século XX levou à superação do Positivismo Jurídico e de seu processo hermenêutico exclusivamente lógico de interpretação-subsunção. Esse processo de aplicação mecânica da lei, vista como a regra jurídica aplicável, amparado numa mera confrontação entre uma premissa maior (o tipo legal) e a premissa menor (os fatos postos no caso concreto) para se chegar à conclusão única e preexistente da consequência legal para a hipótese fática vertente, já não se mostrava compatível com a evolução da sociedade e do direito.

A edição crescente de normas com conceitos jurídicos indeterminados, o reconhecimento da força normativa impositiva dos princípios jurídicos e a disseminação da positivação de cláusulas gerais dos contratos, ensejaram uma verdadeira revolução na hermenêutica jurídica moderna e abriram inúmeras possibilidades de interpretação, mudanças bastante apropriadas para a complexidade fática da vida moderna. O direito brasileiro é repleto de exemplos desses conceitos jurídicos indeterminados, como o de *excessiva onerosidade*, de princípios jurídicos de grande aplicabilidade, como o da vulnerabilidade dos consumidores, e de cláusulas gerais, como a da boa-fé objetiva, para ficarmos apenas em alguns exemplos extraídos de uma lei em absoluta sintonia com o novo contexto jurídico, o Código de Defesa do Consumidor.

metade do século XX, no qual faz referência ao trabalho precursor de Walther Schönfeld, de 1931, e à monografia de Karl Engisch, de 1953, intitulada *A ideia da concretização no Direito e na Ciência do Direito em nosso Tempo*)

141 ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-465.

142 TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006, notadamente nas p. 58-63.

143 MENKE, Fabiano, *op. cit.* .

Conquanto os estudos sobre concretização do direito usualmente se voltem para a função desempenhada pelo Juiz no sistema de justiça, a doutrina pátria e estrangeira tem se ocupado de demonstrar a inevitável ampliação do círculo de intérpretes-concretizadores como consequência do crescente pluralismo social e da preocupação com a democratização da interpretação do direito e conseqüente acréscimo de sua legitimidade e adaptabilidade aos desafios jurídicos contemporâneos¹⁴⁴. Consolida-se, paralelamente, a percepção de que apenas a *aplicação do direito*, entendida como última fase, nem sempre necessária, do processo de concretização, que compreende a possibilidade de sua imposição forçada, é restrita aos órgãos oficiais autorizados a *fazer atuar* o direito, inclusive com o recurso à força, quando não se mostrar viável a solução pacífica e voluntária das controvérsias jurídicas¹⁴⁵, destacando-se nesse grupo os membros do Poder Judiciário, mas nele se incluindo também os agentes públicos dotados do poder de polícia.

A inclusão do Ministério Público nesse rol de *intérpretes-concretizadores* decorre do próprio ordenamento jurídico, que confere à instituição o poder de “tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (art. 5º, § 6º, Lei nº 7.347/1985) e o poder de expedir Recomendações “visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis” (art. 6º, XX, LC nº 75/1993, aplicável a todo Ministério Público por força do art. 80 da Lei nº 8.625/1993). Dessa forma, o próprio sistema jurídico trata de reconhecer eficácia de título extrajudicial à interpretação que se consubstancia no TAC e a permitir que a Recomendação seja utilizada como fundamento legítimo para a adoção das medidas nela elencadas.

144 Duas referências teóricas importantes para essa evolução podem ser identificadas nas obras de Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, e de Friedrich Müller, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, ambas escritas na década de 1970, a mesma do surgimento do movimento do acesso à justiça. Demonstrando a aplicabilidade desse raciocínio, desenvolvido originalmente sob a perspectiva do direito constitucional, à atuação dos legitimados à tutela coletiva no Brasil, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*, op. cit., p. 118-134, em tópico intitulado “Da possibilidade de concretização e criação do direito fora do processo judicial”.

145 Faz essa distinção, por exemplo, André Ramos Tavares, op. cit., p. 69-72.



Dois exemplos auxiliarão a compreender a atuação do Ministério Público no processo de concretização do direito por meio dos instrumentos que lhe são disponibilizados para autocomposição em tutela coletiva.

Há, sabidamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, CF), do qual decorrem a proibição de poluir e a possibilidade de responsabilização do poluidor.

Diante de uma suspeita de poluição no mar ou em um rio, o Ministério Público precisará investigá-la e, constatando-a, poderá propor uma ação contra o responsável para evitar que ela persista e alcançar uma indenização ou, se for possível, a recomposição ambiental. O Juiz a quem a causa for distribuída, depois de instruído o processo e constatado que os efluentes lançados ao mar são, de fato, poluentes, interpretará o direito vigente e, à luz dos vários princípios aplicáveis (por exemplo, o da prevalência da tutela específica em face da indenizatória, o da razoabilidade etc.), imporá uma obrigação destinada a evitar que a poluição persista (colocação de um filtro, criação de uma estação de tratamento de esgoto etc.), fixando um prazo para que o responsável implemente essa obrigação à luz das peculiaridades do caso (6 meses por exemplo), e fixará o dever de reparar o dano (adotando medidas para despoluir o rio ou mar, recompondo a fauna atingida etc.) ou, se impossível, estabelecerá um valor de indenização. Poderá, também, à luz da prova, identificar que determinados efluentes não são poluidores, pelo que podem continuar sendo lançados ao rio ou mar. Ao assim agir, o Juiz estará *concretizando* o direito ao meio ambiente equilibrado para aquela dada situação que lhe foi levada à apreciação, vale dizer, estará interpretando o direito à luz do caso concreto e a favor desse caso. Na mesma sentença, o magistrado especificará as cominações às quais o réu estará sujeito se descumprir as imposições constantes da sentença. Descumpridas, caberá ao Juiz, e só a ele, *aplicar* o direito *concretizado* na sentença, impondo ao réu a conduta, inclusive mediante o uso de força, quando possível, ou o pagamento das cominações.

De modo similar, poderá o Ministério Público, legitimado coletivo ao qual a lei conferiu o instrumento do compromisso de ajustamento de conduta, especificar ele próprio, de forma negociada com o responsável (consensual, portanto), as condições de implementação do mesmo direito, concretizá-

lo, sem a necessidade do processo judicial. Poderá, assim, após constatada a poluição, especificar o filtro que deverá ser implantado, o prazo que o responsável disporá para fazê-lo, o modo de recomposição do dano ou o valor da indenização. Poderá, outrossim, concluir que, à luz da prova colhida no inquérito civil, determinado efluente não é poluidor, hipótese em que promoverá o arquivamento do inquérito civil se este efluente for o único lançado, ficando a promoção de arquivamento sujeita à homologação de órgão colegiado superior (Conselho Superior nos Ministérios Públicos Estaduais e Câmaras de Coordenação e Revisão no Ministério Público da União). Neste caso, a atividade não será interrompida, ao menos não por provocação do Ministério Público.

Destaque-se que o arquivamento homologado não é em si um ato de disposição do direito material, mas, no máximo, do direito processual de ajuizar a competente ação civil pública, disposição esta que se deve reconhecer ao Ministério Público como instituição colegitimada à tutela coletiva¹⁴⁶. Se vários efluentes estiverem sendo lançados, uns poluentes outros não, na negociação ficarão especificados aqueles cujo lançamento ficará proibido. O Ministério Público não estará, nestes casos, *dispondo* sobre o direito ao meio ambiente equilibrado, mas, ao contrário, concretizando-o, afirmando sua efetividade e os elementos essenciais para sua implementação no caso concreto em análise, ou concluindo pela sua não incidência à hipótese. Poderá fazê-lo também no curso da ação, firmando com o(s) réu(s) um acordo que, neste caso, por estar a questão judicializada, precisará ser levado à homologação judicial.

Vejamos outro exemplo. A disciplina regulatória nas telecomunicações prevê o direito dos consumidores ao atendimento pessoal, dispondo que pode ser terceirizado, desde que se assegure resolutividade, sem especificar como se deve implementar esse direito, nem o que se compreenda por resoluti-

146 Para aprofundar a fundamentação em favor da possibilidade de o Ministério Público, enquanto Instituição – ou seja, tomando o arquivamento como ato complexo para o qual deve necessariamente concorrer a posição do órgão de execução com a do órgão superior – “dispor” legitimamente do direito de ação e a diferença dessa disposição daquela do direito material (esta, proibida), à luz da configuração constitucional da legitimidade coletiva (em especial da opção por uma concorrência disjuntiva no art. 129, §1º, CF e art. 5º, LACP), das distinções entre a legitimidade para a ação penal (privativa) e para a ação civil pública (concorrente disjuntiva), a tornar inaplicável, ao menos nos mesmos termos, o princípio da obrigatoriedade da ação, e da disciplina legal relacionada à desistência da ação civil pública (art. 5º, §3º, LACP), cf. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual do Procurador da República*, op. cit., p. 691-693.



vidade desse atendimento¹⁴⁷. É bem conhecida a realidade desse serviço e a acentuada vulnerabilidade dos consumidores num serviço marcadamente massificado como o das telecomunicações. Diante de um quadro de grave inefetividade desse direito, com postos de atendimento que se limitem a disponibilizar um telefone com linha direta para o sistema de *call center*, e que não apresentem nenhuma resolutividade, pode ser necessária uma atuação do Ministério Público destinada a *concretizar* o referido direito. Nessa concretização, poderá se estabelecer, por exemplo, à luz de princípios como a vulnerabilidade dos consumidores (art. 4º, I, CDC), do qual decorre o dever de proteção, e dos direitos básicos à efetiva prevenção contra danos e à facilitação da defesa de seus direitos (art. 6º, VI e VIII), a obrigação da prestadora de fornecer um comprovante de atendimento especificando o que foi solicitado, bem como especificando que “resolutivo” é o atendimento que dispensa qualquer outro contato do consumidor com a empresa para efetivamente solucionar sua demanda, prevendo, inclusive, direito do consumidor ao valor de uma multa em caso contrário.

Essa concretização pode ser buscada judicialmente, pleiteando-se também uma vultosa indenização destinada a desestimular a continuidade na violação dos direitos, por meio de uma ação coletiva de consumo. Poderá, diversamente, de modo mais célere e com vantagens para sua implementação, ser negociada com a prestadora, vindo o resultado da negociação a se consubstanciar em um compromisso de ajustamento de conduta. Esse compromisso servirá de *norma do caso concreto* e poderá, se descumprido, ser objeto de ação judicial para exigir seu cumprimento, sem que se questione o seu conteúdo, que foi objeto de composição.

O objeto de composição, em cada um dos casos citados, é a própria concretização do direito, a especificação dos elementos necessários à sua implementação no determinado caso concreto.

Note-se que nessa composição a negociação não se confunde com disposição sobre o direito, o que só ocorreria se o Ministério Público ou outro colegitimado, por meio do TAC, permitisse a continuidade por tempo inde-

147 Art. 32 do Plano Geral de Metas de Qualidade da Telefonia Móvel, aprovado pela Resolução n. 341/2003 da ANATEL.

terminado da atividade poluidora, como tal constatada na instrução, exigindo apenas, por exemplo, que o responsável pagasse determinado valor ao fundo dos direitos difusos (art. 13, LACP) ou, ainda mais grave, destinasse a indenização diretamente ao compromitente. Igualmente, haveria disposição se o Ministério Público, ou qualquer outro legitimado coletivo, dispensasse o atendimento pessoal por meio do compromisso. Tais composições jurídicas seriam absolutamente inválidas porque o legitimado coletivo estaria, de fato, dispondo de direitos que não são seus.

Situação diversa ocorre quando, na concretização do direito resultante da autocomposição, a especificação dos elementos necessários é inadequada, insuficiente ou desproporcional à proteção dos direitos. É o caso da fixação de prazo injustificadamente dilatado para adoção das providências necessárias à cessação da atividade poluidora ou da previsão de meios insuficientes para evitá-la ou da previsão de um atendimento pessoal que, por exemplo, admita como tal a mera disponibilização de um acesso telefônico aos *call centers*. Todos esses casos ensejam correção judicial do TAC ou de outra solução jurídica resultante da autocomposição (como ocorre, por exemplo, quando uma recomendação atendida), pelo próprio Ministério Público ou por outro legitimado coletivo.

Para fundamentar a correção judicial e assegurar o interesse de agir na respectiva ação judicial, entretanto, será suficiente invocar a imprescindibilidade do acesso à justiça dos direitos coletivos e demonstrar fundamentadamente a invalidade da solução jurídica consubstanciada no título executivo em que se consubstancia o TAC (por expressa dispensa de observância do direito, por exemplo) ou inadequação ou insuficiência para proteção do direito das obrigações estabelecidas no compromisso¹⁴⁸, sem que seja necessário discutir se houve ou não disposição indevida do direito (ocorrente apenas na primeira hipótese).

É o que ocorreria, nos exemplos dados, se fosse provado que o efluente permitido é, na verdade, poluidor, ou que o prazo concedido era injustificada e desproporcionalmente dilatado, ou que o filtro previsto no TAC

148 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 410-411.



ou acordo era ineficaz para evitar a poluição, ou ainda que se admitiu um atendimento pessoal que depende do sistema de *call center* para resolver a demanda do consumidor.

De outra forma, ou seja, sem que se questione, fundamentadamente, a validade ou suficiência da concretização negociada pelo Ministério Público, falta interesse de agir para ação civil pública que tenha por objeto a mesma situação concreta, sendo ônus processual de quem questiona a solução alcançada por consenso demonstrar sua ilegalidade ou incorreção¹⁴⁹.

Nas soluções jurídicas resultantes de autocomposição que não se consubstanciam em título executivo (recomendação atendida, por exemplo), é ainda mais fácil o questionamento judicial, pois não se faz necessária a demonstração da invalidade do título, mas tão só de sua inadequação, insuficiência ou desproporcionalidade da solução.

Em qualquer hipótese, não sendo o Ministério Público ou qualquer outro legitimado coletivo titular dos direitos que está legitimado a defender, é certo que deles não dispõe.

Os últimos parágrafos serão mais bem analisados no próximo tópico.

Por ora, impende apenas deixar assentado que, em matéria de tutela coletiva, em razão dos instrumentos que lhe foram concedidos por lei para, fora do processo judicial, resolver a ameaça ou lesão a direitos, não apenas o Poder Judiciário, mas também o Ministério Público pode concretizar os direitos coletivos de modo válido.

A principal distinção entre a concretização efetuada pelo Ministério Público, como legitimado coletivo, e aquela pelo Poder Judiciário é que apenas esta pode alcançar a definitividade por meio da coisa julgada. A

149 Nesse sentido RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, op. cit., p. 224-226 e GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, op. cit., p. 404-413. Em sentido contrário, entendendo que por ser o TAC uma mera garantia mínima, só falta interesse de agir se a ação civil pública pedir exatamente a obrigação constante do TAC: MAZZILLI, Hugo Nigro, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 373-376.

concretização dada pelo Ministério Público não é definitiva, dado que sempre poderá ser questionada judicialmente por outro legitimado coletivo (ou pelo próprio Ministério Público, por outro membro), caso em que será ônus processual de quem a está questionando demonstrar que a concretização excedeu os limites admissíveis e importou em indevida disposição do direito protegido ou sua proteção insuficiente sendo, por isso, passível de invalidação ou correção judicial¹⁵⁰, nos termos acima indicados.

Sem dúvida, há grande responsabilidade nessa atuação, que, não obstante, guarda total consonância com a configuração constitucional do Ministério Público, já destacada neste manual, e com o enfoque moderno do direito e da interpretação jurídica¹⁵¹.

C) A LEGITIMIDADE DA SOLUÇÃO JURÍDICA ALCANÇADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM O USO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

A primeira fonte de legitimidade de qualquer solução autocompositiva é o **consenso válido**, isto é, o consenso livre e bem informado, sem erros ou vícios na formação da vontade. Com efeito, sem que a vontade tenha sido livremente manifestada e bem informada, isto é, sem vícios em sua formação (erro, dolo, coação ou fraude), qualquer solução alcançada por autocomposição é nula ou, no mínimo, anulável.

Daí a importância de o Ministério Público, como negociador, assegurar que o compromissário se obrigue livremente e com a correta compreensão de suas obrigações, e, como mediador ou conciliador, que as partes estejam

150 Nesse sentido, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual do Procurador da República*, op. cit., p. 687.

151 Como muito bem asseverou Mauro Cappelletti, numa palestra intitulada Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça: “A mais importante batalha intelectual travada por muitos juristas ao longo do nosso século [...] foi contra aquelas concepções abstratas e dogmáticas do papel do jurista, que reduziam nossa responsabilidade à mera verificação e mecânica aplicação da lei. Essa concepção está em conflito com um enfoque moderno do Direito e da interpretação jurídica, aliás, em geral com a teoria moderna da hermenêutica: a interpretação sempre deixa algum espaço para opções e, portanto, para responsabilidade [...]” Essa palestra, proferida na abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart sobre a “Justiça Civil e suas alternativas”, realizado em Londres, no Institute of Legal Advanced Studies, em 07.09.1992, foi traduzida do inglês por J. C. Barbosa Moreira, e publicada na *Revista de Processo*, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.



devidamente informadas de seus direitos e do conteúdo da solução que se está viabilizando por autocomposição.

Por meio do consenso válido, as partes podem, quando tiverem disposição sobre seus direitos e capacidade civil, comprometer-se inclusive com aquilo que não estão obrigadas pelo direito posto. Essa possibilidade é de especial interesse para a negociação conduzida pelo Ministério Público em sede de tutela coletiva, pois permite que, por meio do TAC, sejam criados direitos do mesmo modo como ocorre nos contratos, outra espécie de negócio jurídico. Uma empresa interessada em resgatar sua imagem perante consumidores que tenham sido por ela lesados pode se obrigar, por exemplo, a implementar melhorias no serviço sem que a tanto estivesse obrigada por lei ou outra norma válida.

O consenso válido é, assim, o principal fundamento da exigibilidade da solução jurídica consubstanciada num título executivo como o TAC; é sua presença que dispensa a rigorosa observância do devido processo legal que deve preceder a solução emanada do Poder Judiciário.

Todavia, conquanto o consenso válido seja sempre um fundamento imprescindível de legitimidade de quaisquer soluções autocompositivas, naquelas construídas pelo Ministério Público, em razão das peculiaridades analisadas nos dois tópicos anteriores, ele não é suficiente, **impondo-se que a solução jurídica, a concretização do direito, possa ser considerada correta à luz do ordenamento jurídico vigente**, equivale dizer, não negue efetividade a direito vigente e seja adequada, suficiente e proporcional para protegê-lo¹⁵².

Essa última questão é mais relevante para a atuação do Ministério Público como negociador, visto que por meio desse método, negociando em nome próprio direitos titularizados por terceiros, é ele o principal responsável pela legitimidade da solução jurídica resultante da autocomposição. Na mediação e conciliação, o Ministério Público atua como indutor ou fiscal dessa legitimidade, cabendo às partes a condição de principais responsáveis por ela.

152 Para aprofundar essa insuficiência à luz das peculiaridades da atuação do Ministério Público enquanto legitimado coletivo, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais ...*, op. cit., p. 115-117 e 160-168.

Não convém que o Ministério Público, contudo, participe de solução auto-compositiva que não se possa sustentar como correta à luz do ordenamento jurídico vigente, sob pena de desvirtuar sua natural condição de fiscal da lei.

Não é legítima a solução que não se possa sustentar como correta à luz do ordenamento jurídico perante terceiros – um Juiz em caso de questionamento judicial ou, em sede de tutela coletiva, um coletivado que não tenha participado da solução – mesmo consideradas as várias opções possíveis oferecidas pela abertura hermenêutica de que tratamos no tópico anterior. Com efeito, uma solução que importa em renúncia ao direito ou negação à sua efetividade ou lhe confere uma proteção flagrantemente inadequada, insuficiente ou desproporcional à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas não é legítima, estando, por isso, sujeita à invalidação judicial pelo próprio Ministério Público ou, no caso da tutela coletiva, por outro legitimado coletivo¹⁵³. O primeiro critério para aferição da correção é, sem dúvida, a própria lei, as regras e princípios jurídicos aplicáveis, mas também a jurisprudência consolidada sobre a respectiva interpretação, sendo ilegítima, por exemplo, a solução jurídica resultante de autocomposição que se contrapõe ao entendimento jurisprudencial já firmado em favor dos titulares dos titulares defendidos pelo Ministério Público. Também será ilegítima uma solução que se dissociar da apuração técnica que a preceder, como ocorreria com o TAC ou a recomendação que negasse a condição de poluente de efluente assim considerado pelos *experts* isentos¹⁵⁴.

Resumidamente, enfim, pode-se afirmar que a legitimidade das soluções resultantes de autocomposição conduzidas pelo Ministério Público se ampara, basicamente, em dois fundamentos essenciais: o consenso válido, essencial em toda e qualquer solução autocompositiva; e a correção da solução à luz do ordenamento jurídico vigente, sendo esta última especialmente relevante para as soluções em matéria de tutela coletiva em que o Ministério Público atua como negociador, não participando os titulares diretamente da construção da solução.

153 Sobre a possibilidade de correção judicial da solução jurídica construída por legitimados coletivos fora do processo judicial por autocomposição e do interesse de agir na correspondente ação v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais ...*, p. 168-176.

154 Esses e outros critérios aferidores da incorreção da solução jurídica são estudados, à luz da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, em GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas ...*, op. cit., p. 134-157.



Analisadas as potencialidades e limites da negociação e mediação conduzidas pelo Ministério Público a partir da correta compreensão dos limites decorrentes da indisponibilidade pelo Ministério Público quanto aos direitos que deve defender, do processo de concretização do direito e do protagonismo nele desempenhável pelo Ministério Público e dos fundamentos de legitimidade das soluções autocompositivas que constrói, importa agora conhecer as técnicas disponíveis ao Ministério Público para negociação e mediação. É ao estudo dessas técnicas que este manual se dedica nos capítulos seguintes.

6

**Técnicas de Negociação no
âmbito do Ministério Público**



Técnicas de Negociação no âmbito do Ministério Público

Paulo Valério Dal Pai Moraes

1- TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO PARA MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1. INTRODUÇÃO

É importante referir, inicialmente, que as técnicas de negociação não servem apenas para que sejam utilizadas em relacionamentos instantâneos e fugazes, tendo muita utilidade para o estabelecimento do consenso em conflitos e problemas considerados difíceis ou complexos. Além disso, têm imensa aplicação na criação de redes de parceria e de trabalho, contínuas ou transitórias, servindo como ferramenta pedagógico-institucional para o Ministério Público, a fim de que a nossa instituição possa estar mais próxima da sociedade e afinada com o regime democrático brasileiro, o que somente é possível de acontecer com uma adequada comunicação, que proporcione o entendimento, o respeito às pessoas e a efetiva resolução das questões que emergem do convívio social.

Por isso, as técnicas aqui desenvolvidas estarão sendo abordadas no âmbito dos variados espaços de contato em que a negociação é fundamental, sejam eles convênios entre entes públicos (negociação interinstitucional), entre entes públicos e privados, entre entes públicos e a comunidade, no âmbito interno dos próprios entes públicos (negociação intrainstitucional), entre agentes públicos e privados (negociação interpessoal) e mesmo a negociação feita no âmbito interno do próprio agente negociador (negociação intrapessoal).

Portanto, a abrangência deste manual se estende aos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), às audiências públicas, Recomendações, Conselhos,

grupos de trabalho¹⁵⁵, CPIs, reuniões em geral e, como dito, à própria reflexão interna e externa sobre posturas que normalmente são adotadas pelos membros do Ministério Público, resultando naquilo que poderia ser resumido como tendo um foco relacional, não instantâneo e contextualizado.

Também é importante esclarecer, como um segundo aspecto importante, que não existe uma “receita de bolo” para a boa negociação. Não obstante, o treinamento das técnicas que serão expostas, a disciplina, com humildade e perseverança, promoverão a criação de um caminho mais eficiente para a consecução de resultados melhores, relativamente aos conflitos e problemas enfrentados pelos membros do Ministério Público.

Uma terceira abordagem é que negociação é aprendizado. Aprendizado sobre o objeto da controvérsia ou do problema em si, aprendizado sobre o outro e sobre si mesmo. A principal técnica para tanto é a reflexão, que deverá ser empreendida sobre as experiências passadas, presentes e futuras, procurando definir e assimilar condutas que não devem ser repetidas, outras que o precisam ser, a fim de encontrar as formas mais harmônicas e eficazes de resolução de problemas.

A negociação envolve uma profunda questão cultural, na dimensão da cultura como sendo tudo aquilo que o ser humano “experencia” de maneira relevante.

Assim, é preciso estar atento às vivências das comunidades nas quais o Ministério Público está inserido, porque os membros da instituição mantêm interlocuções com variadas pessoas, sejam indígenas, quilombolas, agentes públicos com todo o peso dos seus cargos, colegas, trabalhadores em geral, estrangeiros, imigrantes etc. É fundamental, pois, atentar para os aspectos culturais de cada grupo e de cada ser humano, aspectos estes essenciais para a obtenção de uma boa comunicação.

Por fim, a negociação deve ser ética.

155 Exemplo disso é o GNCOOC – Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas Promotor Francisco José Lins do Rego Santos.



Ética é o conjunto de princípios e valores universalizáveis, que tenham sido definidos por um determinado grupo em determinada época, que serve para resolver as três grandes questões da vida: a) o que quero; b) o que devo; c) o que posso (segundo comenta o Filósofo Mário Sérgio Cortella). A moral é a prática de uma ética, ou seja, o princípio ético se traduz em uma prática moral. Ex.: não roubar o que é dos outros é o princípio ético. Roubar ou não roubar será o comportamento moral ou imoral.

A negociação, então, deve ser ética, resultando que somente devem ser adotadas posturas que possam ser universalizáveis e que estejam afinadas com os valores comumente aceitos no âmbito de abrangência da interlocução. Assim, por exemplo, práticas como afirmar que já foram celebrados acordos ou termos de ajustamento semelhantes ao que está em questão, quando, em realidade, isso não é verdade, por óbvio, não podem ser utilizadas, na medida em que a postura da falsidade evidentemente não pode ser universalizável.

A ética é, assim, a base de toda negociação, principalmente no espaço público, de onde devem sair os exemplos para toda a sociedade, sendo o servidor público o executor da função pedagógica da negociação, mecanismo de promoção de paz social.

1.2. NEGOCIAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Discutir práticas de negociação, independentemente do contexto em que acontecem, envolve necessariamente refletir a respeito do exercício comunicativo em si, que, para inspirar credibilidade, precisa ser considerado verdadeiro, eficaz e eficiente, em suma, ético. Nesse sentido, não há possibilidade de negociação sem que o ato comunicativo aconteça de forma competente. De acordo com Grice¹⁵⁶, a ação comunicativa competente implica o estabelecimento de um contrato de cooperação em que emissor ou enunciador e o receptor ou interlocutor precisam se colocar dispostos a cooperar e a dialogar na condição de sujeitos proficientes nesse exercício.

156 GRICE, H. P. *Lógica e conversação*. In: Fundamentos Metodológicos da Linguística. Marcelo DASCAL (org.). Vol IV. Campinas, 1982.

Para que o exercício da negociação, esta entendida como comunicação, ocorra a contento, é preciso que, em primeiro lugar, se compreenda o espaço comunicativo como um espaço de **igualdade**, do ponto de vista da enunciação. Grice aponta os seguintes postulados como fundamentais para que a comunicação possa concretizar a força ilocucionária de quem a propõe, ou seja, garanta o êxito ao final do processo: quantidade, qualidade, relevância e modo.

No cenário da negociação, é imprescindível a valorização dos interlocutores, compreendidos como sujeitos – ainda que não tenham ciência disto – reguladores do tipo e do formato de relacionamento que se estabelecerá para que se chegue ao resultado desejado. Atentar aos postulados representa procedimento importante, na medida em que são eles elementos norteadores para que os conflitos possam ser amenizados e bem administrados.

O postulado da quantidade sinaliza a necessidade de se observar a **quantidade de informações disponibilizada no processo de negociação**. O diálogo deve buscar, em geral, a objetividade aliada a uma interação simétrica, horizontal, que distinga papéis e funções sociais, **sem criar qualquer representação ou sentimento de menor valor** de uma ou mais partes envolvidas em relação às demais. Refletir em torno da quantidade implica buscar o volume suficiente de informações a ser disponibilizado, de modo que não se configure a incompetência comunicativa por meio da ausência de informações, o que poderia gerar desconfiança, ou, ainda, por meio de seu excesso, o que resultaria em confusão, dispersão, perda do foco. O planejamento consiste num elemento importante para que os objetivos da negociação sejam atendidos. O imprevisto pode, em função da desorganização estratégica, gerar mais perdas do que ganhos.

O postulado da qualidade diz respeito à veracidade das informações e discursos veiculados. A omissão intencional de uma informação pode gerar uma “meia verdade”, o que resultaria numa prática de negociação de caráter frágil, já que os envolvidos se sentiriam enganados e resistentes a uma outra oportunidade de diálogo. A competência comunicativa está calcada na capacidade de produzir discursos “didáticos” sem prejuízo do seu status de credibilidade sobre fatos, acontecimentos e decisões ocorridas ou que venham a ser tomadas. Ainda que existam versões diversas sobre um mesmo evento,



o que importa é o grau de fidedignidade que têm essas informações para quem as produz. A partir do quesito da sinceridade, a negociação perde o seu caráter de “jogo” (ganha-perde) e passa a assumir o lugar de ferramenta efetiva para que todos os envolvidos possam desfrutar do seu auxílio.

