

MEDIAÇÃO

ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA

O CONFLITO, A CRISE DA JURISDIÇÃO E AS PRÁTICAS MEDIATIVAS



ORGANIZADORES

Fabiana Marion Spengler
Theobaldo Spengler Neto



**MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA:
O CONFLITO, A CRISE DA JURISDIÇÃO E AS PRÁTICAS MEDIATIVAS**





Reitor
Vilmar Thomé
Vice-Reitor
Eltor Breunig
Pró-Reitora de Graduação
Carmen Lúcia de Lima Helfer
Pró-Reitor de Pesquisa
e Pós-Graduação
Rogério Leandro Lima da Silveira
Pró-Reitor de Administração
Jaime Laufer
Pró-Reitor de Planejamento
e Desenvolvimento Institucional
João Pedro Schmidt
Pró-Reitora de Extensão
e Relações Comunitárias
Ana Luiza Texeira de Menezes

EDITORA DA UNISC
Editora
Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL
Helga Haas - Presidente
Rogério Leandro Lima da Silveira
Ademir Muller
Cristina Luisa Eick
Eunice Terezinha Piazza Gai
Mônica Elisa Dias Pons
Sérgio Schaefer
Valter de Almeida Freitas



Avenida Independência, 2293
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462 - Fax: (051) 3717-7402
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS
E-mail: editora@unisc.br - www.unisc.br/edunisc

Organizadores:
Fabiana Marion Spengler
Theobaldo Spengler Neto

**MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA:
O CONFLITO, A CRISE DA JURISDIÇÃO E AS PRÁTICAS MEDIATIVAS**



Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2012

© Copyright: Dos autores
1ª edição 2012

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: EDUNISC
Editoração: Clarice Agnes, Julio Mello

M489 Mediação enquanto política pública [recurso eletrônico] : o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas / organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto - 1.ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2012.

Dados eletrônicos.

Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <www.unisc.br/edunisc>

Inclui bibliografia.

1. Mediação. 2. Política urbana. 3. Conflito. 4. Jurisdição. I. Spengler, Fabiana Marion. II. Spengler Neto, Theobaldo.

CDDdir: 341.162

Bibliotecária responsável : Luciana Mota Abrão - CRB 10/2053

ISBN 978-85-7578-328-3



SUMÁRIO

PREFÁCIO	
<i>Humberto Dalla</i>	7
CAPÍTULO I	
A CRISE DAS JURISDIÇÕES BRASILEIRAS E ITALIANAS E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	
<i>Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto</i>	9
CAPÍTULO II	
A AUTOCOMPOSIÇÃO E O TRATAMENTO ADEQUADO DAS CONTROVÉRSIAS: UMA VISÃO POSITIVA DOS CONFLITOS	
<i>Helena Pacheco Wrasse</i>	47
CAPÍTULO III	
O CONFLITO E OS MEIOS DE SOLUÇÃO: REFLEXÕES SOBRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO	
<i>Luzia Klunk</i>	63
CAPÍTULO IV	
A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR DA JUSTIÇA	
<i>Dhieimy Quelem Waltrich</i>	80
CAPÍTULO V	
O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO EFETIVADORES DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA	
<i>Tamires Becker Ferreira</i>	96
CAPÍTULO VI	
MEDIAÇÃO: DA TEORIA À PRÁTICA	
<i>Alex Kniphoff dos Santos</i>	118
CAPÍTULO VII	
A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA NO TRATAMENTO DE CONFLITOS: A TEORIA E A PRÁTICA EM FACE DA ANÁLISE DO PROJETO EXISTENTE EM SANTA CRUZ DO SUL	
<i>Ana Carolina Ghisleni</i>	133



<p>CAPÍTULO VIII A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS DE GUARDA <i>Luthyana Demarchi de Oliveira</i></p>	149
<p>CAPÍTULO IX A ALIENAÇÃO PARENTAL: A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO CONSENSUAL PARA RESTABELEECER E PRESERVAR O VÍNCULO AFETIVO ENTRE AS PARTES <i>Marlete Mota Gonçalves</i></p>	166
<p>CAPÍTULO X O JUIZ E O MEDIADOR, UMA ANÁLISE ACERCA DO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES ANTE A CRISE DA JURISDIÇÃO E APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO <i>Marluci Overbeck</i></p>	183
<p>CAPÍTULO XI O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO <i>Felipe Tadeu Dickow e Marson Toebe Mohr</i></p>	200
<p>CAPÍTULO XII RESOLUÇÃO 125 DO CNJ COMO MECANISMO FACILITADOR NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS <i>Thayana Pessoa da Silveira</i></p>	215
<p>CAPÍTULO XIII A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA DE INCLUSÃO SOCIAL NUM CONTEXTO DE ALIENAÇÃO SOCIAL <i>Marli M. M. da Costa</i></p>	230



PREFÁCIO

Foi com imensa alegria que recebi o convite feito pelo casal Spengler para prefaciar obra de tamanha importância para a mediação enquanto política pública.