O postulado da relevância acena para a necessidade de que as informações e os discursos sejam relevantes para a temática e contexto da negociação. Isso significa escolher um “dialeto próprio para o grupo”, que o unifique, que não exclua ninguém, que evite marginalizações. Formular o DPG (dialeto próprio para o grupo) implica levar em consideração os grupos socioculturais a que pertencem as partes envolvidas e possibilitar uma ação intercultural e cooperativa de negociação. Ser relevante consiste em ser capaz de tecer este ponto de interseção entre todos os membros, articulando temas, desdobramentos e processos de decisão a partir de um formato de linguagem encadeado e com conteúdo de fácil interpretação.

O postulado da relevância merece atenção especial, na medida em que é guardião dos aspectos subliminares vinculados ao poder que transversaliza qualquer nível de relacionamento humano. A linguagem representa uma ferramenta importante para o exercício do poder, que, na maioria das vezes, comunica a desigualdade de condições das partes envolvidas no conflito. Cabe ressaltar que as variações linguísticas “denunciam” as pessoas, ou seja, revelam sua origem social, econômica e cultural, explicitam forças e fragilidades. O contexto da negociação não deve se constituir num cenário de desmanche. A negociação deve estar a serviço da construção de algo e não de sua destruição. Nesse sentido, é que deve ser apontada uma outra característica imprescindível ao negociador: sua capacidade de descentrar-se.

Segundo Márcia Amaral Correa de Moraes¹⁵⁷, a descentração¹⁵⁸, que está associada à empatia, “...consiste na habilidade de retirar-se do foco dos raciocínios e estratégias implementadas, aliada à competência de coordenar os pontos de vista alheios. Isto significa prestar atenção no outro; falar a

157 Em a *Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, página 87.

158 Esse conceito é oriundo da epistemologia genética de Jean Piaget e tem implicações diretas no desenvolvimento cognitivo e moral dos indivíduos; a inteligência humana desenvolve-se na medida da capacidade que temos de nos descentrar.

sua linguagem, aprender o seu dialeto, aprender o que e como não falar, sob pena de não ser compreendido. Descentrar-se consiste em ocupar-se do entendimento do outro, dos seus conhecimentos prévios, do ‘lugar’ em termos de empoderamento que cada uma das partes ocupa no processo de negociação. Não raras vezes, o negociador experiente, justamente por estar tão acostumado a negociar, se esquece de operar com a descentração e acaba por implodir com o processo pontual de feitura de um acordo, bem como com o relacionamento futuro relacionado à parte envolvida”.

O postulado do modo diz respeito à forma como as informações são transmitidas. É preciso ter certeza de que todos os sujeitos envolvidos compreendem os ritos e ações que caracterizam negociações específicas, ou, então, é fundamental que sejam esclarecidos pontos obscuros para as partes antes mesmo que comecem a negociar. Do contrário, a negociação, como cultura, induz à própria aculturação, inscrita no cotidiano humano por meio da descrença, da fuga a este tipo de procedimento, do culto à ameaça e à “lei do mais forte”. Ele diz respeito também à articulação das modalidades de comunicação verbal e não verbal, ou seja, concretiza-se na (in)coerência existente entre o dito e o manifesto comportamentalmente. Não há como sustentar uma mensagem de gentileza expressa por palavras se as expressões faciais e corporais não acompanharem essa mesma tendência em termos comunicativos. A comunicação se desenvolve numa perspectiva ampla, composta por elementos objetivos e subjetivos que serão desvelados pelo interlocutor, tanto no sentido da harmonia de suas expressões, quanto do seu descompasso. A comunicação competente, que conduz à boa negociação, deriva de um discurso verbal e não verbal coerente, coeso e intra-harmônico.

O desrespeito a um ou mais postulados pode provocar falhas irreversíveis no processo de negociação, uma vez que tal “infração” produz implicaturas discursivas – fraturas cujo sentido se completará pelo “não dito” e que somente os “iniciados” terão acesso, o que faz com que o sujeito não se sinta plenamente ciente e participe das ações. A sensação de “ser levado” é muito diferente da de “colaborar para levar”. O sujeito atingido pelas implicaturas costuma perceber que não tem posse dos elementos necessários para que seja capaz de decidir, conceder, negar, aceitar. Neste caso, sente-se vulnerá-



vel ao poder decisório de outro, o que acaba por gerar negociações insatisfatórias, sentimentos de injustiça e traição, noção de desvalor à própria causa. São muitas as variáveis que incidem sobre o processo de negociação. Contudo, a junção das dimensões ética e técnica representa uma medida indispensável para que a negociação não perca o foco da solução de problemas e para que assuma o caráter pedagógico que perpassa a sua prática. Boas experiências de negociação têm o condão de educar pessoas no sentido de que não reincidam em ações inadequadas que anteriormente tenham cometido; boas experiências de negociação fortalecem a crença no ser humano e nas instituições que por ele são representadas, na medida em que se mostram justas, solidárias, acolhedoras e desbravadoras de novas possibilidades ante aos casos concretos de conflito; boas experiências de negociação denunciam o vazio e a falta de sentido das práticas de violência, abandono, descaso e desrespeito com todo e qualquer tipo de vida.

1.3. FASES DA NEGOCIAÇÃO

Será desenvolvido, agora, o assunto atinente às fases da negociação em geral, não se pretendendo, com isso, que todas as interlocuções devam adotar a mesma organização, tampouco indicar que, eventualmente, não se mesclem algumas técnicas pertencentes a uma ou outra fase. O objetivo é uma apresentação didática, oferecendo uma organização suficiente e adequada para a implementação da boa negociação relacional feita por agentes públicos, que precisam estar em constante postura conciliatória em relação aos seus próprios colegas e à sociedade como um todo.

O referencial didático proposto indica a existência das seguintes fases:

- a) planejamento;
- b) o contato;
- c) objetivação da negociação;
- d) conclusão e formalização;
- e) implementação.

1.3.1. PLANEJAMENTO

1.3.1.1 Definir questões e elaborar a composição de “barganha”. É o “menu” da negociação;

1.3.1.2 Coleta de informações, dados e argumentos de apoio;

1.3.1.3 Definir **interesses** (metas) = alvos específicos, realistas, razoáveis e não meros desejos;

1.3.1.4 Definir o **enquadramento** = é o “campo de visão”, expectativas e preferências para um possível resultado;

1.3.1.5 Implementação das estratégias.

1.3.1.1. O “MENU” DA NEGOCIAÇÃO

A negociação passa por uma análise geral das circunstâncias que envolvem o conflito ou o problema, fase em que deve ser identificado o maior número possível de ocorrências fáticas e jurídicas, de molde a que sejam desveladas as questões e organizadas na chamada pela doutrina *composição de barganha*, em que pese esta última palavra não ser a mais adequada para a atividade pública.

Contatos negociais que aparentemente podem parecer simples, em realidade, apresentam significativos níveis de complexidade. De igual sorte, um singelo caso de contratação de uma pessoa para trabalhar é suficiente para demonstrar o valor de um bom planejamento.

Um professor de Educação Física trabalhava como *personal trainer*, tendo vários alunos nos turnos da manhã, tarde e noite. Paralelamente, também realizava uma atividade em competições esportivas variadas, eventualmente remuneradas por intermédio do recebimento de materiais esportivos das lojas patrocinadoras. Certo dia recebeu proposta de trabalho de uma loja específica, para que gerenciasse o estabelecimento e se tornasse seu funcionário. Para tanto, deveria cumprir um horário no período da tarde e receberia um valor



fixo mensal que pareceu bem adequado, tendo ficado tentado a aceitar. O valor fixo atraiu bastante o professor, devido à possibilidade de melhor organizar a sua vida financeira e eliminar a insegurança constante do final do mês. Um negociador especializado fez algumas perguntas ao professor, para testar sua atuação no planejamento da negociação:

- compensará ficar durante o período da tarde sem ter a possibilidade de realizar aulas como *personal*? O valor oferecido mensalmente compensa, não só pela impossibilidade de ser professor no período da tarde, como também porque estará se afastando do mercado de trabalho nas academias durante o período?
- como ficarão as competições, importantes pessoal e profissionalmente, para o personagem em questão? Poderá ele competir quando quiser? Como ficará a loja em tais períodos? Sem gerente? E se acontecer uma emergência durante as competições, algumas delas inclusive de nível internacional e exigindo longos deslocamentos?
- uma das exigências da loja era que o gerente deveria viajar pelo interior e promover os produtos. Como serão ressarcidos os custos das viagens? Serão diárias, ressarcimento mediante notas? Haverá uma limitação em termos de locais de pernoite, alimentação e quilometragem? Qual o veículo que será utilizado nos deslocamentos?
- haverá algum prêmio pela produtividade? Comissão por vendas?
- quais os poderes de representação e autonomia que lhe serão outorgados?
- como serão feitas tais representações da loja em eventos em geral, inclusive à noite, período em que continuará a dar aulas como *personal*?
- e se não der certo? Existirá uma cláusula de reposição do professor no mercado como *personal*, aspecto este fundamental, pois terá deixado de captar alunos durante o período da tarde?
- será interessante para a empresa ter um profissional como gerente com várias outras atividades? As vitórias nas competições

de alguma forma resultarão em benefício para a loja que, igualmente, será promovida pelos resultados positivos? E os resultados negativos nas competições, terão influência?

- se o retorno financeiro da loja não acontecer em tempo breve, isto estará sendo computado para o efeito de não ser reconhecido como um fracasso do empreendimento?
- prejudicará a loja se o professor organizar competições, inclusive patrocinadas por outras lojas e marcas? Tais projetos poderão ser desenvolvidos no computador da contratante, nos espaços livres do período ordinário de trabalho?
- se as finanças do estabelecimento comercial não estiverem bem, haverá alguma redução do montante mensal com aumento do percentual variável atrelado às vendas?
- isso tudo estaria disposto por escrito no contrato de trabalho, de forma profissional?

Se a resposta dada pelo personagem a todas estas perguntas for: “*É, não tinha pensado nisto tudo. Tenho que ver isso mesmo*”, estará evidenciado que o planejamento foi incorretamente realizado e, certamente, surgirão problemas.

A mesma atividade de organização prévia serve para qualquer questão, seja a construção de uma usina hidrelétrica, com toda a sua complexidade, ou a concretização de um acordo coletivo trabalhista para que uma greve deflagrada tenha seu fim. O “menu” da negociação é fundamental.

O “menu” não somente tem a função de evitar constrangimentos futuros, como também estabelecer o planejamento de como se dará a atuação dos participantes da negociação, suas funções, seus encargos, seus direitos e deveres. Ele serve, igualmente, para planejar como acontecerá a fase do contato, que a seguir será abordada, bem como a própria fase da objetivação da negociação, sinalizando sobre qual a melhor estratégia de conversa, quais os itens que serão colocados à mesa em primeiro lugar, quais os que serão deixados para o final etc.



1.3.1.2. COLETA DE INFORMAÇÕES, DADOS E ARGUMENTOS DE APOIO

Argumentos de apoio são os variados instrumentos e formas disponíveis ao negociador para que, já no planejamento, possam ser fortalecidas as expectativas definidas no “menu” da negociação.

Podem ser subsídios técnicos, fáticos, jurídicos, pessoais e profissionais, variados.

Tais elementos são imprescindíveis para que seja viabilizada a implementação das estratégias, enriquecendo a argumentação, trazendo alternativas, opções, padrões, em suma, informações imprescindíveis para que seja aumentada a possibilidade de êxito da negociação.

1.3.1.2.1. ARGUMENTOS TÉCNICOS

Laudos, pesquisas, opinião de peritos, de colegas e pessoas com notória credibilidade, recursos visuais, figuras, maquetes, fotos, testemunhos poderão contribuir decisivamente para o fechamento de um bom acordo.

Infelizmente, é bastante comum que agentes públicos iniciem suas tratativas de conciliação sem que tenham arrebanhado os elementos necessários para a interlocução. Parece que existe uma propensão para a mera coleta de provas documentais e testemunhais, sendo relegados para um segundo plano, ou para um momento futuro, aspectos técnicos que podem, de antemão, definir os reais problemas existentes e reduzir o espectro de controvérsias.

Um exemplo pode ser elucidativo: competente agente pública investigava motéis que colocavam na entrada dos estabelecimentos comerciais figuras coloridas e luminosas de bichinhos, ursinhos, cachorrinhos, se valendo de tal publicidade para atrair consumidores. Houve reclamações de pais afirmando que seus filhos menores de idade estavam sendo atraídos pelos chamarizes expostos ao público, pois achavam os “bichinhos bonitinhos” e perguntavam o que era aquilo. Igualmente diziam que queriam conhecer o local etc. Instados a alterar a propaganda, os motéis se negaram, alegando, entre outros argumentos, que somente adultos compareciam aos estabelecimentos.

A negociação estava emperrada e a solução, então, teria de ser a judicial. Um negociador experiente sugeriu à agente pública que requisitasse a realização de laudos técnicos, feitos por profissionais da área da psicologia infantil e da publicidade, bem como contactasse Organizações de Defesa da Infância e da Juventude, objetivando coletar dados técnicos sobre o tema, estatísticas e, até mesmo, ocorrências policiais a respeito de menores eventualmente encontrados neste tipo de estabelecimento, sugestão que foi acatada. Com tais subsídios, a implementação das estratégias estaria muito mais facilitada ou, até mesmo, restaria definido que nenhum problema existia na prática. Da mesma forma, contribuiria a medida para aumentar o poder de argumentação da agente pública, pois, com fundamento em laudos sobre a prejudicialidade da conduta comercial investigada, o ingresso de uma ação coletiva de consumo com pedido de tutela antecipada para a retirada dos chamarizes teria grandes possibilidades de êxito, o que estimularia os interlocutores a firmar as conciliações.

Fotografias, gráficos e estatísticas também podem ser mecanismos rápidos para demonstrar ao outro negociador as evidências existentes, o que facilitará a sua decisão quanto à realização do acordo, diante da ostensiva confirmação dos argumentos do agente público.

1.3.1.2.2. ARGUMENTOS DE PROVA SOCIAL

O clamor social, a filosofia e os valores da localidade, da região, do país também podem ser fatores decisivos para o êxito da interlocução.

Acordos sobre casos concretos iguais são um forte argumento para que o interlocutor perceba que existe uma aceitação por parte de pessoas envolvidas, quando enfocadas circunstâncias semelhantes.

Não bastasse isso, ninguém deseja ser reconhecido como uma pessoa truculenta, inflexível e que não segue as condutas que são aceitas como adequadas no seio da comunidade, principalmente em pequenas localidades em que todos se conhecem.



Ainda, o clamor social é uma necessidade para alguns agentes públicos. Este é um cuidado que especialmente membros do Ministério Público sempre devem ter, pois somente têm atribuições para a proteção de interesses coletivos *lato sensu* – os difusos em quaisquer circunstâncias e os coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos somente quando restarem evidenciados os requisitos da relevância social ou do interesse público¹⁵⁹.

A filosofia e os valores do local ainda podem ser importantes ferramentas para alavancar a conciliação.

Nas sociedades em que as pessoas convivem de forma bastante próxima, frequentando os mesmos locais, os mesmos templos, com uma vida comunitária bem intensa, a necessidade de estar afinado com a cultura do ambiente é quase o alimento fundamental à sobrevivência.

São comuns em várias partes do país prósperas empresas mercantis e rurais acabarem, de alguma forma, atingindo de maneira ilegal o meio ambiente. Podem ser curtumes, fábricas de equipamentos agrícolas, empresas de agricultura de precisão, aviários exportadores, empresas de laticínios, que, eventualmente, são chamados por agentes públicos a adequar suas condutas, tendo em vista a grandiosidade que acabam assumindo os empreendimentos, com consequências para toda a coletividade e para o meio ambiente.

Em tais circunstâncias, por vezes os empreendedores ficam tão vinculados ao agitado cotidiano comercial, à necessidade de atender às demandas, ao grande número de funcionários, ao lucro e aos gastos, que culminam por descuidar de outros elementos fundamentais para a própria sobrevivência da empresa, inserida que está na sociedade como unidade obrigada a, também, cumprir a sua função social de forma plena.

159 Sobre a conceituação dos interesses coletivos “*lato sensu*” e do que seja interesse público e relevância social, ver o estudo sobre o tema em MORAES, Paulo Valério Dal Pai, “*Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos ‘Lato sensu’, decorrentes de questões de massa*”. Revista de Direito do Consumidor n° 56, outubro/dezembro/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Páginas 158 a 182.

Nestas ocasiões, é importante a sensibilidade e o tato do negociador público, buscando reenquadrar a postura do cidadão-empresário, no sentido de que ele possa perceber que eventual conduta ilegal não está afinada com a filosofia e com os valores da comunidade na qual está inserido.

Exemplo: empresa de beneficiamento de couro lança resíduos tóxicos nas águas do município em que está instalada. Em decorrência de informações já obtidas na segunda fase do planejamento, bastaria perguntar ao proprietário da empresa poluidora o que sentiriam seus filhos adolescentes, quando se deslocassem no final de semana com seus amigos para o lazer no balneário do município e lá encontrassem as águas com espumas poluentes decorrentes dos dejetos, plásticos e produtos químicos, tudo isto lançado pelos dutos da fábrica do seu pai.

Este é apenas um exemplo das várias situações passíveis de acontecer e nas quais poderá ser utilizada a ferramenta dos princípios e valores para promover a formalização do acordo.

1.3.1.2.3. ARGUMENTOS DE APOIO SOBRE O INTERLOCUTOR

Também será interessante descobrir informações sobre os recursos financeiros, sociais, de poder, de estrutura e de relacionamento do interlocutor.

De fato, isto é fundamental, porque poderá levar o negociador a conhecer alguma questão que possa induzir o seu interlocutor a refletir melhor sobre a possibilidade de concluir a negociação.

Especialmente nas negociações mais graves, nas quais está em foco a proteção da vida, como é o caso de sequestros com reféns, informações sobre a vida particular do criminoso serão decisivas para o êxito de tais operações, nas quais as possibilidades de concessões do negociador público são muito limitadas. Por exemplo, argumentos emocionais, tais como o pedido escrito de um filho do delinquente para que cesse a ação criminosa, podem ser decisivos para salvar vidas.



Por vezes, será importante argumentar a respeito da necessidade de serem feitos investimentos para a correção das mazelas causadas pela atividade econômica investigada, com a colocação de filtros de contenção de fuligem, canalizações de escoamento de detritos para unidades de tratamento de águas servidas etc, empacando a conciliação na questão dos custos. Nestas situações, uma idônea informação sobre os lucros e investimentos que o interlocutor vem fazendo, de notório conhecimento público, aniquilará o argumento da carência de fundos e da vultosidade dos gastos exigidos.

Os interesses e as necessidades do interlocutor serão relevantes neste momento, para o efeito de que possa ser argumentado que mais valerá efetuar gastos em prol da correção das falhas, do que ter maculado o nome da empresa ou do empreendimento por causa de contestações sociais, passeatas, manifestações na mídia e, até mesmo, ações coletivas em juízo, problemas estes que resultarão em maiores gastos, se computados os prejuízos naturalmente decorrentes da má fama angariada pela inidoneidade de conduta que venha ao conhecimento da comunidade e do mercado.

Ainda de especial relevo são os argumentos relativos à reputação, ao estilo, à autoridade, às táticas, estratégias e à MASA (Melhor Alternativa Sem Acordo – conceito que será desenvolvido a seguir) do interlocutor, elementos estes que aportarão um variado número e qualidade de dados que servirão de combustível para a dialética da negociação, melhorando as possibilidades de êxito nos debates e contribuindo, de maneira decisiva, também, para o bom planejamento do processo de obtenção de consenso.

É bastante útil saber a respeito do estilo do interlocutor, se é um negociador competitivo, colaborativo, se possui as características de um solucionador de problemas, ou é um transigente, um prestativo ou apenas um evitador¹⁶⁰, para que, com mais segurança, possa o negociador se posicionar na interlocução e não perca tempo com propostas e tentativas que podem ser abreviadas pela utilização do canal adequado com a pessoa do interlocutor.

160 Estes são alguns estilos de negociador, conforme SHELL, G. Richard. *Negociar é Preciso: estratégias de negociação para pessoas de bom senso*. Trad. Márcia Tadeu. São Paulo: Negócio Ed., 2001.

Quanto às táticas e estratégias, se for possível conhecê-las de antemão, terá o negociador melhores condições de utilizar defesas e argumentos mais firmes para que o diálogo negocial se mantenha em bom e proveitoso nível, sempre lembrando que o PVI – Princípio da Vinculação ao Interesse¹⁶¹ – será o permanente aliado para que o negociador se mantenha seguro junto à *espinha dorsal da negociação*, que é a adequada resolução do problema, por intermédio do atendimento aos **interesses de ambas as partes**, de maneira suficiente e satisfatória.

1.3.1.3. OS ALVOS, AS METAS, OS INTERESSES DEFINIDOS

Subsidiado pelo “menu” da negociação e pelos dados, informações e argumentos de apoio, o negociador irá definir os alvos, as metas, os interesses que pretende atingir.

Sempre lembrando o exemplo do professor de Educação Física, pela riqueza de detalhes, o agente da negociação irá optar por aqueles “interesses” fundamentais, os que não são tão fundamentais, os que podem servir como instrumento de barganha – no sentido ético –, procurando, também neste momento do planejamento, identificar os “interesses” maiores do interlocutor, no caso, o proprietário da loja com quem é negociado o novo emprego.

Os alvos devem ser específicos, ou seja, bem determinados, diretos e claros, não podendo restar dúvidas quanto a eles, pois é a firmeza dos mesmos que irá facilitar sua aceitação.

As metas devem ser, igualmente, realistas, razoáveis e não meros desejos, evidenciando a seriedade e maturidade da proposta, a qual deverá estar inspirada em padrões aceitos pelo senso comum da realidade, ou seja, razoáveis.

A definição dos “interesses”, “alvos”, “metas”, facilita a negociação, tornando-a objetiva, direta, limpa, ágil e profissional.

161 Sobre este fundamental princípio, que seria a espinha dorsal da negociação, ver MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, páginas 116 a 126.



1.3.1.4. ENQUADRAMENTO

Enquadramento é o “campo de visão” da negociação, como se fosse visualizado de cima um estádio de futebol com o jogo em andamento.

Quando é focado de cima o problema, existe maior possibilidade, pelo distanciamento, de serem observados alguns detalhes que os negociadores não têm condições de perceber incluídos, inseridos no conflito a resolver.

Olhando de cima, o negociador vê com mais amplitude o assunto e tem maiores condições de discernimento quanto às expectativas e preferências para um possível resultado.

Lewicki, Saunders e Minton¹⁶² assim comentam sobre a importância do enquadramento:

O enquadramento tornou-se um conceito popular entre os cientistas sociais que estudam o pensamento, a tomada de decisões, a persuasão e a comunicação. A popularidade do enquadramento como conceito veio com o reconhecimento de que, freqüentemente, duas ou mais pessoas que estão envolvidas em uma mesma situação a vêem ou a definem de maneiras diferentes...

Se um enquadramento é ‘uma concepção dos atos, dos resultados e das contingências associada a uma escolha particular’, ou uma ‘definição individualizada de uma situação’, ou um ‘campo de visão’, a maneira como as partes enquadram e definem a questão ou o problema é (e deveria ser) um reflexo claro e forte do que elas definem como objetivos centrais e críticos de negociação, quais são suas expectativas e preferências para os possíveis resultados, que informações elas procuram e usam para argumentar seu caso, o procedimentos que usam para tentar apresentar seu caso e o modo pelo qual avaliam os resultados realmente alcançados.

Citam exemplo que bem elucida o conceito¹⁶³:

Algumas disputas mais intratáveis em andamento no mundo ocorrem no Oriente Médio. Para muitos observadores, as batalhas são meramente bri-

162 Ob. cit. p. 39 e 41.

163 Ob. cit. p. 45.

gas políticas por terra e poder. Esta perspectiva, entretanto, não consegue dar conta das crenças e experiências que têm modelado os enquadramentos dos participantes dos conflitos. Para eles, brigas com vizinhos baseiam-se em crenças profundas e antigas sobre eles mesmos, sua religião e suas propriedades por direito na região. Esta inter-relação do dia-a-dia e do divino são uma mistura volátil.

Observe, por exemplo, a batalha entre israelenses e palestinos pela terra da Cisjordânia. Os líderes israelenses acreditam que sua presença na Cisjordânia foi santificada porque Abraão, o pai da religião judaica, tinha ligações íntimas na região. Enquanto isso, os palestinos dizem que são descendentes dos cananeus, que declararam posse da área antes do tempo de Abraão. Enquanto a disputa é indubitavelmente mais complexa do que prenuncia esta breve explanação histórica, é importante para aqueles que tentam negociar a paz na região entender o raciocínio por detrás da demanda de cada lado.

Crenças religiosas, em geral, tendem a ser fortes. Criam enquadramentos e perspectivas da verdade através dos quais o crente vê o mundo. Quando surge o conflito, aqueles que o vêem pelo enquadramento religioso tendem a acreditar que qualquer acordo de sua parte representa um acordo de duas crenças religiosas, o que é inaceitável. Nestes casos, é importante que aqueles que tentam negociar um acordo de paz forneçam maneiras dos combatentes mudarem seus enquadramentos. Eles podem incentivar que os combatentes vejam as batalhas como lutas políticas, minimizando o elemento religioso, para que um acordo sem concessão seja alcançado. No entanto, em lugares como o Oriente Médio, onde as disputas sobre a terra são inerentemente ligadas a reivindicações religiosas históricas, tal mudança de enquadramento é difícil, se não impossível. O entendimento do poder dos enquadramentos religiosos como perspectivas de verdade nos fornece algumas idéias sobre uma das regiões mais voláteis do mundo.

É na fase do planejamento, portanto, que buscará o negociador identificar o seu enquadramento e o do interlocutor, dando início, desta forma, ao processo seguinte, que é a definição das “estratégias”, ou seja, o plano geral para atingir as metas antes traçadas.



1.3.1.5. DEFINIR ESTRATÉGIAS

Este é o plano geral para atingir as metas¹⁶⁴.

Mais uma vez Lewicky, Saunders e Minton definem o termo estratégia¹⁶⁵:

Henry Mintzberg e J. Brian Quinn, que dominam o campo das estratégias de negócios, definem estratégia como `a forma ou o plano que integra os maiores objetivos, políticas e seqüências de ação de uma organização em um todo coeso`, e afirmam que `uma estratégia bem formulada ajuda a organizar e alocar os recursos de uma organização em uma postura única e viável, baseada em suas competências e deficiências internas relevantes, mudanças antecipadas no ambiente e movimentos contingentes de oponentes inteligentes`. Outra definição de estratégia, particularmente útil por suas aplicações na negociação, vem da teoria dos jogos. Em termos de teoria de jogo, a estratégia é `um plano completo: um plano que especifique quais escolhas [um jogador] fará em todas as situações possíveis`.

No desenvolvimento da estratégia, é importante estabelecer um planejamento de como ela será implementada, ou seja, quais os recursos persuasivos, pessoais, de linguagem, de postura, de troca de informações, de tempo, de espaço, de oportunidade, serão úteis para o negociador, podendo ser definido, também, o melhor momento do início, a duração e o fim da negociação.

O plano geral em que se constitui a “estratégia” não é imutável, porque, conforme já visto, inúmeras variáveis podem ser excluídas ou agregadas quando da negociação, motivo pelo qual o agente público deve estar preparado para a rápida adaptação a eventuais alterações no que fora imaginado, fazendo parte da estratégia, portanto, a preparação de vários planejamentos possíveis, caso o inicialmente proposto não tenha sido viável quando da ocorrência concreta.

164 Não confundir metas com desejos. Desejo, segundo Lewicky, Saunders e Minton, ob. cit., p. 51 é “...uma fantasia, uma esperança de que algo possa acontecer; a meta é um alvo específico, focalizado e realista que alguém pode especificamente planejar alcançar”.

165 Ob. cit. p. 53.

Outro conceito importante é o relativo às táticas¹⁶⁶, estas são

[...] movimentos adaptadores de curto prazo, criados para decretar ou buscar estratégias amplas (ou de um nível maior), que, por sua vez, fornecem estabilidade, continuidade e direção aos comportamentos táticos... As táticas, então, estão subordinadas à estratégia; são estruturadas, direcionadas e guiadas por considerações estratégicas.

Exemplificando. Caso seja desejado realizar uma negociação colaborativa ou integrativa, o negociador mostrará uma postura atenciosa em relação aos argumentos do seu interlocutor e não os desprezará. Irá, da mesma forma, usar como tática a tentativa de descoberta de soluções que também atendam ao interesse do outro negociador.

Em situação diversa, o negociador competitivo - postura esta que não é a mais recomendável para agentes públicos-, adotará táticas compatíveis com este tipo de conduta, pretendendo usar ao máximo táticas duras (a seguir serão citadas algumas), tais como o “bluff”¹⁶⁷, a mentira, a ilusão ao interlocutor.

1.3.1.6. A IMPLEMENTAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS: OS ALVOS, A ÂNCORA E A MASA

Identificados os alvos específicos no terceiro momento do planejamento, é preciso organizar como eles passarão a ser buscados.

Definição importante, então, estará em saber se o negociador fará ou não o “lance de abertura”, isto é, a ÂNCORA.

Importa, principalmente nesta fase da negociação, a não adoção de atitudes precipitadas, a não antecipação de opções, de interesses, devendo ser praticada com cautela a “ancoragem”¹⁶⁸, caso opte o negociador por lançar

166 Lewicki, Saunders e Minton, p. 54.

167 Blefar, iludir, bravatear.

168 Michael Watkins, obra citada, p. 68 assim define “ancoragem”: “A ancoragem é uma tentativa de definir um ponto de referência em torno do qual as negociações girem. Em certos casos, pode ser vantajoso fazer a primeira proposta, que constituiria então uma poderosa âncora psicológica. Tor-



a primeira proposta, ao invés de esperar que ela venha do interlocutor. A “ÂNCORA” é um passo muito importante, pois ela balizará a negociação, servindo como paradigma limitador das possibilidades de negociação.

Em se tratando de agentes públicos, por estarem limitados pelo princípio da legalidade, alguns aspectos não podem ser negociados, motivo pelo qual seria adequado lançá-los como âncora. Em outras ocasiões, por serem pontos altamente relevantes e não passíveis de negociação, como por exemplo, a construção de parte das instalações de um edifício privado em uma praça, o que acarretará a demolição das mesmas, pode ser que seja adequado estimular que o interlocutor apresente sua âncora, para evitar uma situação inicial de impasse.

É o bom senso, o *feeling*, a sensibilidade, que ditarão a conduta nesse momento.

No caso de negociações diretas de compra e venda, devem ser evitados os erros. Por exemplo, no caso da venda de um apartamento, em que imóveis semelhantes estão posicionados (avaliados) no mercado por R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). O negociador A pretende comprá-lo pelo menor preço possível e o negociador B pretende vendê-lo pelo maior preço possível.

Em tais negociações, é costumeiro que o vendedor já tenha estipulado a “âncora”. Se ela for muito alta, ou seja, no exemplo dado, caso o preço pedido pelo apartamento seja de R\$ 500.000,00, o lance de abertura (âncora), de plano, inviabilizará o início do contato negocial. Por outro lado, se o imóvel estiver sendo oferecido por R\$ 300.000,00, e o comprador lançar a sua “âncora” em R\$ 150.000,00, da mesma forma estará inviabilizando a negociação ou, no mínimo, se apresentando como um negociador competitivo, que usará da mentira e da dissimulação para ganhar o máximo, não se importando com o outro, o que, fatalmente, será constatado, caso, imediatamente após, eleve sua proposta para R\$ 230.000,00.

De outra forma, se o comprador desejar ingressar no mercado de imóveis apresentando ao corretor um valor muito baixo, ancorando com o corretor

nando-se o ponto de referência das disputas subsequentes entre os participantes. Como descrevem Max Bazman e Margaret Neale, as posições iniciais “afetam a percepção dos dois lados quanto aos resultados possíveis”.

de forma não razoável, comparativamente com o preço real do tipo de imóvel que deseja, tal tática não dará certo. Por exemplo, ao dizer que pretende gastar até R\$ 200.000,00, mas quer comprar um apartamento de 4 quartos, novo, em zona nobre, que custa R\$ 600.000,00, estará apenas perdendo tempo, porque não haverá negociações neste patamar, ou, no mínimo, estas demorarão muito para surgir. Igualmente inadequado seria revelar o máximo do dinheiro que possui para o corretor, porque aí estará “ancorando” por cima, equívoco que, da mesma forma, não deve ser cometido.

Por isso, bom senso, razoabilidade, paciência e cautela são recomendáveis.

Parece ser mais adequado, de um modo geral, que agentes públicos estimulem o interlocutor a “ancorar”, pois sempre é melhor, antes, “ver e ouvir do que falar”.

Além da “âncora”, é preciso ter bem presente os seus “alvos de resistência” e os “alvos de resistência” do interlocutor.

Alvo de resistência é o limite máximo, além do qual o negociador não aceitará o acordo, o mesmo servindo para o outro interlocutor.

No exemplo do apartamento, se oferecido por R\$ 300.000,00, deve ser definido qual o “alvo de resistência” do comprador, ou seja, não pagará tal valor, mas “irá até R\$ 280.000,00, no máximo”. Também deve o negociador procurar descobrir o “alvo de resistência” do interlocutor, pois se o produto está com um preço adequado ao mercado e for descoberto que o vendedor não baixará aquém de R\$ 295.000,00, estará o comprador perdendo tempo, porque ambos “alvos de resistência” não se entrelaçam, o que inviabilizará a negociação.

Por último, a “MASA – MELHOR ALTERNATIVA SEM ACORDO”.

No famoso Projeto de Negociação da “Harvard Law School”, apresentado por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, e incluso no livro “Como Chegar ao SIM – A Negociação de Acordos Sem Concessões”¹⁶⁹, os autores denominam de MAANA – Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo.

169 Rio de Janeiro: Imago Editora LTDA., 2ª edição, 1994, p. 117.



A MASA é um balizador psicológico interno e externo. É o argumento extremo que poderá ser usado para o convencimento do interlocutor (função externa, quando a MASA é informada ao interlocutor), funcionando, também, como um balizador psicológico interno para que o negociador pare a negociação, caso sua MASA seja melhor que a conciliação naqueles termos propostos.

Vamos a um exemplo: membro do Ministério Público negocia a formalização de convênio entre a instituição ministerial e laboratório privado, objetivando a realização de testes relativamente à adulteração de combustíveis no mercado. Quase concluída a negociação, o laboratório pede que seja repassado um aporte financeiro mensal de R\$ 20.000,00, argumentando que o numerário poderia ser retirado do Fundo Federal dos Direitos Difusos. Paralelamente, o agente do Ministério Público recebera proposta de Instituição Federal, que nada exigia como pagamento, mas haveria demora deste Órgão Público na realização das análises. Tal proposta servirá como balizador para que o agente público desenvolva a interlocução, sempre orientado por essa sua MASA (“se não assinar o acordo com a empresa privada, assinarei com a Instituição Federal”). Entretanto, atingido o impasse com a empresa privada, a MASA deverá ser declarada, a fim de que funcione externamente, convencendo a empresa a aceitar os termos do pacto, sob pena de perder o convênio, que seria benéfico para sua posição no mercado, pois traz credibilidade a parceria com o Ministério Público.

Fundamental, então, procurar saber qual a MASA do interlocutor, investigação esta que não é tão simples, a fim de que possa ser identificado o real poder do outro lado, o seu efetivo “poder de influência” na negociação.

Também é importante referir que as MASAs podem ser trabalhadas. O negociador pode conversar sobre a MASA do seu interlocutor e ele sobre a MASA do primeiro. Por vezes, até mesmo pode não ser inteligente apresentar logo a MASA, porque, de alguma forma, um negociador extremamente competitivo poderá se antecipar e prejudicar a implementação da MASA apresentada.

Abaixo é oferecido um resumo didático ao leitor:

- Não negocie antes de definir sua MASA;
- Defina sua MASA assim: a) faça uma lista de alternativas, caso o acordo não aconteça; b) trabalhe e aperfeiçoe cada uma dessas alternativas; c) escolha as mais viáveis e úteis para o realinhamento da negociação ou para abandoná-la;
- A negociação é definida pela pior ou melhor MASA de cada um = poder;
- Tenha atenção se deve ou não usar logo sua MASA ou mesmo expô-la;
- Procure descobrir a MASA do outro;
- Trabalhe em cima da MASA do outro;
- Não faça o acordo se a MASA é melhor.

A seguir, a segunda fase da negociação.

1.3.2. O CONTATO

1.3.2.1. PREPARAÇÃO

Michael Watkins¹⁷⁰ aponta alguns conteúdos úteis para que haja um bom começo de conversa na negociação. O primeiro deles diz respeito ao ambiente, indicando Watkins que é fundamental usar a técnica do “repartir o pão”. Isso quer dizer que é importante “comer e beber” junto com o interlocutor, motivo pelo qual o oferecimento de cafezinhos, bebidas e até coisas para comer pode tornar a negociação mais facilitada.

Em que pese o costume de alguns agentes públicos, principalmente da área jurídica, de fazer uso de grande complexidade, erudição e “pompa e circunstância” nos seus processos judiciais, todos são seres humanos. Como

¹⁷⁰ Negociação, Seu Mentor e Guia para Gerenciamento, Harvard Business Essentials. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2004, pp. 66, 67, 68.



tal, têm fome, sede, além de ser o ato de compartilhar extremamente benéfico para o consenso, conforme estudos sobre o assunto.

Ora, os negociadores estão diante do conflito e emocionalmente ansiosos pela sua resolução a bom termo. Portanto, nada melhor do que estabelecer sensações de bem-estar para começar o contato.

É óbvio que nem sempre isso é possível, por falta de orçamento dos órgãos públicos, por falta de tempo, porque o contato negocial muitas vezes se dá no âmbito de audiências judiciais formais, por causa da excessiva demanda e outras realidades. De qualquer forma, em uma negociação ideal, com tempo e local previamente escolhido, estas providências são úteis. Outro aspecto que merece relevo é a preparação do ambiente, proporcionando-se uma comodidade mínima aos interlocutores.

Devemos, então, atentar para o grande problema do ar-condicionado gelado ou quente demais, das janelas abertas ou fechadas, ou seja, excesso de calor, excesso de frio, vento, sol etc.

Mais uma vez, pode parecer até divertida esta abordagem. Entretanto, basta imaginar o início de uma interlocução grave, com interesses substanciais em jogo, tensões à flor da pele e o ar-condicionado do ambiente funcionando “a todo vapor” no frio. Pelo menos na cultura ocidental, nas interlocuções formais, homens vestem terno e gravata e mulheres vestidos, *tailleurs* e roupas mais leves e abertas. Assim, mulheres, por esta e outras razões de ordem biológica – a experiência indica que as mulheres sempre sentem mais frio que os homens – acabam sentindo mais frio. Feitas essas constatações, pergunta-se: como pretender que nossas interlocutoras consigam chegar à conciliação se estão morrendo de frio? Coloque-se nesta posição! O interesse, que inicialmente estava na eventual realização do acordo, estará no término da interlocução o mais breve possível, a fim de que pare o sofrimento. O mesmo poderá ser dito em relação ao calor excessivo.

Adequado, também, quando estiverem ocorrendo tais inconvenientes, que seja colocado o problema, objetivando corrigi-lo, o que, ao contrário de ser entendido como uma afronta ou desrespeito, deverá ser bem aceito.

Importa ressaltar que, eventualmente, a incorreta disposição e preparação do ambiente é realizada de maneira proposital por negociadores competitivos, objetivando desestabilizar seu interlocutor. Nestas circunstâncias, a postura adequada para o membro do Ministério Público será apontar os problemas, para que seja sinalizado que não terá receio de pontuar posturas erradas e que estará pronto para defender suas justas posições e interesses.

Certa vez, um negociador foi colocado em uma mesa de negociação com o sol batendo diretamente em seu rosto. Assim, nem sequer tinha condições de enxergar seu interlocutor. Impossível negociar assim.

Em outro exemplo, um negociador de assunto delicado e complexo foi colocado em uma mesa de negociação, sendo que, nas suas costas, era mantida uma porta aberta. Os questionamentos em nível interno, os pensamentos, os medos, obviamente aconteceram: por que aquela porta ficou aberta? Por que ficou aberta e estou de costas para ela? Existirá algum motivo para isso? Alguém poderá entrar subitamente por ela? Alguém estará ouvindo ou gravando as conversas? O desconforto impossibilita uma boa interlocução.

Também é positivo que as interlocuções sejam feitas em mesa redonda, precipuamente porque essa forma de fisicamente se posicionar estabelece, já de início, a concretização do princípio da igualdade e não uma estrutura duelística própria das mesas quadradas ou retangulares.

Aliás, tal polarização ainda é aumentada pela (muito comum) existência de enormes barreiras de livros, códigos ou processos entre os negociadores, o que, evidentemente, prejudica o fluxo energético que naturalmente acontece, bem como a própria comunicação, na medida em que sinais de linguagem corporal não são vistos ou recebidos. Além disso, pode estar sendo emitida uma mensagem subliminar, no sentido de que aquela barreira tem o objetivo de protegê-lo, talvez porque esteja com medo, receio ou qualquer outro motivo. Importante, portanto, eliminar as barreiras.

Igualmente útil é mesclar os interlocutores, de modo que não se criem “blocos de oposição” e, assim, as comunicações possam se desenvolver em maior número, com a participação ativa de todos e interação entre eles, haja



vista a natural necessidade de conhecer a pessoa que eventualmente tenha se posicionado próximo.

Por fim, ressalte-se que a preparação do ambiente não está restrita a salas ou locais fechados; o mesmo deve ser observado em negociações agudas envolvendo disputas de terra, invasões, grupos reivindicando questões, porque neste tipo de conflito coletivo, em que os ânimos estão acirrados, qualquer detalhe impróprio pode ter consequências irreversíveis.

1.3.2.2. CONSTRUÇÃO DO RELACIONAMENTO

Roger Fisher e Daniel Shapiro¹⁷¹ apresentam um importante estudo sobre o papel das emoções na negociação, apontando a existência dos chamados “interesses centrais”:

Em vez de ser pego por toda emoção que você e os outros estão sentindo, dê atenção ao que está gerando essas emoções.

Os interesses centrais são vontades importantes para quase todo mundo nas negociações. Usualmente são verbalizados, mas não menos tangíveis que outros interesses. Mesmo experientes negociadores não estão cientes das várias maneiras como essas vontades motivam suas decisões. Os interesses centrais oferecem uma poderosa estrutura para se lidar com as emoções sem submergir a elas.

[...]

Cinco interesses centrais estimulam, para o bem ou para o mal, as muitas emoções que afloram nas negociações. São eles: *apreciação, afiliação, autonomia, status e papel*.

Quanto você lida efetivamente com esses interesses, você pode estimular emoções positivas tanto em você como nos outros. Como todo mundo tem esses interesses, você imediatamente pode utilizá-los para estimular as emoções positivas. Isso é verdade mesmo quando você encontra alguém pela primeira vez. Você colhe os benefícios das emoções positivas sem

171 Além da Razão – A Força da Emoção Na Solução de Conflitos. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2009. Páginas 23 a 25.

precisar observar, categorizar ou diagnosticar os resultados das emoções mutantes em você ou nos outros.

Obviamente, sentimentos poderosos podem ser estimulados pela fome, sede, falta de sono ou dores. Os interesses centrais, entretanto, focam nos relacionamentos com os outros. Como a Tabela 3 ilustra, cada interesse central envolve como você se vê em relação aos outros ou como eles se veem em relação a você. (Grifo nosso)

Vamos aos conceitos e sua aplicação prática.

Apreciar

[...] alguém ou alguma coisa é um interesse relevante em uma negociação que se reflete em todos. Desde executivos a professores de ensino fundamental, desde diplomatas a trabalhadores da construção civil, todo mundo deseja ser apreciado por seus méritos. Os resultados decorrentes da demonstração desta apreciação são simples e diretos. A sensação é ruim quando não somos reconhecidos, diferentemente de quando somos valorizados¹⁷².

A *apreciação* pode ser emitida a partir de acontecimentos do momento ou mesmo de fatos pretéritos, podendo estar relacionada a aspectos da pessoa do interlocutor, realizações dele ou, até mesmo, à própria instituição que eventualmente integre. A medida desta técnica é a razoabilidade, de modo a que a ação seja agradável e educada.

Surtem efeito particularmente inverso exagerados e rasgados elogios, com excessiva emoção, principalmente em um ambiente já naturalmente sério e profissional, motivo pelo qual deve ser utilizada a técnica com parcimônia.

Os mesmos Fisher e Shapiro¹⁷³ tecem valiosos comentários sobre o “interesse central”, “*afiliação*”:

172 Fisher e Shapiro, ob. cit. p. 34.

173 Ob. cit. p. 58.



Quando negociamos, enfrentamos diferenças reais ou possíveis. Nosso objetivo é lidar com essas diferenças de modo a nos satisfazer, com a menor perda de tempo e recursos possíveis. Quando trabalhamos em conjunto, esse processo é mais eficiente. Combinar o poder mental e a capacidade de entendimento das duas partes envolvidas significa estabelecer uma situação para alcançar um resultado satisfatório para todos.

Uma parte importante do trabalho em conjunto envolve *afiliação*. O termo *afiliação* vem do verbo latino *affiliate*, que quer dizer ‘adotar ou receber em família’. Como um interesse central, a afiliação descreve nosso senso de conectividade com as outras pessoas. É o espaço emocional entre nós e eles. Se nos sentimos afiliados a uma pessoa ou grupo, nos sentimos ‘próximos’, e nessa condição fica mais fácil trabalhar em conjunto.

Vemos o outro não como um estranho, mas como alguém de nossa ‘família’. O resultado é que cada um de nós tenderá a zelar pelo outro, proteger seus interesses e procurar o bem. Haverá menor resistência às novas idéias e maior abertura para mudar nosso pensamento. A lealdade mútua nos mantém honestos, nos leva a buscar acordos mutuamente benéficos e provavelmente nos honrará com um acordo.

[...]

Ao encontrar a outra pessoa, você pode iniciar uma discussão sincera sobre algumas coisas que ligam vocês, tais como:

- Sua idade (‘Em dias como esse, a aposentadoria parece algo tentador’)
- Sua posição (‘O seu chefe faz você trabalhar no fim de semana, como o meu’)
- Sua família (‘Você tem filhos pequenos? Como você equilibra o trabalho e o lar?’)
- Sua vivência (‘Que coincidência que os meus e os seus pais são de Berlim!’)
- Sua convicção religiosa (‘Você tem alguma boa receita para o Domingo de Páscoa?’)
- Algum interesse comum, como caminhada, música ou xadrez (‘Eu realmente gosto de esqui também. Seria muito bom pegar nossas famílias e viajar no inverno para alguma estação de esqui!’).

O estabelecimento de identificação com o interlocutor é uma ferramenta bastante eficaz para que seja facilitada a troca e a aceitação recíproca de ideias.

Sem dúvida, o bom exercício desta capacidade de criar ligações que estabeleçam conexões pessoais e diminuam o natural distanciamento profissional poderá gerar resultados bastante exitosos.

O terceiro interesse central é a **autonomia**, evidenciada pelo desejo que todas as pessoas têm de decidir sobre as coisas e questões e, sob outro prisma, o desejo de que sejam respeitadas as decisões por elas tomadas, sendo certo que gera constrangimentos, desconforto e dificuldades a eventual invasão na autonomia de cada um.

Fisher e Shapiro¹⁷⁴ fornecem o exemplo de uma advogada que marca um encontro preliminar de negociação com outro advogado, para que ambos tratem dos pontos preliminares de um conflito. O advogado deslocou-se até o aeroporto para receber a advogada e foi surpreendido porque ela veio acompanhada por mais dois advogados assistentes. Desgostoso, ressaltou que haviam marcado a reunião da qual apenas ambos participariam. A advogada respondeu que aqueles assistentes já tinham preparado um esboço do acordo. Com tal informação, aumentou a insatisfação do advogado. Visando contornar a ocorrência, esclareceu ele que já havia programado um jantar em sua casa, que seria preparado pela sua esposa, ao que respondeu a advogada que já tinha uma programação acertada. Resultado: o advogado foi maculado na sua autonomia e, portanto, sentiu-se traído e frustrado, o que evidencia que a negociação começou mal e haverá problemas no seu desenrolar.

Reconhecimento do **status** é o quarto interesse central. Corresponde ao “[...] nível de como somos lembrados como alguém importante ou famoso...”¹⁷⁵. O **status** pode estar relacionado ao aspecto financeiro, social, moral, habilidades especiais, pensamento, erudição, força, experiência de vida.

174 Ob. cit., p. 76.

175 Fisher e Shapiro. Ob. cit., p. 97.



O *status* nos é muito caro porque ele

[...] eleva tanto nossa autoestima quanto a estima que os outros nos dedicam. Todo mundo deseja ser 'alguém', uma força para ser reconhecida, uma voz para se prestar atenção, uma pessoa para ser conhecida. Seja por nosso preparo, vitórias, família, serviço ou posição na organização onde trabalhamos, com certeza adoramos ter um *status* elevado reconhecido pelos outros e por nós mesmo. Alto *status* também dá peso às nossas palavras e atos. Podemos usá-lo para influenciar os outros.¹⁷⁶

Então, quando o negociador não tem sua posição, seu *status* reconhecido, são geradas emoções variadas, desde o desrespeito até à raiva, que, da mesma forma, podem ser geradas no interlocutor. Em ambas as situações, pode ser facilmente percebido que a negociação tenderá a apresentar problemas, se não restar inviabilizada.

Por último, o interesse central relativo ao “*papel*”. As pessoas desempenham vários papéis: pai, mãe, filho, filha, advogado, psicólogo, amigo, amiga, patrão, empregado. Como é natural, todos sempre procuram desempenhar seus papéis da melhor forma.

Em uma negociação o mesmo acontece. O interlocutor, assim como o negociador, precisam sentir que estão agindo correta e proficuamente no desempenho dos seus papéis. Caso isso não esteja acontecendo, o desconforto e a inconformidade passam a assumir um caráter prejudicial na negociação.

Por isso, é sempre importante o negociador estar ciente dos seus papéis na negociação, inclusive atentando para tal aspecto quando da fase do planejamento, a fim de que não aconteçam ruídos e atritos de comunicação no desenvolvimento da interlocução, muitas vezes surgidos do desrespeito ou da invasão nos papéis de cada um.

Principalmente em se tratando de agentes públicos, por vezes muito ciosos da sua autonomia e independência, as interlocuções mantidas com este tipo de profissional devem merecer uma maior atenção, para que não se percam

176 Fisher e Shapiro. Ob. cit., p. 96.

boas oportunidades de parcerias entre órgãos, por causa de problemas menores ocorridos devido a uma má comunicação ou por desleixo em relação aos espaços que cada um assume em uma negociação.

É claro que estes cinco elementos não são os únicos responsáveis pela construção de um bom relacionamento.

A **credibilidade** é outro fator de relevo.

De fato, a qualificação, a fidedignidade, a fama, ou seja, aspectos pessoais e profissionais dos interlocutores contribuirão para uma melhor ou pior negociação.

É adequado, portanto, que os negociadores estejam plenamente qualificados para a discussão dos assuntos, sendo importante não somente a coleta de informações técnicas, como, principalmente, o estudo e a prática das técnicas de negociação.

Sempre será mais fácil manter a interlocução com pessoas seguras, equilibradas, com bom nível técnico e resolvidas, do que com altas autoridades encasteladas, que se restringiram à erudição e ao egoísmo.

Também não depende a qualificação de classe social ou de quantidade de dinheiro, já que, não raro, são concluídas negociações alicerçadas apenas “no fio do bigode”, como se diz na linguagem coloquial.

Na qualificação devem ser destacados, em especial, os poderes que os interlocutores possuem para conciliar. Este é um ponto básico que deve ser definido já no primeiro contato, a fim de que não seja gasto tempo em vão. Caso algum dos participantes não possua poderes para conciliar, o encontro deve ser suspenso, pois esta é uma condição imprescindível para a obtenção do acordo.

A **fidedignidade** é outro elemento fundamental, explicitador do princípio da confiança. Acordos vêm abaixo por pequenos deslizamentos de argumentação, evidenciados pela falta de coerência e de verdade. Muitos nem sequer iniciam, porque o negociador já adquiriu sua fama na comunidade em que atua, sendo conhecido pela sua falta de fidedignidade. Este, portanto, é um



elemento imprescindível para que o agente público possa se manter inserido no contexto social e que levará ao natural êxito da sua atividade.

Para concluir, podem ser apontados alguns outros aspectos, tais como a *autoapresentação*, a *postura*, a *socialidade*, a *extroversão*, a *solicitude*, o calor humano, o interesse pessoal simples e a *empatia*, como ações importantes para a construção do relacionamento.

A seguir, a terceira fase da negociação.

1.3.3. A OBJETIVAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO

Por objetivação da negociação será identificada a fase em que, de forma mais direta, os negociadores passam a discutir as questões atinentes ao (s) objeto (s) controvertido (s), querendo deixar claro que os elementos antes abordados também nesta etapa deverão continuar a ser praticados, pois o planejamento e o contato são os alicerces, os quais, por óbvio, permanecerão como bases da construção do acordo e têm no bom ou melhor relacionamento a argamassa que mantém estável a estrutura conversacional em que se constitui a negociação.

Esta fase estará dividida, para fins didáticos, em três grandes seções, sendo a apresentação meramente exemplificativa, eis que existem inúmeras outras abordagens que poderiam ser feitas, tais como a relativa aos estilos de negociador, canais de persuasão¹⁷⁷ e a própria psicologia da negociação¹⁷⁸:

1.3.3.1 COMUNICAÇÃO

1.3.3.1.1. uso de perguntas;

1.3.3.1.2. fala ativa;

1.3.3.1.3. escutar e receber mensagens;

177 CIALDINI, Robert. B.. *As Armas da Persuasão – Como influenciar e não se deixar influenciar*. Trad. KORYTOWSKI, Ivo. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

178 BAZERMAN, Max. MALHOTRA, Deepak. *O Gênio da Negociação – As Melhores Estratégias para Superar os Obstáculos e Alcançar Excelentes Resultados*. Trad. GERHARDT, Natalie. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

1.3.3.1.4. fatores da mensagem:

1.3.3.1.4.1. conteúdo;

1.3.3.1.4.2. estilo persuasivo;

1.3.3.1.4.3. estrutura.

1.3.3.2 DEFESA COMPETITIVA;

1.3.3.3. PERCEPÇÃO e o VIÉS COGNITIVO;

1.3.3.1. A COMUNICAÇÃO

A boa comunicação é outro pilar da negociação, assim como a má comunicação é a sua maior inimiga.

Nesta seção, serão mostradas algumas técnicas básicas para que a comunicação se estabeleça de maneira profícua e, assim, sirva de combustível para a obtenção do consenso.

1.3.3.1.1. O USO DE PERGUNTAS

1.3.3.1.1.1. OBJETIVOS

Esta é uma das principais ferramentas da comunicação. O *uso de perguntas* tem uma função básica inicial, que é a obtenção de informações, mas não só isso, haja vista que também pode servir para variados objetivos, até mesmo o simples e importante “descansar” ou “se acalmar”.

De fato, as perguntas valem, em sua utilização mais elementar, para coletar informações variadas, seja sobre o ponto controvertido substancial, elementos fáticos, jurídicos e sociais periféricos, seja sobre dados pessoais úteis para que os negociadores possam melhor conhecer as circunstâncias que envolvem o problema.

Um segundo objetivo das perguntas, por vezes, poderá ser destravar a negociação, a fim de melhor implementar as táticas e metas, coerentemente com o planejamento inicial formulado. Por exemplo, um negociador poderá ter de usar as seguintes perguntas: a possibilidade de você ter fechada a sua



empresa não o preocupa? Várias reações poderão ocorrer: poderá ser concluída, no ato, a negociação; a negociação poderá ser destravada e orientada no sentido do encontro de uma solução menos traumática; o interlocutor poderá fazer outra pergunta tal como “e como você veria, em decorrência disso, a demissão de mil trabalhadores?”; poderá haver uma terceira pergunta: “e não teríamos uma outra possibilidade de conclusão negociada do nosso problema?”.

Em outras ocasiões, as perguntas poderão servir para relaxar a tensão dos debates, desviando a atenção, em pontos críticos da objetivação da negociação, para interesse mais brando e ameno. Um singelo exemplo seria fazer a seguinte pergunta: “Não seria o momento exato para tomarmos um café e aproveitarmos para, quem desejar, ir ao banheiro?” ou, quem sabe: “nós aqui discutindo! Não seria melhor estarmos travando este debate na beira da piscina ou na varanda do hotel, de frente para o mar?” (bom humor, de forma dosada, é uma importante tática para derrubar barreiras de comunicação).

Uma quebra ou desvio de atenção, eventualmente, pode ser benéfico, devido à surpresa gerada pela mudança radical de diálogo, passando de um relacionamento problemático e que ninguém deseja estar passando, para uma proposta agradável e que, provavelmente, será aceita pelo interlocutor, que não suporta mais as sensações negativas que está vivenciando.

As perguntas servem, em um outro enfoque, para organizar procedimentos ou definir questões, a fim de que sejam combinadas as regras da negociação, como ocorreu no exemplo da advogada que havia ajustado com o seu interlocutor que iriam se encontrar sozinhos para a discussão dos aspectos preliminares do ajuste. Outro exemplo seria o seguinte: “o que o senhor pensa sobre suspender por 10 dias o lançamento dos resíduos na atmosfera, prazo no qual pensaríamos em uma proposta alternativa?”.

São importantes perguntas para propor reflexões. Pode ser usada a seguinte tática: “Será útil para a sociedade e também para a sua empresa que permaneçamos litigando em juízo por 10 anos, sem qualquer resultado concreto para ambos?” Outra: “O que o senhor imagina que seus vizinhos, amigos, ou seja, a comunidade em geral, pensa do fato de a sua empresa estar cons-

tantemente lançando espuma tóxica e óleo no rio que banha a cidade?” Uma terceira: “o senhor já olhou as fotografias que mostram os pássaros banhados em óleo?”.