Afinal de contas, nada mais apropriado, nesse contexto, do que uma pesquisa conduzida com acadêmicos e discentes a fim de calcificar o uso da mediação entre os operadores do direito do futuro.

A educação é, sem sombra de dúvida, o melhor instrumento para viabilizar a política pública de tratamento e filtragem de conflitos.

Este texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814) e no projeto: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, do Programa Pesquisador Gaúcho da FAPERGS, Edital 02/2011, ambos coordenados por Fabiana e Theobaldo.

A seriedade e a inserção acadêmica do texto é evidenciada pela sua vinculação aos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado pelos Coordenadores.

Não bastasse isso, ambos têm larga produção na área, e Fabiana acabou de concluir seu período de estágio pós-doutoral em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE), além de ser coordenadora do Grupo de Estudos “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq.

Logo na abertura da obra, Fabiana e Theobaldo nos brindam com um texto que trata da crise da jurisdição no Brasil e na Itália e a alternativa da mediação enquanto meio democrático de resolução de conflitos.

A seguir, são abordadas temáticas de grande relevância, como a necessidade do tratamento adequado das controvérsias como condição de pacificação social, a distinção entre mediação e conciliação, a mediação comunitária, o uso da mediação em questões sensíveis como guarda e alienação parental, o papel do advogado na mediação, a Resolução n. 125 do CNJ e a justiça restaurativa.

Todos os temas são, indubitavelmente, atuais e relevantes.

Não custa lembrar que estamos à beira de um novo Código e Processo Civil, que tratará da mediação expressamente nos artigos 144 a 153 (PL 8046/10), bem como já está em vigor a Resolução n. 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, que



determina a criação de centros de tratamento e filragem de conflitos em todos os Tribunais do País.

Embora não tenhamos ainda um Projeto de Lei que trate especificamente da mediação (Os PL´s 4827/98 e 94/02 não foram aprovados pela Casa Legislativa), ela já é hoje uma realidade no Brasil, com incontáveis iniciativas, judiciais e extrajudiciais, em pleno funcionamento.

Nessa perspectiva, ao renovar o agradecimento pela honra em prefaciá-la obra, felicito os autores e coordenadores por mais esse tijolo que é colocado na parede do conhecimento acerca dos mecanismos de solução de conflitos no direito brasileiro.

*Rio de Janeiro, agosto de 2011.
Humberto Dalla*



CAPÍTULO I

A CRISE DAS JURISDIÇÕES BRASILEIRAS E ITALIANAS E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS¹

Fabiana Marion Spengler²

Theobaldo Spengler Neto³

1 INTRODUÇÃO

No Brasil e na Itália, o Poder Judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises⁴ das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. A crise se intensifica quando se observa o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais⁵ e, paralelamente,

- 1 O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814) e no projeto: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, do Programa Pesquisador Gaúcho da FAPERGS, Edital 02/2011, ambos coordenados pela primeira autora e do qual faz parte o segundo autor. O artigo teve sua produção a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto.
- 2 Pós-Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS; mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS; docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição; Coordenadora do Grupo de Estudos “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; advogada.
- 3 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000), onde atualmente é professor adjunto. Professor de Direito Processual Civil (Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Procedimentos Especiais e Processo Cautelar) e de Direito Civil – Responsabilidade Civil. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq sob a coordenação da Prof^a. Dr^a. Fabiana Marion Spengler. Sócio titular do escritório Advocacia Spengler Assessoria Empresarial – SC.
- 4 Nesse ponto é importante dizer a que noção de crise se está fazendo referência uma vez que no cenário brasileiro atual falar em crise tornou-se um inevitável lugar comum, especialmente quando se verifica que o sólido aos poucos esmaeceu corroído pela incompatibilidade entre as complexas relações sociais e as estratégias hegemônicas atuais. Assim, o fio condutor da presente discussão tem como fundamento o fato de que uma crise não é concebida exatamente da mesma maneira em áreas diversas. Por isso, falar de crise em filosofia, em história das ciências, em medicina, em psiquiatria ou em economia são coisas diversas. Entretanto, existe um conjunto de traços comuns a toda crise, desde que se situe a análise em um nível profundo, o das estruturas na maioria das vezes não aparentes, o das estruturas reais do fenômeno estudado. Por isso, “a crise aparece então como um momento no qual se inicia o jogo do par de oposição continuidade/ruptura” (ARNAUD, 1991, p. 171).
- 5 É importante ressaltar que a perda estatal do monopólio da jurisdição levou ao convívio, em uma



a perda de espaço da atuação judicial/estatal como mediador, o que se converte em risco para a democracia. O fomento dessas instâncias privadas acontece, principalmente, em função da crescente complexidade social que se refletem, por sua vez, na conformação de novas e inusitadas relações, cuja principal consequência é a multiplicação dos centros de poder.