O uso de perguntas ainda pode ser uma poderosa arma por intermédio da qual o negociador ganha tempo diante de alguma eventual agressão por parte do interlocutor. Ao invés de reagir a uma comunicação agressiva, o negociador poderá fazer perguntas em torno da conduta do seu opositor e, com isso, se afastar do conhecido “*ping-pong*” de manifestações agressivas, que não leva a qualquer resultado produtivo. Esse tipo de postura, em que são usadas perguntas sobre a agressão que está sendo tentada, não somente tem o condão de reduzir o nível de agressividade do opositor, pois não recebe de volta o “combustível” para o acirramento da relação, como também lhe dá a oportunidade de refletir sobre a produtividade da sua conduta. O uso de perguntas em tais casos igualmente é eficiente para que o negociador mantenha a calma e não entre no jogo do seu agressor, que deseja, provavelmente, desestabilizá-lo, a fim de obter alguma imaginada vantagem.

1.3.3.1.1.2. FOCO

O foco das perguntas deverá ser a posição e os interesses do interlocutor, de modo a que o negociador tome conhecimento do que, efetivamente, é pretendido por ele e não fique caçando moinhos de vento.

Também devem ser estabelecidos, como foco, as necessidades dos negociadores, pois nelas poderão ser encontradas alternativas criativas para o atendimento dos interesses de ambos. Por exemplo, o uso de perguntas pode ser útil para esclarecer que a empresa não poderia estar sendo demandada por questões ambientais, sob pena de não ser classificada em licitações internacionais. Tal descoberta, inicialmente inimaginável, contribuirá decisivamente para a consecução de uma solução negociada.

Também devem ser enfocadas as percepções, as emoções e os significados sentidos pelo interlocutor, sempre buscando melhor conhecê-lo, evitando, com isso, que sejam adotadas ações que possam inviabilizar a continuidade das



tratativas e mantendo um clima de respeito e de real preocupação com a satisfação dos interesses da outra parte. Isso será particularmente válido em negociações com pessoas de outras culturas, tais como indígenas e quilombolas.

Perguntas também devem enfatizar os argumentos do interlocutor, com a finalidade de melhor compreendê-los, contrapor-los, confirmá-los, sendo bastante útil e frequente este tipo de manejo.

1.3.3.1.1.3. TIPOS

Existem, por óbvio, vários tipos de perguntas, e podem ser geradas múltiplas classificações.

Entretanto, será apresentada a classificação utilizada por Lewicki, Saunders e Minton, extraída de Gerard Nieremberg¹⁷⁹, que as divide em manejáveis e intratáveis, assim apresentadas¹⁸⁰:

MANEJÁVEIS

Perguntas de final aberto, que não são respondidas com sim ou não. São usados *quem, qual, quando, onde e por quê?*

Perguntas abertas – convidam o outro a pensar.

Perguntas enviesadas – apontam para uma resposta.

Controladas – possuem baixa emocionalidade.

Planejadas – partem de uma sucessão lógica global de perguntas em sequência.

179 Ob. cit. p. 159, extraído do livro *Fundamentals of Negotiating* (New York: Hawthorn Books, 1973), pp. 125-26.

180 Ob. cit., p. 159.

De deleite – lisonjeiam o oponente, ao mesmo tempo em que você pede informações.

Perguntas-janela – ajudam a observar a mente da outra pessoa.

Perguntas diretas – focalizam em um ponto específico.

Perguntas-termômetro – averiguum como a outra pessoa se sente.

INTRATÁVEIS

Perguntas fechadas – forçam a outra parte a ver as coisas do seu modo.

Carregadas – deixam a outra parte exposta, independentemente da resposta dela.

Intensas – possuem alta emocionalidade, causam respostas emocionais.

Impulsivas – acontecem sem planejamento e tendem a tirar a conversação do seu rumo.

Ardilosas – parecem exigir uma resposta honesta, mas, na realidade, estão “carregadas” em seu significado.

Ardilosas reflexivas – levam o outro a concordar com seu ponto de vista.

1.3.3.1.2. FALA ATIVA

Uma questão importantíssima que precisa ser abordada é o tipo de fala que terá êxito ou fracasso na negociação.

Algumas categorias de profissionais da área do direito são acostumadas a uma postura de falar em excesso, sendo interessante analisar as interlocuções que colegas da mesma categoria mantêm entre si, a ansiedade com que precisam executar a ação de emitir seus entendimentos, convicções e conclusões.



Em se tratando de negociação, todavia, deve-se atentar para uma postura que possa, de forma pedagógica, corrigir algumas características próprias de determinados agentes públicos, como forma de fazer com que suas atuações profissionais sejam praticadas com mais eficiência.

Os discursos, então, que serão travados em mesa de acordo, devem respeitar os interesses de ambos e ter como destinatário o interlocutor, pois é com ele que o negociador precisa estabelecer o ajuste. Isso porque, muitas vezes, agentes públicos realizam suas preleções e conversas para eles próprios, para a satisfação das necessidades subjetivas de autoestima, exibicionismo, orgulho, postura esta absolutamente inadequada.

O discurso deve ser para o interlocutor, cuidando para que as mensagens possam estar sendo bem recebidas, captadas e introjetadas na mente, sob pena de se configurar um diálogo vazio, inócuo e, portanto, dispensável.

Lempeleur, Colson e Duzert¹⁸¹ apontam a existência de cinco discursos que devem ser evitados (apenas exemplificativo):

- a) Discurso ausente: ocorre quando a pessoa é muito econômica nas palavras, situação esta que, inclusive, gera algum constrangimento, quando ambos interlocutores têm a mesma característica, porque o diálogo fica truncado, não fluindo e prejudicando a comunicação;
- b) Discurso de si mesmo: acontece quando a pessoa fala para ela mesma, esquecendo-se de que deve se ajustar com o interlocutor. Existem outros que falam excessivamente de si mesmos, contando vitórias, acordos anteriores, conduta esta que pode aborrecer os demais participantes da interlocução;
- c) Discurso técnico: é outro grande vício de alguns agentes públicos profissionais do direito. Nas interlocuções para o consenso, muitas vezes estão envolvidas pessoas de áreas variadas, seja do consumidor, do meio ambiente, pessoas humildes da comunidade, indígenas, ocasiões em que é preciso utilizar uma linguagem compatível com a situação,

181 Ob. cit., p. 112.

- de modo a que as trocas de ideias possam ocorrer com utilidade. Assim, discursos técnicos cheios de erudição são absolutamente dispensáveis, por serem contraproducentes.
- d) Discurso arrogante: da mesma forma, o discurso arrogante não é eficiente e serve, apenas, para gerar sentimentos de insatisfação e repulsa ao interlocutor. Aliás, é bastante comum de ser identificado na postura de autoridades, quando em interlocução;
 - e) Discurso agressivo: com muito mais razão, a fala agressiva somente gerará mais conflito.

1.3.3.1.3. ESCUTAR E RECEBER MENSAGENS

Outra “arma” poderosa que precisa ser mais praticada pelos agentes públicos é o “escutar”. Impressiona a dificuldade que algumas autoridades em mesa de negociação apresentam quanto a este aspecto, fato que talvez possa ser atribuído à cultura adversarial gerada principalmente pela maioria das universidades brasileiras, que formam os profissionais da atualidade, em especial na área das Ciências Jurídicas.

Escutar proporciona não somente a coleta de informações úteis, como também a reflexão e a realização de conexões entre os temas debatidos. Escutar, portanto, é uma postura inteligente, porque o ser humano somente exerce a faculdade de realizar ligações cerebrais quando há tempo, estabilidade emocional e energia concentrada em tal atividade.

É imensamente precária a estruturação do pensamento quando a pessoa está falando sem parar, sendo evidente que tais processos mentais se darão, predominantemente, a partir de suas próprias convicções, desprezando informações lançadas por outros envolvidos na negociação e limitando, assim, a possibilidade de consenso.

Escutar, portanto, além de ser uma demonstração de humildade e inteligência, é um sinal de educação, pois evidencia que o negociador tem respeito pelo seu interlocutor, revelada pela liberdade a ele oferecida para que exponha os seus pensamentos e ideias.



Não bastasse isso, o escutar proporciona “perceber” vozes muito mais eloquentes advindas de outras fontes de comunicação, que são a linguagem do corpo, a linguagem corporal cinestésica¹⁸², e a linguagem ambiental, ou seja, o nível de aceitação, rejeição, sintonia, que as posturas dos interlocutores estão gerando no ambiente da negociação.

Por todos esses aspectos, ESCUTAR É PRECISO.

Mas como escutar? Há três formas:

a) escuta passiva – corresponde ao modo de escuta em que a pessoa recebe a mensagem e não dá retorno, permanecendo impassível e com uma reação uniforme. Este tipo de escuta é altamente prejudicial para a negociação, porque o emissor da mensagem não se sente acolhido nas suas manifestações.

De fato, na escuta passiva o semblante uniforme do interlocutor não expressa maiores elementos de comunicação ao emissor das mensagens, gerando um estado de preocupação a quem emite a mensagem, seja quanto ao seu conteúdo, seus efeitos e, até mesmo, a correção do que está sendo dito. Não são necessários maiores argumentos para concluir que toda ação que gere um sentimento de desconforto não é uma ação adequada para a negociação.

Além disso, a escuta passiva, na medida em que impede, ou pelo menos dificulta, que o emissor lance suas mensagens de forma tranquila, acaba fazendo com que ele se manifeste de maneira menos clara, pois estará preocupado com o que estará acontecendo para justificar aquele tipo de postura, e não elaborará com precisão o que deseja dizer. Com isso, o negociador, usando de uma escuta passiva, fica menos esclarecido quanto aos pontos do seu interlocutor, e é exatamente aí, na incorreta comunicação, que residem os maiores problemas relacionais da negociação: o “mal entendido”.

182 GARDNER, Howard. Estruturas da mente: a teoria das inteligências múltiplas. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994. Falando sobre a linguagem corporal cinestésica o autor assim comenta “[...] o corpo é mais do que simplesmente uma outra máquina, indistinguível dos objetos artificiais do mundo. Ele é também o recipiente do senso de eu do indivíduo, seus sentimentos e aspirações mais pessoais, bem como a entidade à qual os outros respondem de uma maneira especial devido às suas qualidades humanas”.

A escuta passiva é um “balde de água fria” para a manutenção do contato negocial.

b) escuta de reconhecimento – é o conhecido “humm-humm”, “hamm-hamm”, ou seja, um nível ligeiramente mais ativo que o anterior. É claro que o negociador não passará todo o tempo fazendo tais “barulhinhos”, mas, em uma comunicação corriqueira, são normais tais formas de se manifestar, porque indicam que está havendo um reconhecimento, um entendimento do que está sendo dito. Esta é a linguagem comum ao telefone, substitutiva da carência presencial, mas que pode ser acrescida de variações, tais como o “entendo”, “realmente”, “de fato”.

c) escuta ativa – nesta o negociador estará parafraseando ou reafirmando o que é dito pelo seu interlocutor. Tais posturas de incentivo, de estímulo ao outro, permitem que ele revele tudo e mais um pouco do que pensa e sente. Por isso, esta maneira de escuta é imensamente proveitosa para a negociação, porque proporcionará um maior número e uma melhor qualidade de informações.

De fato, a escuta ativa é essencialmente prospectiva, pois, ao invés de ignorar, desprezar os argumentos do outro, ela explora pontos que são ditos, descobrindo outros que se revelam naturalmente, quando o negociador escuta uma narrativa entusiasmada, na qual o emissor se sente bem, “aplaudido”, “aceito” naquilo que está a manifestar.

A escuta ativa, ao contrário da primeira, faz com que a convivência seja agradável e, quando há agrado em realizar alguma atividade, por certo que os resultados serão muito mais profícuos.

Outro elemento fundamental da comunicação é o RECEBIMENTO DAS MENSAGENS, ou seja, quais os recados, quais as mensagens que os negociadores emitem aos interlocutores com determinadas atitudes ou posturas. Assim, serão apontadas algumas situações, sem o objetivo de se considerar o rol como exaustivo, porque ele dependerá da cultura de cada povo. Serão divididas, então, para fins didáticos e elucidativos, em dois grupos, da seguinte forma:



a) recepções atinentes ao contato visual – os olhos – incluindo toda a estrutura física que os compõe, ou seja, as pálpebras, sobranceiras, íris – são a expressão do espírito. Com eles as pessoas amam, odeiam, contemplam, vivem. Por isso, os olhos são tão poderosos.

Uma postura adequada, neste aspecto, ao menos para os ocidentais, será a de olhar atentamente nos olhos do interlocutor, mas de maneira moderada. É especialmente desconfortável e causador de dúvidas negociar com alguém que não olha nos olhos. Essa postura gera insegurança: “Por que esta pessoa não me olha nos olhos? Será que está com medo? Será que esconde algo?”.

O olhar deve ser moderado, porque tudo que é demasiado prejudica. Fitar alguém sem parar não pode ser aceito como bom para a negociação, porque também expressa algum tipo de anomalia ou, talvez, que a pessoa “está mas não está ali” naquele espaço, haja vista que a ação de fitar (fixar a vista, cravar ou pregar os olhos em) pode expressar o ato de refletir sobre outra questão.

Deve, portanto, ser um olhar moderado, também não precisando ser um “olhar bovino” – olhar da vaquinha ruminando o pasto. Cada um encontrará o seu “ponto” adequado.

b) manifestações corporais – é claro que o item anterior poderia estar agregado a este. Afinal, os olhos também fazem parte do corpo. Houve opção por essa divisão no intuito de ressaltar aquele aspecto, para o efeito de que o leitor perceba a sua importância.

A linguagem cinestésica é básica para a comunicação. Os estudos (Albert Mehrabian e Susan Ferris, *Jornal of consulting psychology*, v.31, nº 3, 1967) demonstram que **55%** da comunicação face a face se dá através do corpo, gesto e expressão facial; **38%** é tributável à tonalidade, intensidade e outras características da voz e apenas **7%** é realizada através das palavras.

Assim, alguém poderá estar dizendo algo com as mais belas palavras e construções gramaticais, mas seus interlocutores poderão estar percebendo mensagens absolutamente diversas daquilo que é dito, provavelmente, a verdade, e não o que pretende o emissor da mensagem falsa.

De fato, não adianta dizer mentiras, pois o corpo o estará delatando. Não será aqui realizada uma abordagem mais aprofundada sobre os vários significados corporais. Uma coisa, entretanto, é certa: O CORPO FALA, e fala com muito mais eloquência do que as palavras ditas.

Como exemplo, pode ser citado o franzimento de testa, que é recebido como desaprovação, agressão etc.

Outro erro bastante comum é o cruzamento dos braços no meio da interlocução. Não é adequado, porque a atitude de acolhimento clássica é manifestada por intermédio dos braços abertos. É comum o dito: “Estaremos sempre aqui, de braços abertos!”. Ora, por óbvio que a ação contrária, “braços cruzados”, tem como significado exatamente o inverso: “Não acolho o que dizes”.

Outro singelo exemplo: baixar e dobrar a cabeça para um dos lados e produzir uma leve expiração – ato de tirar o ar dos pulmões – é sinal de desprezo, de negação, também de desaprovação, de desdenho. O mesmo pode ser dito do leve apertar da boca junto com o franzimento da testa. Todas essas manifestações expressam muitos pensamentos e sentimentos. Por isso, cuidado ao usá-las. Treinar é o caminho para não cometer, por descuido, atitudes que poderão levar ao fracasso da negociação.

1.3.3.1.4. MENSAGENS EFICAZES E INEFICAZES

A mensagem poderá ter vários conteúdos. Portanto, o bom negociador deve fazer com que tais conteúdos possam ser corretamente apreendidos pelo seu interlocutor.

Em um primeiro momento, é importante fazer com que ela se torne atraente para o outro negociador.

Também é adequado que o negociador apresente suas propostas e comente as formuladas pelo interlocutor, de modo a demonstrar as vantagens e desvantagens que uma ou outra tem para os interesses de todos.



Isso reforça que a abordagem sempre deve ser bilateral e não unilateral, estimulando uma participação ativa de ambos, com fala e escuta ativa.

São, igualmente, adequadas táticas em que repetições moderadas podem ser utilizadas e que assuntos ou temas muito extensos sejam abordados em partes, de modo a ir reduzindo, passo a passo, os pontos de conflito, bem como obtendo, também gradativamente, conclusões parciais em torno do ponto controvertido matriz.

A título de exemplo, podemos citar o caso concreto em que uma grande empresa montadora de veículos se instalou em determinada área e passou a causar danos ambientais variados – nos rios, na atmosfera, na vegetação. Se for conseguido em uma primeira interlocução fechar um acordo para ao menos estancar o lançamento de resíduos tóxicos nas águas do entorno, já será uma grande vitória.

Nessas situações são úteis TACs parciais, acordos parciais homologados judicialmente ou formulados em nível extrajudicial. Aliás, deve ser ressaltado que as conclusões devem ser explicitadas, não podendo ser perdida a oportunidade de formalizá-las, sendo um equívoco deixá-las no ar.

Da mesma forma, são completamente inadequadas ameaças, ataques ou qualquer mensagem que incite medo no interlocutor. Assim, não ameace, force, intimide, pessoalice, melindre ou use imediatamente o “sim” ou o “não”. Seja paciente, inteligente e reflita antes de decidir.

O “poder” é tanto mais eficiente, quanto mais o negociador tenha condições de exercer sem apresentá-lo de forma ostensiva, mas sim pela espontânea adesão dos demais às suas pretensões e interesses.

Assim, caso, por exemplo, tenha de utilizar sua MASA, em vez de dizer “Tu estás querendo que uma ação judicial feche a tua empresa?”, preferível que a consequência natural legal para a conduta do poluidor seja explicitada de outra forma: “Veja. Infelizmente, caso não chegemos a um consenso, minha única alternativa será propor ação judicial para a interdição da tua empresa, o que não será benéfico para a instituição que represento, para a

sociedade - pessoas poderão ser demitidas -, e nem para o senhor, que terá sustada sua atividade. Ou seja, não é bom para ninguém. Vamos refletir para encontrar outra solução?”. Tal postura demonstrará preocupação sincera com o outro e seus interesses, pois apresenta uma possibilidade real, não uma mera ameaça, um forçar. Importante salientar a diferença entre *ameaça* e *alerta*. A *ameaça* possuiu uma natureza pessoal e subjetiva, sendo que o *alerta* corresponde a um esclarecimento impessoal e objetivo.

Outra técnica útil para proporcionar reflexão em torno das propostas do negociador, evitando que haja uma resposta negativa, uma defesa ou um contra-argumento, é a utilização de distrações durante a interlocução. Então, deve o negociador estar atento para o uso de gráficos, fotografias, vídeos, gravações, maquetes, ou seja, todo material que esteja disponível e que tenha sido captado na fase do planejamento.

Surpreender positivamente, igualmente, pode ser muito eficaz. Por vezes, as pessoas que realizam interlocuções com agentes públicos esperam uma postura arrogante, dura, agressiva, sendo surpreendidos quando se deparam com uma conduta gentil, educada e, até mesmo, amistosa. Ou seja, “no ponto certo”. Isto é um grande combustível para a negociação.

Por último, varie a sua entonação de voz de modo a que suas referências tenham mais força persuasiva. Claro que não demais, sob pena de ficar uma conversa artificial, teatral, caricata, mas na medida certa, porque a mesma entonação, todo o tempo, torna-se extremamente aborrecida, dá sono e desvia a atenção.

4.3.2. PERCEPÇÃO E VIÉS COGNITIVO

Daniel Kahneman recebeu o Prêmio Nobel de Economia de 2002 pelo trabalho com Amos Tversky sobre as maneiras sistemáticas em que a mente humana desvia-se da racionalidade. Esse trabalho profundo revolucionou campos como o da economia, psicologia, finanças, direito, medicina e marketing. É a chamada *pesquisa da decisão comportamental*¹⁸³. Ela mos-

183 MALHOTRA, Deepak e BAZERMAN, Max H. *O Gênio da Negociação – As Me-*



trou que, embora seja necessário orientar negociadores a serem racionais, isso é insuficiente, pois eles precisam estar cientes dos hábitos e preconceitos mentais que podem fazer com que não sigam o caminho da racionalidade. Por isso, é importante saber que esses “erros” são sistemáticos e previsíveis e, assim, tentar evitá-los.

Segundo Lewicki, Saunders e Minton¹⁸⁴, percepção “[...] é o processo através do qual os indivíduos se ligam ao seu ambiente”. Continuam os mestres:

A percepção é um complexo processo físico e psicológico. Foi definida como ‘o processo de ignorar, selecionar e interpretar estímulos de forma que tenham significado ao indivíduo’. A percepção é um processo de ‘fazer sentido’; as pessoas interpretam seu ambiente de forma a que elas possam dar respostas apropriadas a ele. A maioria dos ambientes é extremamente complexa – apresenta um grande número e uma grande variedade de estímulos, e cada um tem propriedades diferentes como magnitude, cor, forma, textura e novidade relativa.

Os vieses cognitivos são erros sistemáticos que podem ser executados quando são processadas as informações e decorrem de distorções cognitivas ou emocionais, que fazem com que o negociador se afaste da realidade contextual na qual está inserida a questão.

Apresentam os autores acima citados, inicialmente, quatro possíveis ocorrências que poderão travar ou trazer problemas à boa negociação, por isso é importante comentá-las.

A primeira delas é o **ESTEREÓTIPO**. Corresponde a uma generalização que os seres humanos têm a propensão de fazer, a qual não possui nenhum aporte científico, estatístico ou fático de peso, que possa autorizar a sua adoção como um paradigma para a conduta na negociação. São exemplos: “todos os homens são iguais”, “os americanos são assim...”, “todas as mulheres são barbeiras” etc.

lhores Estratégias para Superar os Obstáculos e Alcançar Excelentes Resultados. Trad. GERHARDT, Natalie. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. Páginas 141 e 141.

184 Ob. cit., p. 147.

Devido à inexistência de uma comprovação de verdade em tais afirmações, por óbvio que o agente que associar suas posturas a elas estará, da mesma forma, fortemente propenso a ter problemas de comunicação e a tomar decisões inadequadas.

Outro preconceito que acontece é o **EFEITO HALO**, caracterizado por uma pré-concepção a partir de dados de realidade que levam a uma conclusão absolutamente irreal e despida, da mesma forma, de verdade. Alguns exemplos são: “deve ser honesto. É tão sorridente”, “ela se acha”, “o jeito que se veste diz tudo” etc.

Tanto pelo lado da maior aproximação, como pelo do maior afastamento em relação ao nosso interlocutor, o *efeito halo* é prejudicial, porque poderá fazer com que o negociador firme compromissos com quem não deve, tudo em nome de um falso e permanente sorriso, podendo, também, gerar a inviabilização do ajuste, porque coloca em sua cabeça que determinada pessoa é presunçosa, arrogante, quando isso não é verdadeiro.

A terceira situação é a **PERCEPÇÃO SELETIVA**: o ser humano tem inclinação para reter aquilo que favorece sua convicção e a desprezar o que se opõe a ela.

A percepção seletiva blinda a mente, impedindo uma necessária abertura de ideias, percepções e detalhes, que podem auxiliar na obtenção do consenso.

A **PROJEÇÃO** é outra distorção e acontece quando são designados aos outros as características e os sentimentos que o negociador possui, como se todos fossem iguais. Ou seja, os indivíduos entendem, arbitrariamente e egocentricamente, que tudo e todos são como eles e que, portanto, devem agir como acha que os outros agirão.

A estas quatro ocorrências, Alain Pekar Lempereur, Aurélien Colson e Yann Duzert¹⁸⁵ acrescentam mais seis:

FENÔMENO DE ATRIBUIÇÃO – Este fenômeno acontece quando o negociador “...atribui certas intenções ou habilidades ao outro, que eles podem

185 Métodos de Negociação. São Paulo: Editora Atlas, 2009. pp. 102 a 108.



não necessariamente possuir”¹⁸⁶. Oferecem como exemplo uma disputa entre marido e mulher: “por trás das críticas de uma esposa ao marido (‘você esqueceu-se de tirar o lixo de novo!’) está escondida uma primeira atribuição (‘ele não faz nada para ajudar e não tem a menor idéia do trabalho duro que tenho em casa...’). Em sua resposta (‘eu realmente não tenho tempo’), o marido esconde outra atribuição (‘ela não faz a menor idéia da quantidade de trabalho que eu tenho, por isso não tenho tempo para levar o lixo para fora’)...”

O fenômeno de atribuição é uma poderosa e perigosa forma de comunicação, porque se vale de via indireta para expressar entendimento, criando um canal de troca de ideias improdutivo e, muitas vezes, irreal.

Além de serem mensagens indiretas, os interlocutores se autoatribuem a condição de previamente saberem por que as coisas estão sendo feitas de uma forma ou de outra, até mesmo existindo situações em que se convencem de que o interlocutor agiu de determinada forma, e que, no futuro, adotará tal e qual postura. Por vezes, também, o negociador assume uma determinada postura incorreta, porque previamente atribuiu condutas ao seu interlocutor sem qualquer embasamento fático. Ex: “como é um empresário experiente, se eu adotar uma postura branda e gentil, entenderá que sou fraco e vulnerável”.

VIÉS DO ACUSADOR E VIÉS DA DESCULPA – Assim discorrem Lempereu, Colson e Duzert¹⁸⁷ sobre estas ocorrências:

A natureza humana, desde a infância, leva-nos a dizer; ‘não fui eu, foi ele’. Qualquer pai que tenha dois ou mais filhos experimenta isso todo dia. Esse viés, documentado por Keith Allred (2000) reconhece nossa natural tendência a achar razões para culpar o outro e desculpar a nós mesmos. Em essência, eu me desculpo e acuso o outro pelo mesmo motivo.

Este viés é preocupante, porque treina o negociador a não reavaliar suas posturas, limitando-o à reflexão restrita das suas íntimas convicções, o que o torna impermeável ao recebimento e agregação de novos significados às suas práticas, condutas e valores.

¹⁸⁶ Lempereu, Colson e Duzert. Ob. cit., p. 103.

¹⁸⁷ Ob. cit., p. 104.

A médio prazo, em negociações em rede, nas quais os contatos entre várias pessoas de um grupo relativamente conhecido são constantes e reiterados, esta postura do negociador passa a ser identificada, gerando graves dificuldades de comunicação e, até mesmo, inviabilizando interlocuções, pois a tendência dos demais será a não realização de acordos com uma pessoa com tal perfil.

DESVALORIZAÇÃO REATIVA – Por esta, o negociador tem uma natural tendência a desvalorizar tudo o que é dito ou feito pela outra parte. Concessões, gentilezas, esforços feitos pelo interlocutor, ou não são reconhecidos ou não recebem o correto peso na troca de mensagens negociais, o que causa um corte na comunicação, frustrando e causando desconforto entre os negociadores.

A desvalorização reativa pode acontecer também por preconceitos, muito comuns em estruturas hierarquizadas, em que servidores e, até mesmo, estagiários participam de negociações, oferecem grandes ideias, mas elas nem sequer são consideradas, por causa da pessoa, do cargo, da idade.

Como tática de negociação, não é adequada, quando decorra de uma intenção consciente no sentido da desvalorização ou advenha de uma natural tendência a diminuir as ideias alheias. Isso porque a desvalorização reativa pode ter origens bastante profundas na psicologia do indivíduo. Com efeito, sentimentos de insegurança e de menos valia gerados na infância, por exemplo, paradoxalmente podem levar a pessoa a sempre ter de se autovalorizar para obter equilíbrio mental, utilizando-se, para tal, da desvalorização do outro, para que suas ideias predominem em relação às do interlocutor.

Em algumas situações, todavia, quando se percebe uma indevida e exagerada valorização de algum ponto pelo nosso interlocutor, será adequada e necessária uma desvalorização reativa, para que o debate permaneça em nível de lealdade e justiça.

SUPERCONFIANÇA ou CONFIANÇA EXCESSIVA – Alguns acreditam que suas habilidades de estar certos são maiores do que realmente são.



Este é o viés da arrogância, por intermédio do qual o negociador acredita que ele sabe mais do que os outros; que somente existe uma única solução que, “casualmente”, é a dele; que seus erros, em realidade, foram induzidos por outrem e, portanto, não lhes podem ser atribuídos.

Alguns agentes públicos, talvez por insegurança, também acabam desenvolvendo tal postura, a qual somente pode ser neutralizada por uma prática constante de humildade, além da utilização de outras técnicas, que a seguir serão apontadas, sendo a mais eficaz delas: **ESCUTAR O QUE OS OUTROS DIZEM COM ATENÇÃO.**

IGNORAR OS PENSAMENTOS E COLOCAÇÕES DO INTERLOCUTOR – Este é um dos maiores erros normalmente cometidos por agentes públicos, pois ele eventualmente tem origem na prepotência e arrogância gerados a partir do poder conferido pelos cargos.

De fato, a superconfiança, o supercargos, e, até mesmo, o supersucesso obtido por um tempo em alguma atividade, podem ocasionar desvios de postura não condizentes com o bom negociador. O bom negociador público exerce seu trabalho voltado para o interesse público e para a relevância social das suas atuações, sendo que estes dois elementos, bastante ressaltados nos capítulos anteriores, contribuem, exatamente, para que não seja perdida a real perspectiva da prestação do serviço para a coletividade.

Por isso, importante o trato, o contato, a proximidade em relação à coletividade, práticas estas que treinam o agente a escutar e a considerar as colocações e pensamentos dos seus interlocutores.

É importante ressaltar que somente a partir da obtenção de algum nível de conhecimento sobre os interlocutores, seus reais interesses, táticas, posturas, aspectos psicológicos, é que o negociador terá condições de criar pontos de identificação e contato entre as divergentes mensagens que são lançadas em uma negociação.

Ainda existem vários outros vieses psicológicos que poderiam ser comentados, tais como a **CONVICÇÃO MÍTICA**, o **PRECONCEITO DA CONCRE-**

TUDE, o PONTO DE REFERÊNCIA PSÍQUICA e o ENQUADRAMENTO NEGATIVO. Todavia, a brevidade deste Guia impede a abrangência de todas as situações. De qualquer forma, importante alertar que o conhecimento do negociador a respeito dessas características psicológicas do ser humano oportuniza a contenção dos efeitos prejudiciais que podem emergir dos vieses psicológicos, fazendo com que sejam aprimoradas as técnicas de negociação, com vistas a uma postura negocial mais lúcida, tranquila, objetiva e contextual.

1.3.3.3. A DEFESA EM RELAÇÃO A ALGUMAS TÁTICAS COMPETITIVAS (TÁTICAS DURAS)

Neste manual sustenta-se a existência de duas posturas básicas de negociação: a competitiva ou distributiva; a colaborativa ou integrativa.

A postura mais adequada para agentes públicos, devido à própria natureza das atividades que realizam, é a colaborativa, que tem como foco a satisfação do interesse de ambos os interlocutores.

Entretanto, é fundamental o conhecimento de algumas táticas competitivas narradas pela doutrina e conhecidas pela experiência comum, a fim de que sejam desenvolvidas defesas em relação a elas, neutralizando os desejados efeitos de quem as emite.

Estas são algumas:

a) ameaças – um dos argumentos normalmente utilizados por interlocutores representantes de empresas sob investigação é o já conhecido “teremos de demitir nossos funcionários”. Em outras situações, poderão ser feitas ameaças, até mesmo por autoridades envolvidas na interlocução, como “irei conversar com o seu chefe”, “você será removido”, “colocaremos na mídia que sua instituição é a culpada pelo aumento da tarifa, do preço...”.

Em tais circunstâncias, uma postura adequada, inicialmente, é não ouvir, mudar de assunto, testando a capacidade do negociador competitivo de manter sua inadequada postura. Desde já, é fundamental ressaltar ser ab-



solitamente incorreto se alterar ou devolver mensagem em igual nível, ou seja, também ameaçar. Este tipo de ação somente tem o condão de estimular o “duelo” (escalada de declarações), nada contribuindo para a solução consensual. É bem verdade que, em algumas ocasiões, são feitas ameaças com tal intensidade, que inviabilizam a continuidade das tratativas, situações essas em que a proposta de se marcar nova interlocução pode ser uma excelente tática, pois gera tempo para a reformulação do planejamento ou mesmo para se agregar à interlocução algum colega ou pessoa que possa contribuir para a criação de um melhor ambiente de negociação. O negociador precisa, então, ter serenidade para definir este aspecto, a fim de que não jogue fora um bom acordo, por causa de uma bravata desesperada e inconsequente, que objetiva apenas embaralhar o negociador público inexperiente. Aqui vale o alerta: todos têm emoções e não é possível nem correto propor que o negociador não as tenha. É possível recomendar, todavia, que o negociador não se deixe dominar pelas emoções, mas sim que as sinta e procure dominá-las, sempre lembrando que a negociação para agentes públicos ministeriais se dá apenas no âmbito profissional, não havendo espaço para qualquer tipo de abordagem pessoal!!!

Outra técnica bastante útil é conversar sobre tais “cartadas” do negociador competitivo, perguntando sobre a ameaça e argumentando a respeito da sua utilidade para quem a lançou, e mesmo para a interlocução que está em desenvolvimento. Esta técnica poderá dar bons resultados, porque neutraliza o seu intuito amedrontador e promove a efetiva reflexão relativamente à postura do negociador que, talvez, não seja a mais adequada para ele próprio.

Especialmente útil para que o agente ministerial possa praticar a tentativa do domínio das emoções em momentos de ameaças é a técnica do uso de perguntas, pois, enquanto tal conduta está em execução, o agente público está ganhando tempo, se acalmando, respirando e fazendo o conhecido “contar até dez”. Esses espaços de respiração são fundamentais e bastante produtivos, porque, pensando em produzir perguntas, o negociador público foca no objeto da negociação e, portanto, ativa as áreas específicas do cérebro tendentes à objetivação do raciocínio, fazendo com que as áreas emocionais¹⁸⁸ percam a prevalência na determinação das ações.

188 Sobre a diferença entre o mental e o emocional ver o neurocientista DAMÁSIO, Antonio R.. *E*

b) ataques pessoais – da mesma forma que o anterior, não aceite, não ouça, ignore, mude de assunto ou pergunte sobre a utilidade da agressão pessoal para ambos. Argumente que aquele é um espaço profissional e não pessoal, de modo a despersonalizar o contato impróprio tentado.

É claro que tudo tem limites. Por vezes, são necessárias reações firmes à altura da gravidade do agravo.

De fato, às vezes são ataques pessoais executados por intermédio de condutas, posturas, deboches. Por isso, no planejamento poderão ser evitadas situações tão agudas, trazendo para a interlocução outros colegas ou parceiros, cujas presenças poderão desestimular o negociador competitivo.

c) mocinho/bandido – é o conhecido “Pedro e Paulo”. Um “bate” e o outro “afaga”. É uma tática eficaz, caso o agente público negociador seja inexperiente. Para o negociador experiente, entretanto, pode ser facilmente neutralizada, simplesmente apontando que está percebendo a sua utilização;

d) o ultimato – esta é a tática do choque, expressada por algumas referências tais como: “é pegar ou largar”; “é minha última proposta”; “assim não teremos condições de continuar”, “se forem essas as condições estou indo embora”. A técnica é conversar sobre o ultimato, sendo este o momento em que o negociador poderá se valer da sua MASA. Por isso, foi alertado para “guardar” a MASA como um último argumento, que poderá ser utilizado nessas situações. Lembre-se: a negociação está alicerçada no planejamento. É lá que o agente público organiza sua (s) MASA (s);

e) chamariz – os doutrinadores da área da negociação apontam esta tática com denominações variadas. Em realidade, ela consiste em chamar a atenção do interlocutor para um ponto de menor importância, atribuindo a ele uma grande relevância, com o objetivo de deslocar o foco do problema, ganhar tempo, transferir algum sentimento ao outro negociador. Por vezes, pode ser uma tentativa de se mostrar melindrado, ofendido. Por isso, o negociador deve ter cuidado para não cair em armadilhas, e a técnica será



conversar diretamente sobre a razão da importância daquele tópico para o interlocutor, quais os aspectos que embasam tal atribuição de relevância, tendo em vista a negociação como um todo e, talvez, por último, uma proposta de acordo parcial, no sentido de que as tratativas se atenham ao fulcro do problema, em nível profissional e específico. A desvalorização da tática do chamariz, com um breve comentário desconsiderando-a e imediatamente ingressando no mérito do assunto, da mesma forma, pode ser útil;

f) “jogo alto/jogo baixo” – Lewicki, Saunders e Minton¹⁸⁹ assim discorrem: “Os negociadores que usam a tática do jogo alto (jogo baixo) começam com uma oferta inicial ridiculamente alta (ou baixa) que sabem que nunca alcançarão. A teoria é que a oferta extrema levará a outra parte a reavaliar sua própria oferta inicial e movimentar-se para mais perto do ponto de resistência. O risco de usar esta tática é a outra parte pensar que negociar é um desperdício de tempo e, então, parar o processo”.

Isto é bastante comum em lançamentos imobiliários e de veículos automotores, quando os negociadores se aproveitam da novidade do produto ou dos benefícios iniciais prometidos, para tentar buscar o maior ganho possível. Na forma dita pelos autores citados, pode ser “um tiro no pé”, porque muitos que pretendiam negociar em bases colaborativas e justas podem ser afastados e migrar para as suas MASAs. Esta tática eventualmente é usada para desestabilizar o agente público, irritando-o por intermédio do velado desrespeito que encerra. A desestabilização é especialmente vantajosa para o negociador competitivo, porque desvia a atenção do relacionamento para aspectos emocionais e, até mesmo, cria questões pessoais, o que faz com que a efetiva resolução do conflito e o mérito da controvérsia sejam relegados para um segundo plano.

g) jogos emocionais – é preciso ter cuidado com jogos emocionais, chantagens, que, se feitas com habilidade, acabam funcionando. Negociadores competitivos utilizam expressões tais como “faça isto por mim”, tentando se valer de algum relacionamento antes construído e apelando para um argumento falacioso, qual seja o fato de que, “se não fizeres por mim isto, estarás traindo nosso relacionamento”. O bom negociador não pode cair nessas armadilhas.

189 Ob. cit., p. 107.

De fato, pode ser usado, ainda, o costumeiro “então não confias em mim?” e, em defesa, você poderá dizer: “Ora. Não é uma questão de confiar ou não. Ocorre que é da natureza dos pactos existirem cláusulas de sancionamento. Nossa relação de confiança justamente exige que eu sempre oriente minha conduta conforme determina a lei, podendo esta ser qualificada, até mesmo, como prevaricação, caso aceitasse fazer o acordo sem qualquer sanção pelo descumprimento”.

Além disso, você também poderá fortalecer sua defesa contra esta tática dizendo que, na administração pública, vigora o princípio da impessoalidade. Assim, as pessoas podem ser substituídas nas posições profissionais que ocupam, mas as práticas, os acordos devem permanecer hígidos e seguros, justamente porque foram bem formulados, não necessitando de apelos à memória ou aos acertos verbais que se perdem no tempo. Este também é um argumento poderoso de repressão a esta tática dura.

Outra tática usada são os rompantes de raiva, de indignação ou “cenas”, as quais devem ser defendidas com serenidade. Eventualmente, pode ser necessária uma postura mais enérgica, cabendo à sensibilidade orientar o negociador. Nessas situações críticas de discussões, quando se torna necessário elevar o tom de voz, é fundamental manter uma posição firme, sempre tendo o cuidado redobrado com o respeito e a educação, porque nesses conflitos pontuais qualquer tipo de palavra, gesto ou referência com cunho ofensivo poderá impedir que o contato retorne para um ponto suportável e, até mesmo, brando.

h) falsas afirmações – um exemplo clássico é a já comentada “política da empresa”, a qual, muitas vezes, é absolutamente falsa. Quanto a esta tal política, importa argumentar em torno dela, perguntando se está escrita em alguma norma interna e, se estiver, o negociador pedirá que seja apresentada. Outra defesa seria sustentar que toda empresa está obrigada a se guiar pela função social que possui. Aliás, é um dos princípios constitucionais insculpidos no artigo 170, inciso III, da CF, que obriga a política da empresa a se afinar com a legislação, sob pena de ser considerada como ilegal. Em suma, não aceite o argumento da “política da empresa”.



Outra maneira de atuar falseando a verdade é informar que não tem poderes para aceitar a proposta, referência esta que deverá merecer uma atitude específica no sentido de concluir as tratativas e marcar novo encontro com quem tenha poderes plenos para transigir.

Em relação a qualquer outra argumentação que pareça falsa, deverá o negociador pedir a sua comprovação imediata e não aceitá-la de plano. Neste grupo está o costumeiro “meu sócio não aceitaria tal acordo” ou “meu sócio não concordaria com isso”.

i) constrangimento técnico – existem negociações em que são feitas tentativas de “patrolamento” com argumentações e dados técnicos, como se fossem óbvios e do conhecimento geral, no intuito de constranger e obrigar a um acordo inadequado.

Nessas ocasiões, o negociador deve remarcar a interlocução para um outro momento e, com o auxílio de peritos, outros colegas, especialistas, equilibrar as tratativas de acordo.

Em síntese, não se intimide, não se constranja e peça auxílio. Ninguém é obrigado a ser especialista em tudo, muitos menos em áreas altamente específicas e técnicas que os agentes públicos muitas vezes atuam, tais como questões de meio ambiente, saúde, consumidor, segurança do trabalho.

j) jogos com o tempo - também é bastante conhecida a tática de retardar a resolução do final do acordo para obter uma conciliação desesperada do interlocutor, que, na pressa, acaba formalizando um mau pacto.

k) ancoragem irreal – a âncora é muito poderosa, pois, conforme visto, fixa os paradigmas da negociação. É muito usual em compra e venda de lotes condominiais o vendedor afirmar que outros terrenos já foram vendidos por determinado valor excessivo, o que não é verdadeiro.

Da mesma forma antes referida, peça a confirmação de tais ocorrências e não aceite impassível o argumento.

l) ligação – “esta técnica consiste em empurrar uma nova exigência saída do nada e ligá-la aos interesses existentes. Numa negociação no Oriente Médio, uma das partes exigiu a libertação de um prisioneiro mantido sob a guarda dos Estados Unidos, a despeito do fato de que o prisioneiro nada tinha a ver com o assunto em questão.”¹⁹⁰

Conforme foi esclarecido em vários tópicos deste manual, não existe a pretensão de que seja esgotada a matéria, sendo estas táticas acima abordadas, entretanto, um referencial mínimo para que os agentes públicos compreendam como é possível a efetivação de defesas eficientes a condutas competitivas que objetivam desestabilizar o interlocutor.

1.3.4. FORMALIZAÇÃO DO ACORDO

Os instrumentos finais da negociação devem ser redigidos de maneira clara, concisa e objetiva, com o menor número de disposições possível e de forma articulada, de modo a que a sua compreensão e interpretação possam acontecer de plano.

A assinatura de todos os envolvidos e, em anexo, documentos comprobatórios dos poderes para conciliar, poderão ser exigências úteis neste momento final, o que estará dispensado em se tratando de alguns agentes públicos, tais como Procuradores do Estado, Magistrados, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos.

A forma, igualmente, deverá ser respeitada, sob pena de nulidade da avença, como é o caso dos consórcios públicos, que exigem lei para a ratificação do Protocolo Preliminar.

Por vezes, será útil a assinatura de testemunhas, o que é dispensável em alguns instrumentos, como é o caso do TAC, o compromisso de cessação e do compromisso de desempenho, instrumentos estes últimos da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011).

¹⁹⁰ Lempereur e outros. Op. cit. p. 89.



Outro cuidado é que os documentos finais se constituam em títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, para tanto, devendo haver estrita obediências às determinações legais, com o objetivo de que tenham seus efeitos concretizados.

No tocante aos títulos executivos extrajudiciais, os artigos 580, 585 e 586 do Código de Processo Civil informam que somente poderá ser executada obrigação certa, líquida e exigível, inclusa em título executivo.

Sobre a certeza e a liquidez, assim se manifesta Geisa de Assis Rodrigues, citando Cândido Rangel Dinamarco¹⁹¹:

A certeza se relaciona à existência categórica dos elementos que compõem o direito, e assim `será certo um direito, se definidos os seus sujeitos (ativo e passivo) e a natureza da relação jurídica e do seu objeto.' Não se pode identificar, portanto, a certeza do direito com a sua existência enquanto tal, sob pena de se tornar a ação de execução uma ação concreta.

Já a liquidez está vinculada à expressa determinação do objeto da obrigação. A obrigação líquida é aquela que pode ser identificada como a obrigação a ser prestada no caso, por seu valor, pela coisa que deve ser entregue ou pelas condutas que constituam a obrigação de fazer ou não fazer.

Quanto à exigibilidade, esta diz respeito à possibilidade de que a obrigação não esteja prescrita, tenha se vencido eventual prazo, a condição suspensiva tenha deixado de gerar efeitos etc, e o acordo não tenha sido cumprido, o que ensejará a execução do título resultado da negociação.

Outro elemento básico para que se formalize um bom acordo é que a obrigação seja exequível, ou seja, seja possível o cumprimento forçado por parte de quem se comprometeu, por terceiros ou, se tal não puder acontecer, que sejam previstas alternativas compensatórias ao inadimplemento do que originalmente havia sido pactuado.

Também importante que o acordo seja prático, direto e que busque o adimplemento da forma mais fácil e efetiva. Neste aspecto, deverá ser atentado para a funcionalidade e a operacionalidade do pacto, ou seja,

191 Op. cit. p. 208.

que as questões ajustadas, de fato, funcionem para dirimir as controvérsias e possam ser implementadas.

Isso é relevante, porque é preciso haver cuidado para não se pactuar objetivos vedados por lei ou que possam merecer a reprimenda de outros órgãos de Estado, situações estas que poderão ser neutralizadas com a participação, então, de todos os relacionados com a demanda que se pretende resolver.

Ainda é adequado que os resultados das negociações sejam duradouros. Entretanto, quando tal não for possível, um bom acordo parcial ou a formalização de minutas de acordo poderão ser passos importantes na conclusão ou redução do conflito.

Por fim, releva destacar que, no momento derradeiro, é necessário redobrado cuidado.

Com efeito, na penúltima fase da negociação, é normal que os partícipes estejam cansados, o que gera uma tendência à conclusão rápida do ajuste. É a síndrome do “morrer na praia”. Isto quer significar que de nada adianta atravessar o oceano da negociação e, vendo as luzes da praia, morrer na areia.

Negociadores altamente competitivos e com discutível conduta ética costumam guardar para este derradeiro passo suas “melhores” armas de construção do seu ganha-perde. Por isso, a necessidade de concentração e foco até o final.

1.3.5. A IMPLEMENTAÇÃO

O fundamento da negociação não é a obtenção do sim, mas a implementação do que foi ajustado.

Entretanto, existem vários problemas que atuam contra a implementação.

O primeiro deles acontece quando o interlocutor previamente não pretende implementar o pactuado, concordando em estabelecer espaço de negociação, chegando, até mesmo, a assinar o acordo, mas com o único intuito de ganhar tempo.



Por isso, deve o agente público estar atento e procurar, já na fase da negociação *stricto sensu* (corresponde ao período que vai do planejamento até a formalização do acordo), realizar questionamentos buscando descobrir as reais intenções do interlocutor.

O segundo problema está em tratar a negociação *stricto sensu* de maneira distinta e separada da implementação. Na verdade, são apenas fases de uma mesma realidade, que é a negociação *lato sensu*.

É fundamental tal alerta, porque a única forma de efetivamente garantir a implementação é, já no espaço da negociação *stricto sensu*, desenvolver tratativas, acordos, propostas para a boa implementação do que é pretendido. Por isso, devem ser trazidos para a fase da negociação *stricto sensu* os chamados *stakeholders* (terceiros interessados ou envolvidos na negociação ou na implementação¹⁹²), que podem ser técnicos, engenheiros, psicólogos, órgãos públicos de fiscalização, sem os quais não serão efetivas as medidas objeto do eventual acordo.

Nesse sentido, são comuns posturas de negociadores que não trazem técnicos para o cenário da negociação *stricto sensu* por causa do temor quanto à ampliação das matérias a serem discutidas, principalmente questões técnicas, o que poderia inviabilizar a assinatura do pacto. Tal conduta, entretanto, não é adequada, pois de nada adianta um papel assinado com conteúdo despido de qualquer efetividade.

Por isso, a avaliação séria e ampla sobre as pessoas que estarão na cena da negociação configura instrumento eficaz para a boa negociação, que se encerra na implementação.

Por exemplo, se estiver sendo assinado TAC sobre a regularização do saneamento básico de loteamento construído por empresa privada e seja necessária a certificação quanto à correção das medidas adotadas, o que deverá

192 ERTEL, Danny e GORDON, Mark Gordon. *Negociação – Desenvolvendo novas habilidades e abordagens para a obtenção de resultados práticos e duradouros*. Trad. TAYLOR, R. Brian. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda.2009. Páginas 6,7,8 e 29)

ser feito pela empresa pública de saneamento, por óbvio que esta última deverá ser convidada a participar da avença, sob pena de ser possível futura recusa quanto à fiscalização imediata, nos moldes necessários, quando da implementação, por não ter sido trazido o ente fiscalizador para o espaço da negociação, para o TAC.

Em um outro exemplo, se estiverem sendo firmados pactos com postos de venda de combustível para a implementação de idônea comercialização do produto, também será fundamental que laboratórios públicos ou credenciados estejam à disposição para as análises necessárias, sob pena de não ser possível aferir se os acordos firmados estarão sendo cumpridos a contento. Neste caso, não é fundamental que as instituições técnicas estejam presentes nos TACs, mas sim que existam convênios entre elas e o Ministério Público.

Muitos negociadores igualmente acreditam que temas difíceis sobre a implementação não devem ser discutidos durante a negociação *stricto sensu*, com receio de que o interlocutor acabe não assinando o pacto. Todavia, podem ser fundamentais os esclarecimentos sobre as reais possibilidades daquele que assume determinado compromisso de efetivamente cumprir o prometido.

Por exemplo, em negociação com ente público municipal, para a implementação de equipamentos urbanísticos, será importante discutir se existem verbas públicas para tanto, se o município possui material técnico, humano, bem como qual o real prazo em que a obra poderá ser concluída.

Em um outro exemplo, em TAC para a construção de obras para a regularização de empreendimento imobiliário, será importante a prévia definição se as medidas adotadas e previstas no pacto estão afinadas com as exigências legais dos órgãos públicos competentes para a aferição, sob pena de o Compromisso de Ajustamento acabar não sendo implementado.

Em síntese, discuta as questões difíceis atinentes à implementação e não as reprima ou minimize para viabilizar a assinatura do acordo.

Em decorrência do alerta anterior, fique atento para “fechar” a negociação no tempo necessário. Apressar-se para conseguir o acordo pode não ser



vantajoso. Por isso, consultorias mais abrangentes podem significar uma implementação melhor, assim como falar sobre seus “temores” quanto à efetividade pode não somente fortalecer o relacionamento, como prevenir futuras ocorrências negativas ou dissabores.

Apostar no relacionamento durante a negociação *stricto sensu* é outra grande “arma” em favor da implementação. Isso porque a dinâmica e a complexidade das questões da vida evidenciam a impossibilidade de que venham a ser imaginadas todas as possíveis ocorrências atinentes à concretização de acordos complexos, existindo uma imensa margem de indeterminação, cujo bom relacionamento é a única forma de minimizar os possíveis insucessos decorrentes desta realidade. A aposta em um relacionamento de confiança e de honestidade adicionará o bom-senso e a boa vontade das partes à negociação, ingredientes esses decisivos para que se concretizem as medidas inclusas no acordo assinado.

Também importa mencionar que fazer com que o outro lado se comprometa demais vai contra os interesses do negociador público, porque não terá seu interlocutor como cumprir a avença e o resultado será a mera perda de tempo sem qualquer efetividade, haja vista que o pacto não será cumprido.

Por isso, é sempre adequado utilizar a técnica do uso de perguntas para verificar a capacidade do interlocutor, seja física, técnica ou econômica, a fim de diminuir a possibilidade de inadimplemento. Isso é especialmente importante em negociações envolvendo pessoas mais humildes, que acabam firmando acordos sem estarem suficientemente esclarecidas sobre a real possibilidade de cumprimento daquilo que fora pactuado.

A implementação, algumas vezes, não se concretiza pelo fato de as partes não terem entendido adequadamente os compromissos afirmados. Assim, é importante afinar as interpretações sobre o acordo, principalmente quando a questão é complexa e envolve múltiplos fatores controvertidos. Observe-se que é melhor retardar a conclusão do pacto, em razão de algum item que tenha ficado insatisfatório, do que assinar algo que resultará descumprido.

Ainda assim, com quase tudo esclarecido, a dinâmica da vida e a ocorrência de fatos supervenientes que venham a alterar as bases do acordo poderão influenciar imensamente na fase da implementação. Exatamente por tais possibilidades é que a aposta no relacionamento será o mais eficaz antídoto contra a não implementação, pois estimulará que a boa vontade e o bom-senso prevaleçam em relação às surpresas da vida em movimento.

Tática também inútil e contraproducente é a de não revelar informações úteis para que o interlocutor possa cumprir o acordo, afigurando-se igualmente inadequadas as posturas que objetivam manter o interlocutor desequilibrado, subjugado, enganado ou confuso, pois, além de não serem condutas éticas e, portanto, absolutamente reprováveis, acabam por gerar o chamado efeito “bumerangue”, em alusão ao instrumento de caça australiano, que é arremessado e retorna para aquele que o lançou.

Esses são alguns alertas que podem melhorar a implementação do que foi acordado e que devem ser praticados durante a negociação *stricto sensu*.

A primeira mensagem final é DISCIPLINA, ou seja, praticar, praticar e praticar, pois somente assim é que as técnicas são mentalizadas e agregadas como uma *expertise* na mente do seu executor.

Como segunda mensagem final: CREDIBILIDADE, única maneira de ser alcançado o respeito da comunidade.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Rui Otávio Bernardes, ALYRIO, Rovigati Danilo; MACEDO, Marcelo Alvaro da Silva. **Princípios de Negociação** – Ferramentas e Gestão, São Paulo: Editora Atlas, 2004.

ANTON, R. Drawing the line: An exploratory test of ethical behavior in negotiations. **The International Journal of Conflict Management**, 1, 1990, pp. 265-280.



BACAL, S. **Lazer** - teoria e pesquisa. São Paulo; Loyola, 1988.

BAZERMAN, Max H. **O Gênio da Negociação** – As Melhores Estratégias para Superar os Obstáculos e Alcançar Excelentes Resultados. Trad. GERHARDT, Natalie. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

CABRAL, Ana Paula; ARAÚJO, Elaine Sampaio. Produzimos o conhecimento que nos produz uma reflexão. In: **Revista Profissão Docente**. Disponível em: <www.uniube.br>. Acesso em 18/09/2010.

CARR, A. Is business bluffing ethical? **Harvard Business Review**, 46, 1968, pp. 143-153.

CHERTKOFF, J., & BAIRD, S. Applicability of the big lie technique and the last clear chance doctrine in Bargaining. **Journal of Personality and Social Psychology**, 20, (1971). pp. 298-303.

DAMÁSIO, Antonio R. **E O Cérebro Criou o Homem**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras. 2011.

DUMAZIDIER, J. **Sociologia Empírica do Lazer**. São Paulo, Perspectiva, 1979.

ERTEL, Danny e GORDON, Mark Gordon. **Negociação** – Desenvolvendo novas habilidades e abordagens para a obtenção de resultados práticos e duradouros. Trad. TAYLOR, R. Brian. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda. 2009.

FISHER, Roger e SHAPIRO, Daniel. **Além da Razão** – A Força da Emoção Na Solução de Conflitos. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2009.

FISHER, Roger, URY, Willian e PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim** – A Negociação de Acordos Sem Concessões. Projeto de Negociação da “Harvard Law School”. 2. ed. Rev. e ampl. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação**. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2. ed. Rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. P. 35.

GARDNER, Howard. **Estruturas da mente**: a teoria das inteligências múltiplas. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

GODINHO, Wagner Botelho. MACIOSKI, Juliana Maria Klüppel. Estilos de negociação - a maneira pessoal de realizar negócios internacionais. In: **CIÊNCIA & OPINIÃO**, Curitiba, v. 2, n. 1/2, jan./dez. 2005.

GOTTSCHALK, Andrew. **Cedep Teaching Notes**. 1974. Mimeografado.

GRICE, H. P. **Lógica e conversação**. In: DASCAL, Marcelo (org.). Fundamentos Metodológicos da Linguística. Vol. IV. Campinas: UNICAMP, 1982.

JESUÍNO, J. C. A Negociação: **Estratégias e Táticas**. Lisboa: Texto Editora, 2000.

KELLEY, H. & THIBAUT, J. **Group problem solving**. In G. Linszey & E. Aronson (Eds.). Handbook of social psychology. 2. ed. Vol. 4, pp: 1-101. Reading: Addison-Wesley, 1969.

KOEHN, D. citado por SOBRAL, J. de A.; CARVALHO, M. P. de O. As posturas negociais dos executivos portugueses: competição vs. Colaboração. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 2002, Salvador. **Anais**. Salvador: ENANPAD, 2002.

LEMPEREUR, Alain Pekar, COLSON, Aurélien e DUZERT, Yann. **Métodos de Negociação**. São Paulo: Editora Atlas. 2009.

LEWICKI, Roy L., SAUNDERS, David M. E MINTON, John W. **Fundamentos da Negociação**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Bookman, 2002.



LEWICKI, R. Lying and deception: **A behavioral model**. In M. H. Bazerman & R. J. Lewicki (Eds.). *Negotiating in Organizations*. Beverly Hills: Sage, 1983.

MALHOTRA, Deepak. **O Gênio da Negociação** – As Melhores Estratégias para Superar os Obstáculos e Alcançar Excelentes Resultados. Trad. GERHARDT, Natalie. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MARTINELLI, Dante P. e ALMEIDA, Ana Paula. **Negociação e Solução de Conflitos** – Do Impasse ao Ganha-ganha Através do Melhor Estilo. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

MARTINELLI, Dante Pinheiro. **Negociação empresarial** - enfoque sistêmico e visão estratégica. Barueri: Manole, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; MORAES, Márcia Amaral Corrêa. **A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

PFEFFER, J. **Managing with power**. Boston: Harvard Business School Press, 1993.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

RUBIN, J., & BROWN, B. **The social psychology of bargaining and negotiation**. New York: Academic Press, 1975.

SHAPIRO, Daniel e FISHER, Roger. **Além da Razão** – A Força da Emoção Na Solução de Conflitos. Rio de Janeiro: Imago Editora. 2009.

SHELL, G. Richard Shell. **Negociar é Preciso** – Estratégias de Negociação Para Pessoas de Bom Senso. São Paulo: Negócio Editora. Tradução Márcia Tadeu. 2001.

SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. **Técnicas de Negociação para Advogados**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SOBRAL, J. de A.; CARVALHO, M. P. de O. As posturas negociais dos executivos portugueses: competição vs colaboração In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 2002, Salvador. **Anais**. Salvador: ENANPAD, 2002.

SPRITZER, Nelson. **O Novo Cérebro**. Porto Alegre: Editora L&PM, 1995.

THOMPSON, Leigh L. **O Negociador**. 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

WATKINS, Michel. **Negociação - Seu Mentor e Guia para Gerenciamento**. Harvard Business Essentials. Trad. Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Record, 2004.

7

**A mediação no âmbito
do Ministério Público**



A mediação no âmbito do Ministério Público

Danielle de Guimarães Germano Arlé, Luciano Badini
e Vladimir da Matta Gonçalves Borges

INTRODUÇÃO

Neste capítulo, pretendemos apresentar a *mediação* como um dos mecanismos de resolução de conflitos à disposição do membro do Ministério Público, bem como traçar um panorama sobre o conceito de mediação, seu objetivo, o papel do mediador, as etapas de uma mediação e algumas de suas ferramentas, que poderão ser aplicadas em contextos diversos.

A apresentação destas linhas gerais sobre a mediação é de singular importância para: a) a utilização das ferramentas da mediação na facilitação de diálogos entre pessoas envolvidas em conflitos, notadamente quando haja interesse público na melhoria da comunicação; b) a identificação dos casos mediáveis e, após, encaminhamento destes para a mediação (promovida pelo próprio Ministério Público ou por outras instituições); c) a disponibilização de instrumentos para a criação de programas institucionais de mediação no âmbito do próprio Ministério Público; d) a democratização do acesso às ferramentas da mediação a todos os membros e servidores do Ministério Público, em suas diversas áreas de atuação.

MEDIAÇÃO: A NEGOCIAÇÃO FACILITADA POR UM TERCEIRO

A mediação, em sentido amplo, pode ser definida como a ação de um terceiro que auxilia duas ou mais pessoas a resolverem um conflito. Nesse sentido, qualquer pessoa poderia ser um mediador, bastando uma pequena consulta à memória para que o leitor se lembre de algum momento de sua vida em que figurou como mediador informal ou intuitivo.

Em sentido mais estrito, a mediação é um mecanismo de autocomposição assistida, em que um terceiro atua de modo imparcial e neutro, auxiliando as pessoas envolvidas em um conflito – chamadas “envolvidos” – a melhor conduzirem negociações e, assim, encontrar soluções mutuamente satisfatórias.

A melhoria da comunicação e da relação entre pessoas em conflito permite que elas próprias construam soluções que atendam aos seus interesses principais. Na autocomposição – diferentemente dos métodos heterocompositivos, em que a solução “vem de fora” – os envolvidos *decidem juntos como solucionar o conflito*, sem a imposição do resultado por um terceiro.

As técnicas de negociação abordadas anteriormente neste manual podem ser adaptadas à atuação do mediador, e, da mesma forma, algumas técnicas da mediação podem ser manejadas em situações de negociação e facilitação de diálogos, já que a mediação nada mais é do que a intervenção do terceiro neutro para assistir a negociação entre os envolvidos num conflito.

A mediação pode ainda ser definida como uma forma amigável e colaborativa de solução de controvérsias, em que os próprios envolvidos são estimulados a resolver juntos a contenda, aprendendo também a prevenir novos conflitos.

Ao estimular o protagonismo dos envolvidos, o mediador os conduz à percepção de que eles próprios são capazes de resolver futuras desavenças, a partir do modelo de negociação vivenciado durante a mediação. Em uma palavra, há o *empoderamento* dos mediados.

Existem diversas escolas ou modelos de mediação. Entretanto, para os objetivos deste manual, apresentaremos as características gerais da mediação e a estrutura do processo de mediação tal como expostas no Manual de Mediação Judicial da Escola Nacional de Mediação e Conciliação da ENAM.

OBJETIVOS DA MEDIAÇÃO

Na mediação, como mecanismo de autocomposição de conflitos, podem ser identificados *vários objetivos*, não excludentes um do outro, dentre eles os seguintes: a) facilitar a comunicação entre os envolvidos num conflito; b) fo-



mentar a manutenção de relações continuadas; c) orientar os envolvidos num conflito a resolvê-lo pacificamente, por meio de soluções por eles geradas, que os satisfaçam e atendam aos seus interesses; d) estimular as pessoas em conflito a buscar soluções geradas por elas mesmas (**empoderamento**); e) estimular as pessoas em conflito a perceber seus aspectos positivos, na esteira da **Moderna Teoria do Conflito**; f) demonstrar às pessoas envolvidas que, diante de um novo conflito, elas serão capazes de encontrar, por elas mesmas, novas soluções (**caráter pedagógico**); g) promover o **reconhecimento** mútuo entre os envolvidos, para que cada um compreenda os interesses do outro e os considere legítimos, ainda que diferentes dos seus próprios interesses.

É muito importante ressaltar que *não é considerada fracassada* a mediação na qual, ao final, não se atingiu o acordo, pois há outros objetivos sempre alcançados, inclusive a sensibilização dos partícipes.

O PAPEL DO MEDIADOR. PRINCÍPIOS E GARANTIAS

O papel do mediador, como dito anteriormente, será o de *auxiliar a negociação entre os envolvidos num conflito*, envidando esforços para restabelecer ou aprimorar o diálogo, a relação social e potencializar a construção de soluções mutuamente aceitáveis.

São aplicáveis à mediação os seguintes **princípios**:

I – Voluntariedade: concordância expressa dos envolvidos na sua participação em todas as etapas da mediação, podendo, a qualquer momento, já iniciada a mediação, optarem por não prosseguir no processo.

O Ministério Público pode solicitar, se entender cabível, que os envolvidos assinem um termo de concordância com a mediação e suas etapas.

II – Confidencialidade: compromisso de sigilo sobre todas as informações obtidas nas etapas da mediação, inclusive nas sessões privadas, salvo autorização expressa dos envolvidos e casos de violação à ordem pública ou às leis vigentes. O membro ou o servidor do Ministério Público que participar

da mediação não poderá ser testemunha dos fatos nela ocorridos, nem atuar como advogado dos envolvidos, com exceção dos casos em que a confidencialidade não se aplica.

A confidencialidade, ou sigilo do processo de mediação, visa garantir a confiança e o respeito entre os mediados e o mediador, afigurando-se fundamental para que os envolvidos revelem informações importantes para a superação da controvérsia.

Para Karl Slaikeu,

Um dos marcos da mediação é a garantia, dada pelo mediador, de confidencialidade das informações reveladas a ele. A confidencialidade é valiosa porque ela permite que as partes falem abertamente sobre seus interesses, sentimentos, preocupações e alternativas com um terceiro desinteressado: o mediador. (SLAIKEU, 2004)

Outra importante função do sigilo das informações prestadas ao mediador é especialmente notada durante reuniões particulares, em que o mediador se encontra com cada envolvido separadamente, visando à coleta de informações relevantes para o deslinde da controvérsia.

Nessas reuniões individuais, chamadas de *caucus*, o envolvido pode discorrer sobre o problema e responder às perguntas formuladas pelo mediador. Amparado pelo princípio da confidencialidade, o envolvido poderá revelar fatos que relutaria em informar na presença do outro, pois as informações e relatos explicitados nessas reuniões só poderão ser levados ao conhecimento do outro envolvido com a permissão do primeiro.

III – Decisão informada: informação aos envolvidos quanto aos seus direitos na mediação e ao contexto fático no qual estão inseridos, podendo, caso assim desejem, comparecer com advogados ou Defensores Públicos.

IV – Informação: esclarecimento aos envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, de forma completa, clara e precisa, com informações sobre os princípios e as etapas do procedimento.



V – Autonomia da vontade: respeito aos diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-se-lhes a construção de uma decisão voluntária, e não coercitiva.

VI – Ausência de obrigação de resultado: liberdade dos envolvidos de não chegarem a um acordo e compromisso do mediador de não tomar decisões pelos envolvidos.

VII – Desvinculação da profissão de origem: esclarecimento aos envolvidos de que os mediadores atuam desvinculados de sua profissão de origem, sendo informados de que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento, como a jurídica, poderão trazer para a sessão o respectivo profissional.

VIII – Compreensão quanto à mediação: verificação de que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

IX – Igualdade: tratamento aos envolvidos de forma equitativa, durante todas as etapas da mediação.

A igualdade, decorrente da neutralidade do mediador, consiste na sua atuação equidistante, respeitando o ponto de vista de cada envolvido e permitindo que haja igualdade de oportunidades de participação. O mediador não deve exercer atividade de consultoria sobre o mérito do que está sendo discutido, evitando o juízo de valor e a visão pré-concebida.

X – Autodeterminação: esclarecimento aos envolvidos de que as opções geradas e o acordo eventualmente feito são de sua inteira responsabilidade.

XI – Respeito à ordem pública e às leis vigentes: certificação, por parte do mediador, de que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública nem contrarie as leis vigentes.

XII – Empoderamento: estímulo aos envolvidos a resolver seus conflitos atuais e futuros, em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição.

XIII – Validação, Legitimação ou Reconhecimento: estímulo aos envolvidos de se perceberem reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

A partir desses princípios, podemos observar que o mediador não agirá como um magistrado, analisando quem tem razão naquele conflito a ele apresentado ou quem está certo ou errado. A atuação do mediador dar-se-á na interação entre os envolvidos e na estruturação de um processo que permita potencializar a comunicação produtiva e a criação de soluções mutuamente satisfatórias pelos próprios mediados.

Na mediação de conflitos, o mediador do Ministério Público deverá ter as seguintes **garantias**:

I – Competência: possuir conhecimento que o habilite à atuação como mediador.

O mediador deve analisar se tem os conhecimentos e habilidades necessários para bem conduzir a mediação e lidar com a complexidade do caso.

Esta garantia informa que o mediador somente deve mediar se tiver a qualificação necessária para desempenhar esse papel. Balizado nesse princípio, o mediador deve buscar formação continuada e reciclagens periódicas, bem como observar mediadores mais experientes, complementando seu treinamento com cursos e estágios específicos em diferentes áreas de atuação.

II – Imparcialidade: 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, abstendo-se de preconceitos, favoritismos ou preferências na condução do processo e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Mais do que ser imparcial, o mediador deve demonstrar a imparcialidade e estar atento a qualquer relação preexistente ou conflito de interesses que ponha em risco sua adequada atuação.



A imparcialidade deve ser traduzida, na prática, como a abstenção do mediador. Considerando que, como todos os seres humanos, o mediador também tem suas crenças, valores e formas de agir adquiridos durante toda a sua vida, a melhor forma de exercer a imparcialidade é *ter consciência de seus próprios preconceitos e, assim, abster-se de agir segundo eles*.

III – Independência e autonomia: atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a mediação, em qualquer etapa, se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, escusando-se de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

A PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS

Na mediação, poderão participar ou não, a critério dos envolvidos, seus advogados.

O *protagonismo* dos mediados é uma premissa da mediação, cabendo ao mediador garantir que eles se manifestem e colaborem no processo. Os advogados dos envolvidos podem participar da mediação, sanando dúvidas jurídicas de seus clientes e auxiliando na elaboração de soluções criativas, bem como na redação ou análise jurídica dos termos do acordo. Porém, durante o processo de mediação, os envolvidos devem ser estimulados a se comunicarem diretamente, com foco na satisfação de seus reais interesses.

POSIÇÕES, INTERESSES, QUESTÕES E SENTIMENTOS

A negociação que o mediador busca estimular deve ser baseada em interesses e não em posições. A *posição* é o interesse aparente, o que a pessoa diz que pretende. O *interesse*, ou interesse real, é o que a pessoa busca efetivamente com o pedido.

Para que a noção de *posição* fique mais clara, vejamos um exemplo: o vizinho “A” construía sua casa próximo ao muro divisório de propriedade do vizinho “B”. Este disse não querer que “A” continuasse a construção,

desejando a interrupção da obra e sua edificação em local mais adiante. Neste caso, temos as posições do vizinho “A” (continuar construindo sua casa) e a do vizinho “B” (parar a construção da casa de “A”). Com apenas essas informações, teríamos um impasse de difícil solução, pois as posições dos vizinhos são incompatíveis. *O mediador deve então identificar quais os reais interesses por trás das posições apresentadas.*

A comunicação ineficiente provoca muitos conflitos aparentes, sendo papel do mediador propiciar a melhoria da comunicação e a identificação, pelos próprios mediados, dos seus interesses e dos interesses do outro. A posição é apenas uma maneira, definida unilateralmente, de alcançar interesses ou necessidades.

Nesse exemplo, a partir da melhoria da comunicação, os envolvidos acabaram apurando que o vizinho “B” estava preocupado com a construção da casa por acreditar que perderia sua privacidade, pois a janela estava sendo colocada acima do muro e de frente à sua piscina. Já o vizinho “A” estava realizando um sonho ao construir a casa, e o projeto permitia que ele ocupasse o terreno de modo mais eficiente, sendo a janela necessária apenas para garantir luminosidade ao cômodo em que estava sendo instalada. Nesse ambiente ficaria um *closet*, e a janela estaria a dois metros do chão. Ao identificar o interesse do vizinho “A” (manter a luminosidade no cômodo) e o interesse do vizinho “B” (manter sua privacidade), eles puderam negociar uma solução que garantisse que ambos tivessem seus interesses integralmente atendidos. A instalação de janela que garantiu a luminosidade e limitou a visualização da área de lazer foi a solução encontrada pelos vizinhos. Havia também um interesse em comum que foi preservado, que era a boa convivência da vizinhança.

O mediador auxilia os envolvidos a trabalhar juntos, com enfoque prospectivo, lidando com a situação presente para planejar ações e compromissos futuros. Em regra, os envolvidos no conflito iniciam sua fala com foco retrospectivo e, em muitos casos, com argumentações que se referem à atribuição de culpa ao outro ou à justificação ou defesa em relação à culpa que o outro lhe atribui.



O mediador deve estimular o foco na busca de soluções para o futuro, o que permite aos mediados agirem para melhorar a situação e redefinirem o conflito como uma oportunidade de melhoria, de compreensão mais ampla da realidade e de estabilização das relações interpessoais.

Para que a mediação atinja seus objetivos, é necessário bem distinguir e identificar interesses, posições, questões e sentimentos.

Interesse, como exposto, é o que alguém realmente almeja alcançar ou obter. No processo de mediação, o mediador deparar-se-á com os mais diversos interesses, *independentemente destes serem juridicamente protegidos ou não*.

Posição, também como já explicado, é o interesse aparente, o que a pessoa, inicialmente, diz que pretende.

Questão é o tópico apresentado para discussão, é o ponto controvertido, de cunho objetivo (guarda e pensão alimentícia dos filhos, por exemplo). Diante de um conflito, pode ocorrer que os envolvidos apresentem diversas questões distintas e de forma aglutinada. É importante que o mediador fragmente uma “grande questão” em questões menores e conduza o início da negociação pela questão menos complexa, com gradação da menos para a mais complexa, ainda que aquela não seja a questão principal.

Sentimento é o que trazemos construído dentro de nós, não momentaneamente. Diversamente, a emoção é conceituada, não raro, como algo momentâneo, que emerge em reação a estímulo. Neste ponto, é válido assinalar que nem todos os autores fazem distinção entre sentimentos e emoções. De toda sorte, os sentimentos e as emoções não devem prevalecer na resolução satisfatória de um conflito, sendo necessário reconhecer que eles existem e validá-los para que os envolvidos possam tratar adequadamente o conflito.

Com relação aos sentimentos e emoções, é importante lembrar que a função do mediador não é a de psicólogo, afigurando-se-lhe vedado, por tal razão, abordar sentimentos e emoções de forma profunda, mas tão somente identificá-los para validá-los, ou seja, reconhecer que eles existem, normalizar sua existência e dar-lhes importância, sem juízo de valor.

A distinção e o correto esclarecimento aos envolvidos dos interesses, posições, questões e sentimentos/emoções são extremamente relevantes para o avanço do processo de mediação em direção a um entendimento recíproco e à construção do consenso.

A FORMAÇÃO DO MEDIADOR

O mediador, como um facilitador da comunicação e da negociação entre os envolvidos, deve desenvolver habilidades e conhecimentos que permitam a ele exercer esse papel. O mediador técnico se diferencia do mediador informal, ou intuitivo, por ter uma formação baseada em *competências auto-compositivas*. A seguir, resumimos algumas das competências necessárias ao ofício do mediador técnico.

Pesquisas nacionais e internacionais, analisando a qualidade de programas de mediação, indicam que a capacitação adequada, a supervisão e a formação continuada do mediador são fatores preponderantes na obtenção de resultados positivos para a qualidade do serviço de mediação disponibilizado ao usuário.

A capacitação do mediador definirá se a mediação oferecida pelo programa tem as características almeçadas no que se refere à melhoria da comunicação entre os envolvidos, prevenção de novos conflitos e resultados entendidos como mutuamente satisfatórios.

Conforme orientação inserta no Manual de Mediação Judicial da ENAM (do Ministério da Justiça), a formação de mediadores terá melhores resultados se baseada em competência, e não em tempo. O mediador competente deverá adquirir conhecimentos teóricos e práticos para iniciar sua atividade profissional, assim como os médicos-cirurgiões precisam conhecer as teorias e as técnicas para realizar intervenções cirúrgicas com precisão e qualidade.

As competências a serem desenvolvidas pelo mediador são chamadas de competências autocompositivas e, a partir de um curso básico de mediação, pode-se capacitar o mediador em formação com as competências básicas necessárias ao início de suas atividades. A supervisão de outros mediadores



e a avaliação do destinatário do serviço, somadas a uma formação continuada em técnicas autocompositivas, permite que os programas de mediação possam alcançar níveis elevados de qualidade.

As competências autocompositivas descritas no referido manual são didaticamente divididas em *cognitivas, perceptivas, emocionais, comunicativas, de pensamento criativo, de negociação e de pensamento crítico*. Essas competências não exaurem o rol de conhecimentos, habilidades e atitudes que o mediador desenvolverá ao longo de sua experiência, mas servem de referenciais para que ele acompanhe cada fase de seu desenvolvimento profissional.

COMPETÊNCIAS COGNITIVAS

As competências cognitivas permitem que o mediador perceba o conflito como um fenômeno natural às relações sociais, o que leva a analisá-lo de forma prática, identificando respostas mais eficazes para alcançar os interesses reais dos envolvidos, estimulando comportamentos cooperativos e utilizando a estratégia de solução adequada para a controvérsia.

COMPETÊNCIAS PERCEPTIVAS

As competências perceptivas possibilitam a compreensão de que o mesmo fato pode ser percebido de formas distintas, viabilizando, em seguida, a escolha da perspectiva adequada à facilitação da construção de soluções que observem os reais interesses dos envolvidos.

A percepção de um julgador tende a identificar quem tem razão e quem não a tem, com foco nos argumentos trazidos pelas partes para sustentarem suas posições. Diversamente, o mediador dirige sua percepção à identificação de questões, interesses e sentimentos, de forma a integrar as percepções dos envolvidos e facilitar a busca por soluções criativas, que contemplem de maneira satisfatória as perspectivas e os interesses de todos os envolvidos. O mediador com desenvolvimento avançado destas competências consegue identificar, com precisão e empatia, as percepções dos envolvidos, estimulando mudanças de compreensão que permitam o enfoque nos interesses

reais e que afastem discussões sobre culpa, conduzindo os envolvidos a contextos mais favoráveis à resolução de conflitos.

COMPETÊNCIAS EMOCIONAIS

As competências emocionais permitem ao mediador compreender como se processa o conjunto de estímulos emocionais aos quais estamos expostos quando envolvidos em uma situação de conflito.

O mediador com tais competências desenvolvidas compreende e demonstra que cada um deve se responsabilizar pelas suas próprias emoções. Com isso, podem ser aceitos com naturalidade os sentimentos e compreendidas as próprias emoções, assegurando-se a permanência da calma e a concentração na solução de questões, mesmo diante de situações de forte emoção.

Estas competências desenvolvem o autocontrole, permitem aceitar e validar emoções e percepções, bem como estimulam o desenvolvimento de competências emocionais das pessoas envolvidas no conflito.

COMPETÊNCIAS COMUNICATIVAS

O mediador é um facilitador da comunicação entre os envolvidos, assim as competências comunicativas são fundamentais para uma boa mediação e podem ser definidas como “aquelas referentes à forma com que se transmite o conjunto de mensagens pretendido ou intencionado”¹⁹³. O ideal é que cada um se responsabilize “pela forma com que suas mensagens são compreendidas (saber pedir) e pela forma de compreender as mensagens daqueles com quem se comunica (saber ouvir o que está sendo pedido pelo outro)”¹⁹⁴. A forma com que se desenvolve a comunicação sistêmica entre os envolvidos influencia diretamente o resultado do processo autocompositivo.

Podemos identificar duas formas de comunicação: uma que prejudica ou

193 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 222.

194 Ibidem, p. 222.



dificulta um resultado satisfatório para os envolvidos em um processo autocompositivo e outra que potencializa resultados positivos em autocomposições. A primeira é uma comunicação polarizadora ou violenta, na qual os envolvidos se veem como adversários e pressupõem que um está certo e o outro errado, enfraquecendo o vínculo social existente entre os comunicantes. A segunda é uma comunicação conciliatória ou empática, em que “as informações são transmitidas e recebidas de forma a estimular o entendimento recíproco e a realização de interesses reais dos comunicantes”¹⁹⁵, fazendo com que haja uma aproximação entre as pessoas e um fortalecimento do vínculo social existente entre elas.

A comunicação conciliatória permite identificar pedidos implícitos nos discursos e traduzir ‘insultos’ ou ‘ameaças’ como ‘pedidos realizados sem habilidade comunicativa’. A comunicação efetiva permite “compreender os interesses explícitos e implícitos e conduzir a transformação da percepção do conflito de fenômeno negativo em fator positivo na vida dos mediados”¹⁹⁶.

A comunicação conciliatória caracteriza-se por manter um enfoque prospectivo dos discursos, com postura colaborativa e responsabilidade do indivíduo quanto à forma que se comunica para alcançar seus objetivos. Já a comunicação polarizadora mantém enfoque retrospectivo, postura judicatória e transferência da responsabilidade pelos objetivos pretendidos a outras pessoas, tratando o outro como obstáculo para se alcançar o que se quer. A primeira é direcionada à realização de interesses reais e tem como premissas o entendimento, a empatia e a validação de sentimentos do interlocutor. A segunda é direcionada aos interesses aparentes (ou posições) e desconsidera ou desvalida sentimentos do interlocutor.

Um dos papéis fundamentais do mediador é auxiliar os mediados a formular pedidos de modo conciliatório. O pedido é compreendido como a “ação eficaz e proativa com a qual se expressam sentimentos e se busca suprir necessidades”¹⁹⁷. O mediador, ao traduzir um pedido realizado em linguagem polarizadora para uma linguagem conciliatória, identifica sentimentos,

195 Ibidem, p. 222.

196 Ibidem, p. 223

197 Ibidem, p. 225

expressa claramente necessidades e auxilia na estruturação do pedido de modo explícito e claro, atento à linguagem positiva (ou seja, com foco no que se busca) e com a especificação de ações concretas que poderiam ser realizadas para atender o pedido.

O desenvolvimento das competências comunicativas do mediador é realizado através da escuta ativa, formulação de perguntas que permitam uma melhor compreensão do conflito, resumo do que foi falado com precisão empática, captação dos significados latentes, utilização de linguagem neutra ou positiva, consciência da comunicação não verbal e paraverbal.

COMPETÊNCIAS DE PENSAMENTO CRIATIVO

As competências de pensamento criativo se referem aos conhecimentos e habilidades no desenvolvimento de soluções, por meios inovadores, originais ou alternativos, para problemas concretos ou hipotéticos.

Quando os mediados estão focados nas posições (ou interesses aparentes), o conflito parece ter apenas duas opções para ser solucionado: a posição de uma parte e a da outra. Quando emergem os reais interesses e o mediador estimula a estruturação do processo de gerar ideias que atendam a esses interesses, a criatividade dos envolvidos pode ser mais bem aproveitada, potencializando o surgimento de opções mutuamente satisfatórias.

COMPETÊNCIAS DE NEGOCIAÇÃO

As competências de negociação são referentes ao modo como o mediador utiliza os instrumentos de negociação, compreendendo e aplicando teorias de negociação.

Todas as competências autocompositivas se complementam e se entrelaçam, favorecendo o desenvolvimento das competências de negociação. O mediador competente deve ter a capacidade de, na condução da mediação, estimular negociações integrativas e orientar os envolvidos e advogados sobre o processo de negociação.



COMPETÊNCIAS DE PENSAMENTO CRÍTICO

Por fim, as competências de pensamento crítico referem-se ao processo de tomada de decisão dos mediados na escolha das diversas soluções encontradas para problemas concretos ou hipotéticos.

O mediador estimula a escolha consciente dos mediados diante das possibilidades de soluções disponíveis e, como um agente de realidade, estimula a reflexão dos mediados quanto aos riscos e consequências de curto e longo prazo da tomada de decisão. Em síntese, o mediador deve fomentar a construção de soluções eficazes, que sejam percebidas, por todos, como justas, realistas e administráveis.

REVERTENDO A ESPIRAL DO CONFLITO

Chama-se “espiral do conflito” o fenômeno de progressiva escalada que ocorre nas relações conflituosas, resultante de um círculo vicioso de ação e reação, em que cada reação torna-se mais severa do que a ação que a precedeu e cria uma nova questão ou ponto de disputa.

Quando se instala a espiral destrutiva do conflito, as suas causas originárias tornam-se secundárias, a partir do momento em que os envolvidos mostram-se mais preocupados em responder a uma ação que imediatamente antecedeu sua reação.

Exemplificamos com o caso sempre mencionado pelo professor André Gomma de Azevedo: num congestionamento, determinado motorista sentiu-se ofendido ao ser “fechado” por outro motorista. Sua resposta inicial foi pressionar intensamente a buzina. O outro motorista respondeu também buzinando, exibindo algum gesto vulgar. O primeiro motorista continuou a buzinar e respondeu com gesto ainda mais agressivo. O segundo, por sua vez, abaixou o vidro da janela e insultou o primeiro. Este, aos gritos, respondeu que o outro motorista deveria parar o carro e “agir como um homem”, momento em que este lançou uma garrafa de água no veículo de seu contendor. Ao pararem seus carros em um semáforo, o motorista

cujo veículo foi atingido pela garrafa de água saiu de seu carro e chutou a carroceria do outro automóvel.

Nota-se que o conflito se desenvolveu em uma espiral de agravamento progressivo das condutas conflituosas. No exemplo citado, se um policial militar presenciasse o último ato, ele poderia lavrar um boletim de ocorrência que ensejaria a instauração de procedimento de juizado especial criminal. Em audiência, possivelmente o autor do fato indicaria ser, em realidade, a vítima e, de certa forma, estaria falando a verdade, uma vez que, nesse modelo de espiral de conflitos, ambos são ao mesmo tempo vítima e ofensor.

O bom mediador deve estar atento, a todo momento, para intervir e evitar que seja formada uma espiral destrutiva do conflito, ou para revertê-la, quando já formada, convidando os envolvidos a voltar ao foco da questão principal.

A espiral destrutiva pode ser revertida e transformada numa espiral construtiva quando o mediador, com técnicas de percepção e comunicação, ajuda os envolvidos a agir positivamente com o outro, que reagirá também de forma positiva.

ETAPAS DA MEDIAÇÃO

O processo de mediação tem como uma de suas características a flexibilidade, pois o mediador deve ter liberdade para adaptar sua intervenção às peculiaridades do caso, características dos envolvidos e limitações do contexto em que se desenvolve a mediação. A rigor, na mediação familiar, comunitária, judicial, pública ou privada, teremos diferenças na estruturação do procedimento.

Observa-se que a diversidade cultural e a complexidade das relações sociais devem ser consideradas no planejamento da abordagem mais adequada ao caso, pois as influências culturais afetam o conflito e o mediador deve estar atento aos diferentes modos de se perceber a realidade, bem como de se relacionar socialmente. Evitar o prejulgamento e ter consciência de suas ideias preconcebidas torna o mediador mais sensível às peculiaridades de cada caso na condução de um processo de diálogo.



A estruturação das etapas da mediação tem a finalidade de potencializar a comunicação eficiente e o foco nos interesses e necessidades dos envolvidos. Portanto, a mediação é um processo flexível e informal, no qual o mediador conduz as interações das partes, garantindo que todos participem, com a exposição de suas perspectivas e compreensão recíproca.

Ainda que já exista, no âmbito da mediação judicial, um procedimento regulado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, no Ministério Público o procedimento da mediação ainda não está regulamentado, o que não impede que ela seja promovida, com base em princípios e técnicas consagrados.

Apesar da flexibilidade do procedimento, existem algumas fases identificáveis em grande parte das mediações. São elas: pré-mediação, mediação propriamente dita e acordo.

A fase da mediação propriamente dita é dividida em várias etapas. Primeiro, faz-se a abertura ou apresentação. Em seguida, passa-se à exposição das questões pelas partes e escuta ativa do mediador, que então investiga as questões, interesses e sentimentos por meio de perguntas, utilizando resumos e paráfrases, testando a compreensão do que foi dito, reforçando os pontos convergentes e identificando as divergências, fazendo a ordenação dos assuntos a serem tratados, analisando os dados coletados e manejando os sentimentos observados.

Na fase do acordo, o mediador estimula a geração de soluções pelas partes, ajuda na avaliação e escolha de soluções pelos envolvidos, na aferição da viabilidade, estabilização, fechamento e redação do acordo final.

Neste manual, vamos apresentar um modelo com as seguintes fases da mediação: pré-mediação; início da mediação; reunião de informações; identificação de questões, interesses e sentimentos; esclarecimento das controvérsias e dos interesses; resolução de questões; registro das soluções encontradas.

Após a apresentação sucinta dessas fases, serão exemplificadas algumas ferramentas para a instrumentalização de ações concretas em cada momento da mediação.

PRÉ-MEDIAÇÃO

A pré-mediação nem sempre ocorre e, em alguns casos, é englobada pela abertura da mediação. Porém, por vezes, pode ser importante a realização desta fase, pois é o momento em que o mediador e os envolvidos analisarão se o caso é passível de ser trabalhado na mediação ou se deve ser escolhido outro meio de resolução do conflito.

Nesta fase, pode ser feita uma reunião com os interessados ou podem ser realizadas reuniões individuais com cada um deles. No primeiro contato, o mediador informa e esclarece o que é a mediação, quais as características e benefícios do processo, bem como atesta a voluntariedade dos envolvidos em dele participar.

Na pré-mediação, o mediador se identifica aos participantes e procura conhecê-los. Busca também obter um sumário do problema. Deve então definir o processo em detalhes, dando elementos para que os envolvidos decidam adotá-lo ou não.

Obtendo concordância em iniciar a mediação, o mediador explica o procedimento que irá adotar, enfatizando a confidencialidade e a responsabilidade dos envolvidos para o bom andamento das reuniões, combina com os envolvidos a agenda de reuniões e esclarece as regras e a organização do processo. Ao término desta fase, se os envolvidos e o mediador concordarem, pode-se firmar um documento de participação no processo, caso seja necessário.

Alguns mediadores, como Christopher Moore, realizam, preferencialmente, ao menos uma rodada de reuniões com cada envolvido, separadamente, antes de iniciar o processo de mediação com as sessões conjuntas, visando à coleta de dados que auxiliem no entendimento do conflito. Porém, essa coleta pode ser realizada assim que as negociações começarem efetivamente.

A coleta de dados pode ser feita por métodos como a observação direta, a consulta de fontes secundárias e a entrevista. Na observação direta, o mediador estará atento à postura dos participantes, suas reações e o modo como se comunicam. A consulta de fontes secundárias é importante em conflitos



mais complexos e que já tenham gerado dados para consulta (como exemplo, a pesquisa em registros e documentos, tais como minutas de reuniões e acordos anteriores), pois pode trazer informações necessárias a uma mediação bem sucedida.

Por fim, a entrevista é um dos principais métodos de coleta de dados. Nela são feitas perguntas que visam ao esclarecimento de questões e à compilação de informações que ampliem a percepção do conflito.

INÍCIO DA MEDIAÇÃO PROPRIAMENTE DITA

Preparação

É importante buscar local apropriado, com recursos necessários para garantir que todos os envolvidos se sintam confortáveis e seguros durante a mediação. A preparação da sala e da mesa onde será desenvolvida a mediação é fundamental para que os envolvidos se concentrem na negociação e tenham a percepção de que o mediador está no mesmo nível hierárquico dos demais participantes. O ambiente deve ser acolhedor aos mediados, passando a ideia de cuidado e respeito aos usuários do serviço.

A mesa redonda é a mais adequada, por facilitar a visão recíproca, além de dar sensação de igualdade no processo. Caso não seja possível, pode-se utilizar uma mesa quadrada ou retangular, com os envolvidos sentados lado a lado e com o mediador ou mediadores no lado oposto. Pode-se também prescindir da mesa e utilizar apenas cadeiras, dispondo-as em forma de círculo.

A recepção dos mediados deve ser cordial e atenciosa por parte do mediador e de outras pessoas que colaborem com o serviço de mediação. Sem dúvida, ser recebido por alguém com semblante plácido e confiante gera reações bem diferentes daquelas de quem é recebido por outrem com rosto carrancudo e fechado. Em regra, os mediados chegam ao ambiente de mediação nervosos e estressados. É essencial que o mediador não absorva essa carga emocional e, com postura serena, influencie os envolvidos a ter comportamento que favoreça o entendimento mútuo. Na recepção, o mediador pode oferecer água, café ou chá e deve conferir igual atenção a todos os me-

diados, usando um tom e volume de voz que, com naturalidade, transmita tranquilidade e auxílio.

Caso a mediação seja conduzida por dois mediadores, em comediação, deve haver um planejamento conjunto de atuação, dividindo-se a declaração de abertura e combinando-se as transições, para que durante a sessão eles possam se complementar de modo apropriado.

Declaração de abertura

Na primeira reunião conjunta, a apresentação ou abertura do processo de mediação é um momento importante para se estabelecer uma relação de confiança entre mediador e mediados. Devem ser ressaltadas a confidencialidade do processo e a responsabilidade dos envolvidos durante as negociações e na formação de um acordo, além de não se deixarem dúvidas quanto à imparcialidade e ao equilíbrio com que o mediador os auxiliará.

Pode ser que outro mediador, diferente daquele que participou da pré-mediação, conduza o processo a partir desta etapa. Neste caso, a primeira providência será a apresentação do mediador e as boas-vindas aos mediados.

Nesta etapa, o mediador se apresenta em tom informal e pergunta como cada envolvido gostaria de ser chamado. Faz uma explicação simples e clara do que é a mediação, qual o seu papel e expõe suas fases e garantias. Verifica se todos compreenderam e confirma a disposição dos envolvidos em seguir as orientações de conduta e prosseguir o processo de mediação.

A declaração de abertura é a oportunidade que o mediador terá para explicar as regras do procedimento, em geral não conhecidas pelos envolvidos. Por estarmos acostumados com a cultura adversarial, é necessário reforçar nos mediados conceitos fundamentais, como o respeito mútuo, a sinceridade na fala, a escuta atenta e a igualdade de oportunidades.

O mediador deve explicar que, no decorrer do processo, pode ser importante realizar entrevistas em separado com cada envolvido (*caucus*). Assim, ele



evita suspeitas quanto à sua imparcialidade, caso tenha que se utilizar desse recurso no decorrer da mediação.

Após a declaração de abertura, o mediador deve passar a palavra para um dos mediados, para que exponha seu relato. A escolha de quem começa falando pode ser previamente definida pelo mediador, utilizando algum critério objetivo (como, por exemplo, quem procurou o serviço de mediação começa e depois será passada a palavra ao outro) ou pode perguntar quem gostaria de começar falando. Esta última opção de abordagem exige mais atenção do mediador, pois pode gerar um impasse logo no início da mediação.

Deve ainda expor aos mediados que todos terão a oportunidade de falar e que a ordem das falas não afetará o resultado da mediação, além de lembrar a importância de que cada mediado tente entender a perspectiva do outro e que trabalhem conjuntamente, com foco em soluções que atendam aos interesses de todos.

Reunião de informações

Nesta fase, iniciam-se os relatos dos envolvidos e a escuta ativa, para que seja possível entender as perspectivas, questões, interesses e sentimentos de cada um dos envolvidos. O mediador escuta atentamente a narrativa dos envolvidos e faz perguntas para esclarecer pontos que necessitem de mais informações para serem compreendidos.

O rapport é um conceito muito utilizado em mediação e começa a ser desenvolvido desde o primeiro contato do mediador com os envolvidos. Pode ser definido como o estabelecimento de uma relação de confiança e comprometimento, que vai sendo construída com atenção, cordialidade e zelo demonstrados com pequenos gestos e intervenções.

Durante a fala dos mediados, o mediador deve manter contato visual, demonstrando atenção ao que é narrado, com gestos de entendimento, cuidando para que suas linguagens verbal, não verbal e paraverbal sejam percebidas como imparciais. Deve, ainda, manter o equilíbrio do contato visual

entre os mediados, evitando olhar somente para um. É sugerido não escrever muito enquanto se ouve, para evitar a sensação de desatenção. Se o mediador achar essencial fazer notas, deve avisar às partes que o fará para seu próprio registro, e que isto não afeta sua atenção, nem compromete a confidencialidade.

Durante o relato dos mediados, a atenção do mediador deve ser canalizada para a escuta e observação da comunicação não verbal. Após a primeira narrativa, o mediador deve perguntar se há mais alguma questão a ser exposta e, então, passar a palavra ao outro mediado para expor seu relato, cuidando para que todos se expressem sem interrupções e para que não haja excessos na linguagem do narrador que possam ofender o outro mediado. Fazer perguntas durante a primeira exposição dos relatos de cada envolvido não é recomendável, porque o mediador pode inibir a fala ou criar a sensação de que eles podem se interromper durante a narrativa, o que pode dificultar o controle da sessão posteriormente.

O mediador deve garantir que todos possam apresentar suas percepções em relação ao conflito e manter um ambiente seguro para a expressão dos sentimentos. É muito importante que todos tenham a oportunidade de falar sem serem interrompidos e que se sintam compreendidos. Perceber que estão sendo ouvidos e compreendidos pelo mediador criará um ambiente de confiança e respeito, favorável ao posterior reenquadramento das questões num enfoque positivo.

Após a escuta dos relatos dos mediados, o mediador deve fazer um resumo em linguagem positiva ou neutra, unindo os relatos dos envolvidos em um *texto único*, que permita testar a compreensão do mediador quanto às questões, interesses e sentimentos explícitos ou implícitos. Com esse resumo, os envolvidos podem confirmar se foram ouvidos corretamente e têm a oportunidade de ouvir de um terceiro imparcial uma versão mais positiva ou neutra dos relatos iniciais. O resumo permite que o mediador ordene as questões a serem trabalhadas pelos mediados e orienta as discussões seguintes.



IDENTIFICAÇÃO DE QUESTÕES, INTERESSES E SENTIMENTOS

A identificação de questões, interesses e sentimentos ocorre durante toda a mediação e, após o resumo realizado pelo mediador, em seguida ao relato de todos os envolvidos, ele deve verificar, com perguntas, se há algo que não foi contemplado ou que não tenha sido entendido corretamente.

Ao proceder ao resumo claro e prospectivo do que compreendeu das narrativas dos envolvidos, o mediador deve verificar se alguma questão não constou do resumo e se há algo que tenha sido dito que os envolvidos queiram corrigir. Neste momento, deve ser elaborada uma pauta para as conversações que se seguem, na qual devem constar questões de substância (aspectos objetivos do conflito) e outras de relacionamento (aspectos subjetivos do conflito). As questões serão tratadas de modo estruturado, escolhendo a ordem de discussão que possa favorecer o avanço da mediação em direção à solução do conflito e estabilização da relação social.

Quando um arquiteto observa uma cozinha, ele identifica elementos arquitetônicos e a qualidade do projeto do armário, por exemplo. Quando um nutricionista observa uma cozinha, pode ser que enxergue os produtos alimentícios e verifique a sua composição. Quando um profissional do direito ouve o relato dos envolvidos, ele provavelmente terá uma percepção mais focada em fatores jurídicos e pode construir a solução jurídica enquanto ouve, escutando com foco na análise de fatos e normas aplicáveis ao relato. *O mediador precisa ouvir os relatos com foco na identificação de questões, interesses e sentimentos.* Com isso, poderá auxiliar os envolvidos a organizar as negociações sobre as questões, com foco nos interesses reais de cada um, validando e manejando os sentimentos e perspectivas na melhoria da comunicação e do relacionamento.

Em todo o processo, o mediador deve estar atento à identificação desses elementos e utilizar o resumo para evidenciá-los, já que podem estar camuflados por emoções e posições rígidas. O mediador, como um tradutor, capta as informações e as decodifica para uma linguagem mais clara e positiva.

ESCLARECIMENTO DAS CONTROVÉRSIAS E DOS INTERESSES

Com uma pauta de questões definidas e a explicitação dos interesses identificados pelo mediador, os envolvidos debaterão os assuntos listados no resumo, com foco na construção de caminhos que permitam compatibilizar os seus interesses.

O mediador fará o *replantio* ou *reenquadramento* do conflito, observados os interesses – que já devem ter sido identificados –, descartando as posições.

O mediador tem ao seu dispor um conjunto de técnicas que permitirão uma melhor percepção dos diversos aspectos do conflito e favorecerão a elucidação de questões controvertidas. As perguntas e os resumos de reenquadramento são algumas das ferramentas que estimulam os envolvidos a ampliar seu entendimento quanto aos fatores que mantêm o conflito e sobre os pontos que podem ser convergentes em seus interesses.

O mediador pode realizar reuniões individuais com cada envolvido para, num ambiente mais favorável, estimular a percepção positiva do conflito, a reflexão sobre a perspectiva do outro mediado e o fornecimento de outras informações que não foram expostas na presença do outro. Observamos, muitas vezes, que um dos envolvidos omite alguma informação por temer que o outro a use em seu desfavor. O mediador, em sua declaração de abertura e antes de iniciar uma reunião privada, deve assegurar que sua atuação é pautada pelo princípio da confidencialidade e que somente revelará alguma informação ao outro envolvido se houver expressa autorização ou se ocorrerem outras exceções, por exemplo, notícia de prática de crime. Essa garantia permite que o mediado exponha fatos e percepções que poderão auxiliar no esclarecimento da controvérsia.

Seguindo um percurso uniforme, sem etapas estanques, o mediador deve estimular a fala dos mediados com perguntas que podem ampliar o escopo das tratativas para interesses subjacentes e aspectos fáticos e, com isso, abrir novas possibilidades e perspectivas. Existem perguntas destinadas a canali-



zar a atenção dos mediados para fatores ou perspectivas antes ocultos pela disputa por posições e pelos sentimentos e emoções. Identificar os pedidos implícitos nas expressões mais agressivas ou contundentes é parte essencial desta etapa da mediação. A validação dos sentimentos e a sua ligação com as necessidades não atendidas e as preocupações dos mediados permitirão trabalhar, em seguida, as questões mais objetivas do conflito, de modo mais eficaz e com mais clareza.

RESOLUÇÃO DE QUESTÕES

Nas primeiras etapas, o mediador aumenta o entendimento dos envolvidos sobre o conflito, favorece uma melhor compreensão da perspectiva e dos interesses do outro e promove a gestão dos sentimentos que possam estar influenciando a percepção dos temas debatidos. *A fase de resolução de questões pressupõe que os mediados passaram, de modo adequado, pelas fases anteriores e permite que eles analisem com mais consciência as possibilidades de solução para o conflito.* O mediador e os envolvidos dedicam-se à superação de impasses, à geração de opções e ao processo de tomada de decisão.

Não raro, basta a melhoria da comunicação para que os mediados percebam que alguns dos conflitos antes identificados seriam apenas aparentes, causados por uma falha ou ausência de comunicação. Isso ocorre quando um dos envolvidos acredita que seus objetivos são incompatíveis com as pretensões do outro, mas, em verdade, apenas suas posições seriam contrárias e seus reais interesses podem ser compatibilizados.

Outras situações não são tão simples de solucionar, e, mesmo após a exposição dos reais interesses, os envolvidos continuam num impasse. O mediador deve auxiliar na ampliação das possibilidades de acordo, conduzindo o processo de geração de opções por meio de perguntas, estimulando os mediados a definir critérios ou padrões objetivos para servirem de parâmetro à superação de impasses.

REGISTRO DAS SOLUÇÕES ENCONTRADAS

Com a análise da viabilidade e estabilidade das soluções encontradas, o mediador auxilia os envolvidos na redação dos termos do acordo, preservando uma linguagem que os permita se identificarem com o disposto no documento e, ao mesmo tempo, cuidando para evitar posteriores problemas de interpretação. Em alguns casos, não há necessidade de redigir um texto escrito, bastando para os envolvidos o acordo oral ou o respectivo compromisso de cumprimento.

Caso os envolvidos não cheguem a um acordo, o mediador deve ressaltar os aspectos positivos tratados durante a mediação, como a melhoria da comunicação, a oportunidade de ouvir e ser ouvido e a identificação de convergências. No encerramento da mediação, o mediador deve revisar as questões e os interesses apresentados, deixando aberta a possibilidade de retorno à mesa de mediação se for do interesse dos envolvidos.

Ao final da mediação, havendo acordo, este poderá ser referendado pelo Ministério Público ou submetido ao Judiciário com pedido de homologação, conforme for o caso.

FERRAMENTAS E TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO

Existem diversas ferramentas e técnicas que podem ser aplicadas pelo mediador, de acordo com o contexto e o modelo de mediação utilizado.

Algumas dizem respeito à própria estruturação da mediação em etapas destinadas a alcançar determinado resultado, como, por exemplo, o preciso uso da fase de abertura, a correta identificação de interesses, questões e sentimentos, a organização de questões ou a realização de sessões privadas.

Outras ferramentas auxiliam na melhoria do entendimento sobre o envio e a recepção de mensagens. São recursos que permitem a compreensão da perspectiva e dos sentimentos do outro e a expressão eficaz de seus sentimentos, necessidades e interesses. A comunicação não violenta e outros processos de diálogo podem ser estimulados pelo mediador em suas intervenções.



A comunicação não violenta é composta de quatro elementos: observação, sentimento, necessidades e pedido. Observar os fatos e manifestações sem julgamentos implícitos ou explícitos permite que os mediados percebam o que pode ter estimulado o sentimento do outro e que identifiquem, de igual sorte, quais necessidades não estão sendo atendidas para que, então, sejam elaborados pedidos específicos de ação futura.

Outro ponto interessante da comunicação consiste em auxiliar os envolvidos a perceber que há diferença entre a intenção de quem realiza uma ação ou manifestação e o impacto sentido ou percebido pelo destinatário. Separar o impacto da intenção ajuda muito em situações de tensão entre os mediados.

Vejamos um exemplo prático de como podemos usar esta ferramenta.

Sr. João afirma para o advogado do outro envolvido: “Amigo, o que aconteceu foi que eu estava passando por dificuldades financeiras e não pude pagar a parcela”. Dr. Carlos, advogado do outro envolvido e destinatário da fala do Sr. João, responde: “Eu não sou seu amigo. Quero que me chame pelo nome!”. O mediador com boas competências autocompositivas deve intervir: “Me parece que o Sr. João quis fornecer um tratamento cordial e que o Dr. Carlos ficaria mais confortável sendo chamado pelo nome. É isso?”.

O fato de uma ação ou fala causar desconforto ou constrangimento em alguém não significa que seria esta a intenção do envolvido. Isso, contudo, não nos permite ignorar o real aborrecimento do destinatário da ação ou fala.

Por fim, os mediadores podem utilizar técnicas e ferramentas procedimentais, de comunicação e de negociação durante o processo de mediação, dentre as quais destacamos, neste manual, as seguintes: a escuta ativa; o resumo cooperativo; a normalização; a despolarização do conflito; a separação das pessoas dos problemas; a recontextualização ou parafraseamento; a audição de propostas implícitas; o afago, ou reforço positivo; o enfoque prospectivo; o silêncio; as sessões individuais (*caucus*); a troca ou inversão de papéis; as perguntas orientadas para a geração de opções; o teste de realidade; a validação de sentimentos.

ESCUA ATIVA

Ser ouvido é ser levado a sério, ser considerado e reconhecido como alguém que tem perspectiva, interesses, necessidades e sentimentos próprios. A todo tempo, devemos demonstrar que estamos ouvindo com atenção e explicitar o que entendemos da exposição do envolvido, sem julgamentos, apenas para que este perceba que realmente foi compreendido. Fazendo isso, poupamos a pessoa do esforço de tentar explicar, com outras palavras, aquilo que já nos foi dito, mas que não demonstramos ter compreendido adequadamente.

A escuta ativa começa por uma postura interna de presença, que consiste em estar entregue a ouvir e entender o que a pessoa quer dizer. Ouvir para colher argumentos e refutar o que foi dito provavelmente dará início a um ciclo de ataque e defesa, em que muitas vezes se perde o foco da questão a ser resolvida, dos interesses e metas almejados.

O contato visual com os envolvidos é fundamental para demonstrar atenção na escuta. Deve-se evitar fazer muitas anotações, ler documentos ou realizar qualquer outra atividade que demonstre que sua atenção pode ter se desviado do interlocutor. É comum as pessoas dizerem que estão prestando atenção, enquanto manuseiam o celular ou autos de processo, mas isso prejudica a percepção do falante sobre a escuta adequada. *Na escuta ativa, não basta prestar atenção, é necessário que se demonstre ao interlocutor que estamos atentos e dedicados a ouvir.*

Caso seja necessária a tomada de notas durante a escuta, é aconselhável que isso seja esclarecido aos envolvidos.

Na escuta ativa, é essencial prestar atenção à mensagem que está sendo transmitida e não simplesmente à pessoa que está falando: olhar para a pessoa de forma não atenta afasta a escuta ativa.

Deve-se ouvir sem prejudicar e sem tentar antecipar conclusões antes do interlocutor terminar de se expressar. É válido, também, estar atento aos nossos preconceitos e evitar a associação com casos aparentemente semelhantes já vivenciados. É necessário ouvir sem se preocupar com o julgamento



de quem tem razão ou não, quem está certo ou errado, pois o mediador não vai impor sua decisão ao final.

O mediador ouve ativamente, ganhando a confiança dos envolvidos e colhendo diversas informações que serão trabalhadas com eles em conjunto, com foco prospectivo, na construção de soluções criativas que permitam a integração dos seus reais interesses. Com isso, o foco da escuta deve estar na identificação de questões, interesses, necessidades e sentimentos.

As perguntas apropriadas irão complementar a técnica da escuta ativa, bem como a realização de um resumo ao final, para aferir se o que foi escutado condiz com o que a pessoa quis dizer.

RESUMO COOPERATIVO

O resumo é uma ferramenta do mediador. Podemos utilizá-lo para verificar a compreensão do que foi dito pelos envolvidos e para ressaltar os avanços alcançados até o momento, orientando as negociações. Pode também reforçar para os mediados a existência de interesses convergentes, a resolução parcial do problema ou os consensos sobre determinados temas.

O mediador deve utilizar expressões introdutórias que demonstrem que o resumo foi feito com base em sua própria percepção sobre o que foi dito, utilizando-se de expressões como “Deixe-me ver se compreendi o que foi dito até o momento...”, “Me parece que...”, “Pelo que ouvi, entendo que...”. Ao final do resumo, é aconselhável deixar aberta a possibilidade de os mediados corrigirem o que foi dito, esclarecendo alguma percepção equivocada ou acrescentando algum ponto que tenha ficado fora do relato.

O resumo cooperativo consiste em fazer e apresentar aos envolvidos a síntese de questão sobre a qual convergiram. Por exemplo: “Do que eu entendi, me parece que vocês querem estabelecer um valor razoável para a reparação do dano e vocês gostariam de definir um critério que seja percebido como justo para ambos. É correto eu dizer isto?”. Tal técnica é útil, pois evidencia convergências nas falas dos envolvidos, mesmo quando eles só observam divergências.

Em situações nas quais ambos estão se sentindo desrespeitados, por exemplo, podemos identificar, por um enfoque positivo, que ambos querem ser respeitados e que essa necessidade é convergente.

NORMALIZAÇÃO

A normalização consiste em transmitir a noção de que, em situações de conflito, é comum que a comunicação não seja eficiente, ocorrendo descuidos verbais durante uma discussão. Neste contexto, a mediação é uma oportunidade de se estabelecer um modo mais produtivo de comunicação, que beneficia a construção de soluções satisfatórias para todos os envolvidos.

É relevante que seja esclarecido, desde a abertura da mediação, que conflitos muitas vezes são inevitáveis e inafastáveis, constatação que certamente diminuirá o constrangimento dos envolvidos de estar ali.

Afigura-se oportuno, ainda, por meio da normalização, “tirar o peso” do conflito sobre os envolvidos, esclarecendo que desentendimentos ocorrem e que a dificuldade pela qual eles passam pode ser solucionada com a cooperação de todos.

Assim, esta ferramenta tem o duplo papel de normalizar o discurso, propiciando uma comunicação mais produtiva e menos agressiva, além de neutralizar o constrangimento vivido pelos envolvidos no conflito.

DESPOLARIZAÇÃO DO CONFLITO

O mediador deve sempre lembrar os envolvidos de que eles estão ligados pelo interesse comum na resolução daquela disputa. Dessa forma, a melhor solução será por eles encontrada para satisfazer a todos, ou seja, *o acordo deverá ser bom para um e também para o outro.*

Seguindo a tendência de polarização, os envolvidos costumam acreditar que o que atende a um necessariamente é prejudicial ao outro. Daí a necessidade de o mediador mostrar que, na maioria das vezes, os interesses reais são convergentes, e não excludentes, de forma a despolarizar o conflito.



A comunicação conciliatória, citada anteriormente, é capaz de converter a linguagem polarizadora para uma que ressalta o trabalho conjunto, com foco na construção de soluções prospectivas para o conflito.

SEPARAÇÃO DAS PESSOAS DOS PROBLEMAS

É comum que, em contexto de conflito, os envolvidos se enxerguem como inimigos, atacando-se reciprocamente. No processo autocompositivo, esse tipo de postura será contraproducente, pois todos terão que dizer “sim” para que o conflito seja solucionado, e não haverá um terceiro para decidir quem tem razão.

O mediador deve extrair de manifestações ofensivas o pedido e a necessidade não atendida. Conforme expusemos anteriormente, o mediador deve ajudar os mediados a elaborar seus pedidos de modo que possam ser compreendidos. Quando a comunicação entre os mediados se desenvolve em linguagem positiva, *eles passam a se perceberem lado a lado, no trabalho conjunto de construir soluções que todos aceitem.*

Esta técnica tem grande valor para a melhor resolução do conflito e para o empoderamento dos envolvidos.

Separar pessoas dos problemas ajuda a preservar o relacionamento entre os envolvidos, ajudando-os a perceber que a razão da disputa nem sempre é a pessoa em si, mas a sua conduta ou as circunstâncias.

RECONTEXTUALIZAÇÃO OU PARAFRASEAMENTO

Recontextualizar, ou parafrasear, é uma técnica destinada a *retransmitir* aos envolvidos aquilo que foi falado por eles, mas com outras palavras, *de forma positiva e prospectiva.* É uma ferramenta muito útil para reverter a espiral de conflito.

Na recontextualização, o mediador deve ter como foco os interesses dos envolvidos, filtrando aspectos negativos constatados na fala de cada um.

A técnica pode ser utilizada com afirmações (“Pelo que estou vendo, o filho de vocês é muito importante para todos”) ou interrogações (“É certo eu dizer que o filho de vocês é muito importante para todos?”, “Deixe-me ver se entendi: o filho de vocês é muito importante para todos, certo?”).

As manifestações dos mediados são escutadas pelo mediador e transformadas em observações que contextualizam os fatos de forma ordenada, ressaltando questões e interesses a serem esclarecidos e compreendidos por todos, sem que o resumo seja parcial ou judicatório.

AUDIÇÃO DE PROPOSTAS IMPLÍCITAS

O mediador atento deve ouvir aquilo que implicitamente é trazido na afirmação ou na negação dos envolvidos.

Exemplo 1: um dos envolvidos afirma que trabalha de segunda a sábado e chega à sua casa, no sábado, muito cansado do trabalho. O mediador pode perguntar: “É certo eu afirmar, então, que o senhor tem mais disponibilidade de ficar com o seu filho aos domingos?”.

Exemplo 2: um dos envolvidos afirma que pagou *quase* todas as prestações da geladeira da casa em que moravam juntos. O mediador pode perguntar: “O senhor, então, está dizendo que sua mulher pagou uma parte também? É isto mesmo? Eu entendi certo?”.

A escuta ativa é uma ferramenta essencial à audição das propostas implícitas.

Na audição de propostas implícitas, a negação de determinada ação pode indicar uma afirmação para outra conduta. Caso um dos mediados diga que não acha justo pagar um valor tão alto de indenização, porque acredita que o cálculo não está claro, poderíamos inferir que há intenção de pagar, desde que os custos sejam esclarecidos, por exemplo.



AFAGO OU REFORÇO POSITIVO

O afago, ou reforço positivo, consiste numa resposta positiva do mediador a um comportamento produtivo de um dos envolvidos ou do advogado.

É o elogio sincero, para sublinhar as atitudes produtivas. O mediador deve elogiar a conduta específica, que está coerente com a proposta da mediação, para que o mediado perceba que está agindo adequadamente, favorecendo seu engajamento no processo de diálogo.

Todavia, o mediador deve ter cautela para que o afago não soe como parcialidade.

Alguns reforços positivos podem ser realizados em reunião conjunta; outros se mostram mais adequados em reuniões privadas.

ENFOQUE PROSPECTIVO

É o enfoque que o mediador deve dar no futuro, chamando os envolvidos a pensar e responder – nem que seja apenas para si próprios – quais as soluções que melhor atendem às suas necessidades e aos seus interesses e como querem viver no futuro.

Ao focar no futuro, o mediador auxilia os envolvidos a atuar cooperativamente em busca de uma solução.

Este enfoque visa tirar a atenção dos envolvidos sobre a culpa ou o erro, levando-os a construir, juntos, uma solução adequada para o conflito.

Esta perspectiva visa também evitar que os envolvidos voltem à discussão dos fatos, que devem ser abordados apenas para que o mediador entenda o ocorrido. É necessário lembrar que não há análise de provas na mediação e que o mesmo fato pode ser percebido sob diferentes perspectivas.

SILÊNCIO

O silêncio voluntário do mediador, nos momentos adequados, é uma potente ferramenta a ser utilizada para que os envolvidos: reflitam sobre a forma como estão agindo; prossigam e aprofundem o que estão discutindo; percebam seus comportamentos e procurem reconsiderá-los.

Um exemplo utilizado no já citado *Manual de Mediação Judicial* traz o caso de um envolvido que interrompe o outro continuamente, persistindo na conduta, mesmo após diversas intervenções do mediador. Um simples silêncio após uma interrupção indevida pode fazer com que o próprio interruptor se conscientize de que sua conduta não ajuda no desenvolvimento da mediação.

O silêncio pode ser utilizado, também, após as perguntas do mediador, permitindo que a resposta possa ser elaborada. Outra utilização adequada se dá quando é apresentada uma proposta ou opção de solução para o conflito. Nessa situação, a reflexão e a assimilação do que foi proposto ficariam prejudicadas por uma manifestação do mediador.

SESSÕES INDIVIDUAIS OU CAUCUS

As sessões individuais, ou *caucus*, são encontros realizados entre o mediador e um dos envolvidos, sem a presença do outro.

A sessão individual pode ser usada a critério do mediador, porém, se optar por ela, deve realizá-la com todos os envolvidos, para não gerar suspeita de quebra de imparcialidade. O mediador deve informar sobre a possibilidade de realização de reuniões privadas logo em sua declaração de abertura, pois, havendo necessidade de realizá-las durante o processo, não haverá surpresa para os mediados.

Muitas vezes, é necessário realizar sessões individuais, para permitir que sejam expressos sentimentos negativos e emoções fortes, sem que o conflito seja potencializado.



O *caucus* também é muito útil quando o mediador percebe que um dos envolvidos não quer formalizar um acordo porque há um terceiro pressionando-o (pai, atual cônjuge etc.), devendo, nesta oportunidade, no encontro privado, perguntar àquele envolvido: “quando o senhor sair daqui, a quem vai contar ou tem que contar o que aconteceu?”.

Antes de iniciar a reunião privada, o mediador deverá informar que ela também é regida pelo princípio da confidencialidade e que somente será revelado à outra parte o que for permitido ou o que se enquadrar como exceção à confidencialidade.

Ao final da sessão individual, o mediador perguntará ao envolvido quais os pontos ele não quer que sejam levados ao conhecimento do outro. A confidencialidade é elemento fundamental para que a reunião privada possa ser bem aproveitada, pois, caso não fosse garantido o sigilo, os envolvidos poderiam não revelar informações relevantes para o melhor entendimento do conflito e para a criação de opções mutuamente satisfatórias.

TROCA OU INVERSÃO DE PAPÉIS

A troca ou inversão de papéis é uma técnica destinada a estimular que um envolvido perceba o contexto sob a ótica do outro. Esta técnica deve ser aplicada prioritariamente em reuniões privadas.

É relevante notar que a troca ou inversão de papéis só deve ser utilizada pelo mediador após *ter certeza* de que os envolvidos entenderam bem a situação do outro.

Exemplo bastante elucidativo, utilizado pela professora Dulce Nascimento, em curso ministrado no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no núcleo da ENAM, apresenta o seguinte conflito: a moradora do apartamento 501 reclama da vizinha, moradora do andar imediatamente superior, porque esta chega à sua casa por volta de dez horas da noite e caminha pelo apartamento de sapatos de saltos altos, fato que perturba seu sono.

Acaso o mediador, prematuramente, perguntasse à vizinha de cima “como ela se sentiria acaso um morador andasse regularmente no apartamento de sapatos de saltos altos por volta de dez da noite”, poderia ter como resposta: “isso não seria problema, não me incomodaria em nada, pois não durmo antes de meia-noite e, além disso, tomo um remédio para dormir e tenho um sono muito pesado”.

A fim de evitar situações como a narrada, é necessário que o mediador esteja certo de que um envolvido entendeu a posição do outro. Com esta certeza, o mediador deve perguntar à vizinha do 601: “como a senhora se sentiria, tendo um sono leve e dormindo cedo, se a vizinha de cima ficasse andando de saltos dentro do apartamento às dez da noite”?

PERGUNTAS ORIENTADAS PARA A GERAÇÃO DE OPÇÕES

Considerando que a mediação é um mecanismo de assistência à negociação, o mediador não pode apresentar suas próprias opções para a solução do conflito. A rigor, seu papel, como já visto neste manual, é de facilitador do processo no qual os próprios envolvidos devem gerar suas opções e escolher a mais adequada. Ou seja, deve estimular os envolvidos a buscar novas opções para que eles mesmos escolham aquela que lhes parecer melhor.

Uma das ferramentas mais úteis que o mediador tem à sua disposição é a correta formulação de perguntas que induzam as partes a pensar, em conjunto, numa solução para aquele conflito. E para pensarem em uma boa solução, o ideal é que tenham um rosário de opções por eles buscadas.

É, portanto, papel fundamental do mediador, por meio de perguntas, ajudar os envolvidos a gerar suas opções.

O mediador deve conduzir o processo de negociação, separando a fase de gerar opções ou possibilidades da etapa de análise e escolha das opções que possam atender aos interesses de ambos mediados. O ideal é que os envolvidos abram o leque de alternativas, “coloquem mais roupas no armário para escolherem qual usar”.



Nesta técnica, não importa a relevância de cada opção, pois *o que interessa é gerar o maior número de opções possíveis*. Mesmo que uma grande proposta já tenha sido lançada, é fundamental que o mediador estimule os envolvidos a buscar mais alternativas, pois a prática demonstra que nem sempre a primeira é a melhor ou a mais adequada.

A seguir, apresentamos algumas orientações sobre esta ferramenta:

- A regra é a utilização de perguntas abertas, aquelas cuja resposta não basta ser um *sim* ou um *não*; perguntas que utilizem, por exemplo, *quem, como, o que, quando, onde* etc. (“O que você acha, na sua opinião, que poderia funcionar neste caso?”, “O que, na sua opinião, você poderia fazer para ajudar a resolver essa situação?”);
- Perguntas fechadas devem ser formuladas apenas para confirmar algo, como, por exemplo, no parafraseamento: “É correto eu afirmar que o filho de vocês é muito importante para os dois?”;
- Quando os envolvidos falarem algo de forma não muito clara, devem ser feitas perguntas esclarecedoras: “O que você quer dizer com...?”;
- Perguntas reflexivas são aquelas que, para serem respondidas, os envolvidos têm de refletir antes. Elas podem ser usadas para estimular as partes a buscar mais opções: “Que outras formas você sugere para resolver isto?” Tais perguntas são úteis quando os envolvidos estão presos a uma única opção. Além disso, as perguntas circulares (que, para alguns autores, são tipos de perguntas reflexivas) são muito importantes para conduzir o foco dos envolvidos para outros pontos. São circulares de tempo, por exemplo, as perguntas que têm como objetivo tirar a atenção dos envolvidos sobre aquele momento de crise do conflito e tentar afastar a cristalização. Por exemplo, o mediador pode perguntar aos envolvidos como eles veem sua relação daqui a dois anos; como eles se veem no futuro, sendo mãe e pai dos mesmos filhos, tendo que se encontrar necessariamente em algumas ocasiões. São

circulares de pessoas as perguntas que são formuladas para que um dos envolvidos se coloque no lugar do outro (inversão de papel).

TESTES DE REALIDADE

O teste de realidade consiste em estimular o envolvido a fazer uma comparação entre seu “mundo interno” e o “mundo externo”, conforme percebido pelo mediador.

É o teste que, através de perguntas, permite ao envolvido a reflexão sobre a plausibilidade de suas alternativas, no caso da ausência de acordo. Objetiva fazê-lo concluir, por si só, que o que se pretende pode não estar de acordo com a realidade.

Dessa forma, se o envolvido está muito preso à sua posição, o mediador pode perguntar: “O senhor já fez alguma pesquisa em julgados de casos semelhantes?”; ou, quando o envolvido está fixo em um montante referente ao dano moral, pode perguntar: “Como o senhor chegou a este valor?”.

Atenção para o fato de que esta técnica deve ser usada prioritariamente em sessões privadas, para não aparentar parcialidade ou expor publicamente as fragilidades do envolvido.

VALIDAÇÃO DE SENTIMENTOS

Esta técnica reside no reconhecimento da existência de sentimentos, identificando-os e abordando-os como uma consequência natural do conflito. Ela é muito usada na mediação, sendo importante para obter a confiança dos envolvidos.

Aqui, o mediador deve procurar identificar os sentimentos, ainda que os envolvidos não os revelem explicitamente, reconhecê-los, abordá-los sob uma perspectiva positiva, procurando mencionar os interesses reais que geraram aqueles sentimentos.



Os sentimentos negativos devem ser abordados prioritariamente em sessões privadas, e os positivos, em sessões conjuntas. Ao identificar sentimentos comuns aos envolvidos, o mediador pode validá-los em reunião conjunta, favorecendo o reconhecimento recíproco. Exemplo: “Na verdade me parece que ambos estão se sentindo frustrados pela forma como isso se desenvolveu e querem estabelecer uma maneira mais produtiva para lidar com essa situação”.

CONCLUSÃO

A Moderna Teoria do Conflito demonstra que este é natural, inevitável nas relações humanas e que a forma como o tratamos pode ser construtiva ou destrutiva, positiva ou negativa. Acaso seja tratado positivamente, o conflito pode gerar mudanças para melhor e trazer oportunidades de crescimento pessoal, profissional e corporativo.

Como cedição, nem sempre a melhor solução de um conflito será aquela ditada por um terceiro, como na heterocomposição (decisão judicial, por exemplo), alternativa que deverá ser reservada para os casos em que esta se revelar realmente necessária.

Esta é uma singela apresentação de um traçado geral da mediação e de como suas técnicas podem ser usadas, com eficácia, pelo Ministério Público, para que a instituição cumpra, efetivamente, os ditames insertos na Carta de 1988, permitindo a todos o verdadeiro acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014. 352 p.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Manual de mediação judicial**. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça; Brasília: PNUD, 2013.

FISHER, Roger. URY, William e PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **MESC uma visão geral de conceitos e aplicações práticas**. São Paulo, SEBRAE, 2003.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.

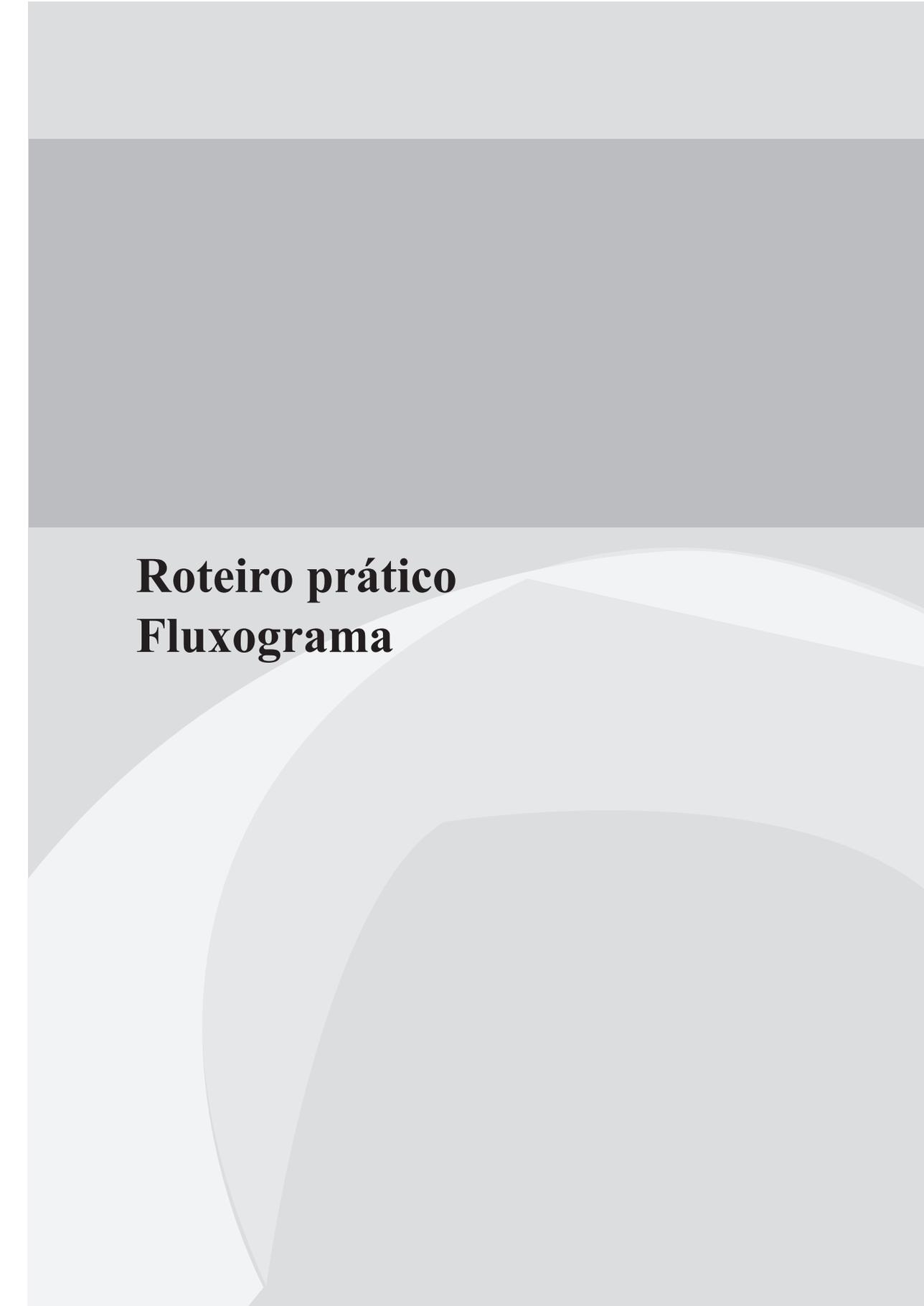
SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

SLAIKEU, Karl A. **No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos**. Brasília, Brasília Jurídica, 2004.

STONE, Douglas. PATTON, Bruce e HEEN, Sheila. **Conversas difíceis**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da Mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação, 1998.



Roteiro prático
Fluxograma



Roteiro prático para aplicação da Mediação pelo Ministério Público

QUANDO E ONDE USAR A MEDIAÇÃO?

Como já proposto no corpo deste capítulo, o conhecimento sobre mediação pode ser usado pelo membro ou servidor do Ministério Público em várias situações, dentre elas:

1. ATENDIMENTO ao público em geral e aos advogados, ocasiões em que as técnicas (ferramentas) de mediação são de grande utilidade;
2. participação em AUDIÊNCIAS, de processos criminais e cíveis, nas quais seja necessário o uso de técnicas autocompositivas (audiências de conciliação de família e cíveis em geral, audiências preliminares do JECRIM etc.). Neste ponto, é válido ressaltar que, seja o Ministério Público parte ou interveniente, as técnicas de mediação e de negociação (já abordadas em outros capítulos da presente obra) podem ser usadas, com grande valia, pelos seus membros;
3. IDENTIFICAÇÃO de conflitos mediáveis, que, caso sejam trazidos ao conhecimento Ministério Público, podem ser mediados pelo próprio MP ou encaminhados aos centros judiciários ou comunitários de mediação;
4. realização de MEDIAÇÃO, propriamente dita, de conflitos mediáveis, quando o membro ou servidor pode atuar como facilitador e, ao final do procedimento, com o uso das técnicas ou ferramentas, caso seja atingido um acordo, homologá-lo ou enviá-lo à homologação. Neste item, é importante observar que o conflito submetido à mediação pode ter como base direitos individuais ou coletivos, privados ou públicos e que, *em qualquer caso*, o Ministério Público poderá identificar o seu interesse na resolução, pois estará agindo

para promover a paz social. Assim, não há, em princípio, vedação à atuação resolutiva do Ministério Público em qualquer área, ou limitação da intervenção ministerial apenas aos casos em que, judicializado o conflito, haja presença do Ministério Público. Citamos, como exemplo, a atuação de membro do Ministério Público que, tendo tomado conhecimento da insatisfação dos profissionais de saúde do município (que poderia levar à deflagração de uma greve), atuou preventivamente e mediou o conflito, evitando, assim, que fosse interrompido o serviço de saúde;

5. ORGANIZAÇÃO DE NÚCLEOS para a prestação de serviço contínuo de mediação pelo MINISTÉRIO PÚBLICO. Tais núcleos, a serem estruturados conforme as possibilidades e peculiaridades de cada local, podem ser, por exemplo, destinados à mediação de conflitos familiares;
6. execução e gerenciamento de PROJETOS DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA, a exemplo do projeto pioneiro do MPCE¹, consistente num programa de estruturação de Núcleos de Mediação Comunitária, gerenciado pelo MPCE e executado com a parceria de órgãos públicos e privados. Os dados indicam que 70% dos conflitos submetidos aos referidos Núcleos de Mediação Comunitária são efetivamente solucionados;
7. realização de MEDIAÇÃO SANITÁRIA, que, no modelo adotado pelo MPMG (onde foi criada como ação institucional, por resolução do Procurador-Geral de Justiça²), através de reuniões no sistema itinerante, em todo o território estadual, destina-se a encontrar soluções, por consenso dos envolvidos, para as complexas demandas de saúde, com repercussão coletiva, visando evitar a judicialização da política de saúde;

1 O referido projeto, premiado pelo CNMP2013, na categoria Diminuição da Criminalidade e da Corrupção, era, à época da edição desta obra, coordenado pelo Promotor de Justiça Francisco Edson Landim.

2 A referida ação institucional foi criada no âmbito do MPMG e inserida no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa de Saúde, à época da edição desta obra coordenado pelo Promotor de Justiça Gilmar de Assis.

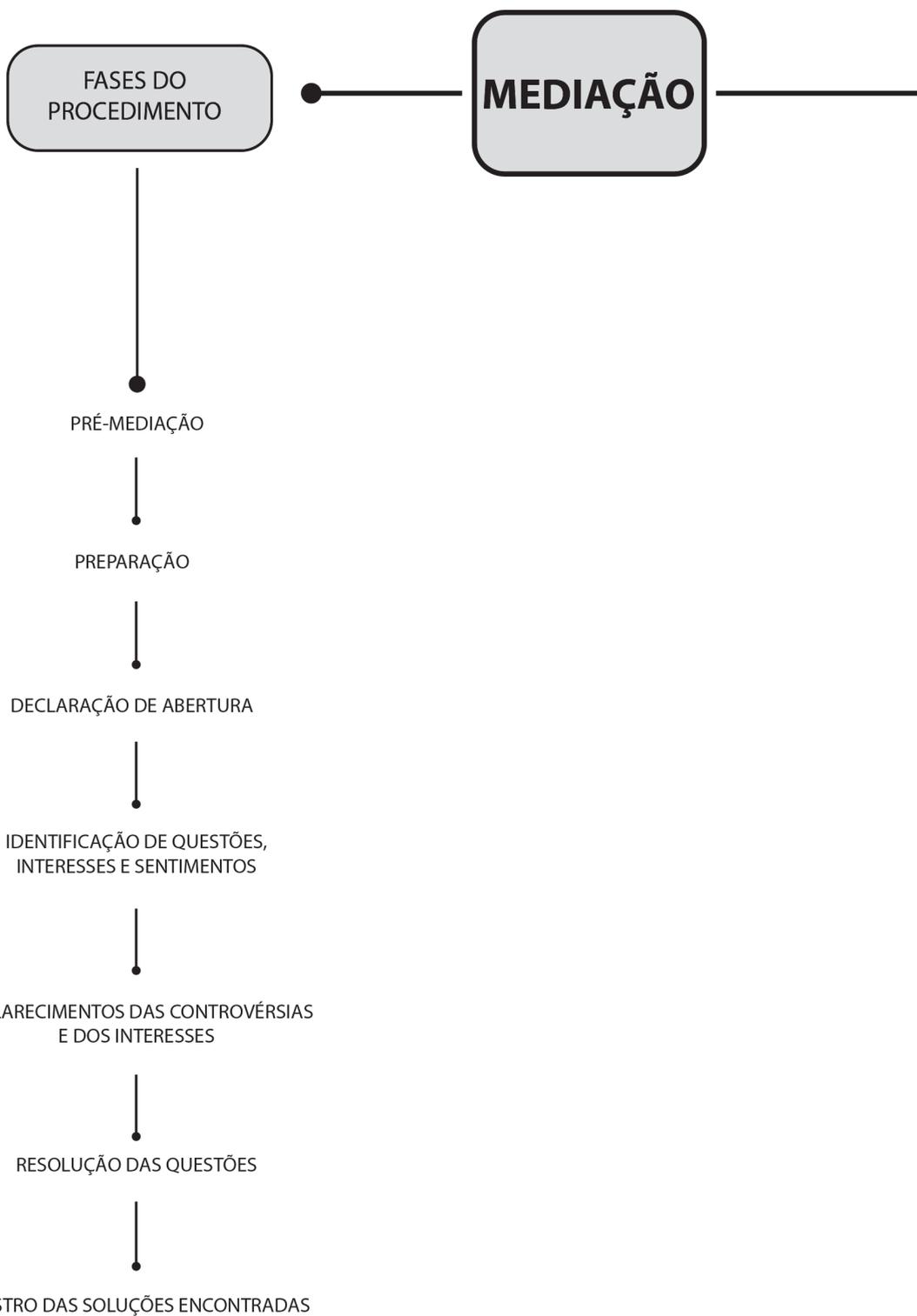


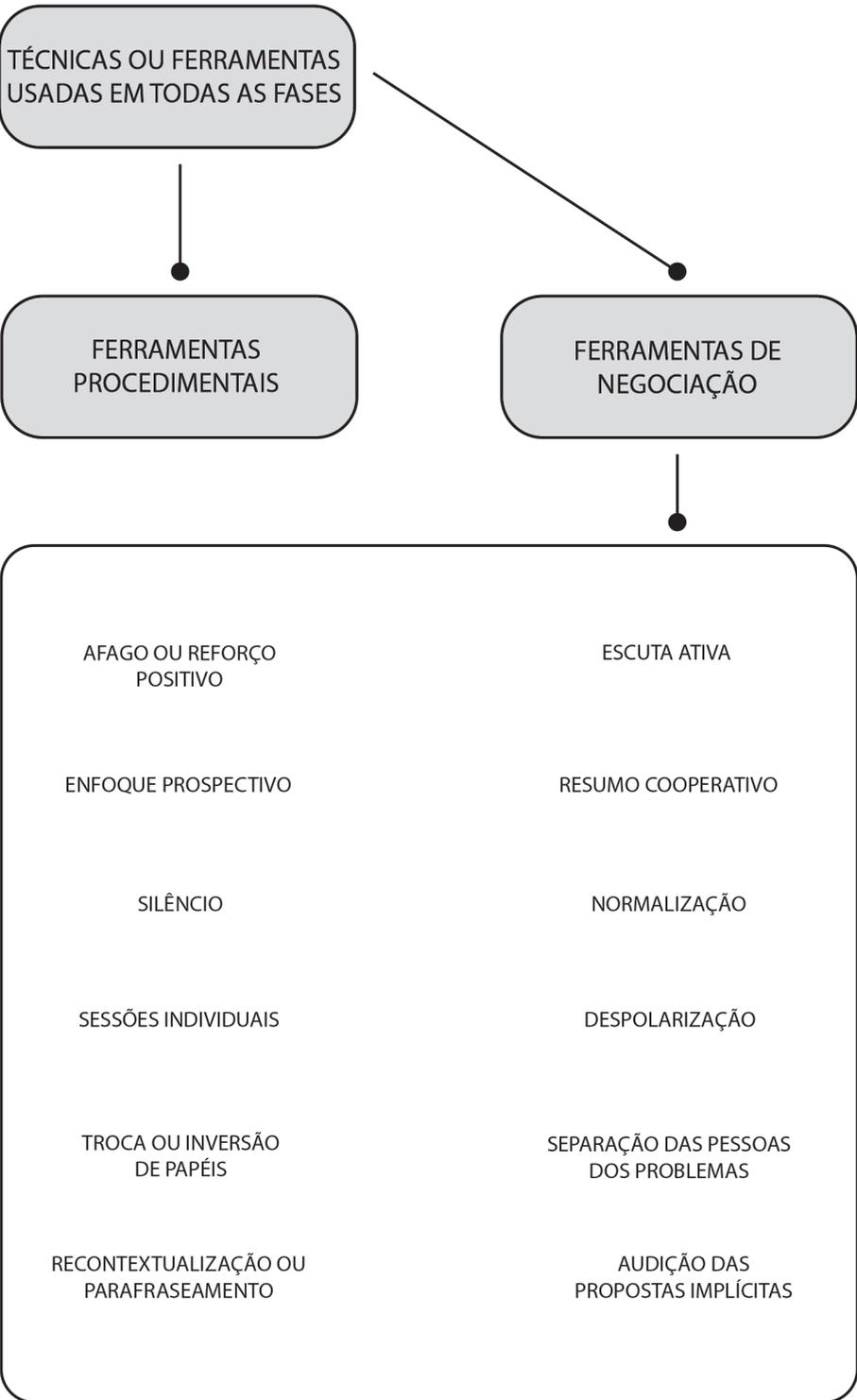
8. fomento ao uso, pelas escolas, da **MEDIAÇÃO ESCOLAR**, através da qual conflitos escolares, não raro levados ao gabinete do promotor de Justiça, são resolvidos, com enorme eficácia e satisfação de todos, pelas próprias escolas, após capacitação para tal, que pode ser feita pelo próprio Ministério Público, Instituição interessada na pacificação e no empoderamento, com a formação de cidadãos que aprendam a fazer, cada vez mais, a autocomposição de seus conflitos;
9. utilização de técnicas de mediação também nas **NEGOCIAÇÕES**. Quando o Ministério Público está envolvido num conflito como titular do direito e, portanto, parte, ele não atuará naturalmente como mediador *stricto sensu*, e sim como negociador. As técnicas da mediação, contudo, são também, em grande parte, aplicáveis à negociação e a sua utilização pode fazer grande diferença entre uma negociação frustrada e uma exitosa. No NUCAM³, Núcleo de Resolução de Conflitos Ambientais do MPMG, também premiado pelo CNMP em 2013, o MPMG, através da atuação e efetiva capacitação de membros e servidores em técnicas autocompositivas, tem experimentado o resultado de resolução de 95% dos conflitos ambientais de maior complexidade, considerado o significativo impacto ambiental e porte do empreendimento.

COM CONDUZIR UM PROCESSO DE MEDIAÇÃO PROPRIAMENTE DITO?

O procedimento de mediação, como já mencionado também no texto deste capítulo, apesar de informal, pode seguir as etapas sugeridas no fluxograma abaixo, em simetria com o procedimento já utilizado, em larga escala, pelo Poder Judiciário, na forma da Res. 125/10 do CNJ.

³ O NUCAM foi instuído em 2012, por ato do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais e inserido na estrutura do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, atualmente coordenado pelo Procurador de Justiça Alceu José Tores Marques, sendo o NUCAM, à época desta edição, coordenado pelo promotor de Justiça Carlos Eduardo Ferreira Pinto.





O Ministério Público é uma instituição eminentemente negociadora e mediadora. Em razão de seu destacado papel na promoção do acesso à justiça e na efetivação dos direitos, os membros do Ministério Público lidam diuturnamente com um sem-número de conflitos que desafiam e tantas vezes transcendem as possibilidades de resolução que o processo judicial tradicional oferece.

Nesse sentido, exemplos não faltam: os membros do Ministério Público atuam na construção de acordos em delicadas questões relacionadas ao direito de família, medeiam a reparação de danos ao meio ambiente, negociam ajustamento de condutas lesivas aos interesses coletivos e difusos.

A parceria entre o Conselho Nacional do Ministério Público e a ENAM/MJ, cujo resultado é o presente “Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público”, pretende contribuir com o debate já em andamento no seio do Ministério Público brasileiro sobre a utilização dos métodos autocompositivos como uma das possíveis formas de atuação institucional.

Secretaria de
Reforma do Judiciário

Ministério da
Justiça

GOVERNO FEDERAL
BRASIL
PAÍS RICO É PAÍS SEM POBREZA



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