É possível perceber a retração e o descompasso entre a função jurisdicional do Estado e a complexidade conflituosa atual. Surgida como meio de garantir a convivência harmônica e pacífica entre os indivíduos integrantes dos grupos sociais, a jurisdição (enquanto monopólio estatal de aplicação do direito) aparece e mune-se de poder de coerção. Esse fato afasta –deveria afastar –, progressivamente, a justiça privada⁶, considerada como garantia de execução pessoal do direito. É através da jurisdição que o Estado entra como um terceiro, substituindo as partes envolvidas, a fim de tratar o conflito, utilizando o direito objetivo, de forma imparcial e neutra (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008).

Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são consequências da crise estatal. Devido a essa assertiva que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas legislativa, executiva e judiciária, enfim, sua tolerância ante a quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito. No entanto, dado a limitação de tempo e espaço, nesse trabalho não se abordará a crise do Estado, apenas a crise do Judiciário.

Nestes termos é que o presente texto tem por objetivo principal, num primeiro momento, delimitar e discutir o desempenho da função jurisdicional do Estado, para, em seguida, investigar a prática da mediação como meio consensual e autonomizador na gestão e resolução de conflitos sociojurídicos.

Atrelado a esse objetivo principal e a ele correlato encontram-se dois objetivos específicos: a) delimitar e analisar a crise pela qual passam as jurisdições brasileira e italiana observando os limites dessa crise e identificando seus principais fatores: se estruturais ou identitários; b) investigar a utilização da mediação/conciliação judicial realizada no Brasil para fins de verificar sua prática, aceitação e reconhecimento social bem como dos lidadores do direito.

Para fins de cumprir com tais objetivos o método de abordagem utilizado foi o dedutivo (LEAL, 2007)⁷, partindo da relação entre argumentos gerais, denominados premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como

mesma sociedade, de um espaço jurídico oficial e outro não oficial, cuja importância é reconhecida pelos hipossuficientes que não têm possibilidade de acesso ao direito estatal.

6 “Oriunda da ausência de um poder central organizado, é geradora de intranquilidades comprometedoras do convívio social, afinal, nesses conflitos solucionados mediante a defesa privada, não há como saber-se, quem realmente detinha a razão ou quem fora mais forte, mais astuto, no desenrolar da lide.” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008).

7 Ver também: VENTURA, Deisy. *Monografia Jurídica: uma visão prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.



método de procedimento foi utilizado o método monográfico, a partir de pesquisas e fichamentos em fontes bibliográficas, estudo de estatísticas ligadas ao tema da pesquisa, além de livros e trabalhos relativos ao assunto.

Assim o texto se organiza em duas grandes partes: a primeira tem por escopo delinear as crises pelas quais passa as jurisdições brasileira e italiana⁸ apontando seus pontos nevrálgicos e ilustrando os mesmos com os números e estatísticas⁹ disponíveis sobre a quantidade de processos e o congestionamento na tramitação dos mesmos.

Num segundo momento será abordada a mediação tal como ela é vista atualmente no Brasil, seus entraves, a falta de legislação específica sobre o tema e as dificuldades de implantá-la em função da cultura processual baseada no binômio ganhador X perdedor que prepondera no País.

2 OS NOVOS CONTORNOS DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: (IN)EFICIÊNCIA FACE À COMPLEXIDADE SOCIAL

Em decorrência das pressões centrífugas, da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário – enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei –, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais, para sobreviver como um poder autônomo e independente. Os limites territoriais do Judiciário até então organizados de modo preciso têm seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes, e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação.

Em termos organizacionais, o Poder Judiciário brasileiro foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. Nesses termos, o tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Ainda, para o Judiciário faltam meios materiais de dispor de condições técnicas que tornem possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva, dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos

8 O que se verifica é que a crise jurisdicional italiana é branda se comparada à crise brasileira.

9 Aqui é importante dizer que a fonte de consulta para os números e estatísticas reproduzidas no texto foi a página do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <http://www.cnj.jus.br/>, acessada em 25 de fevereiro de 2010. Nessa página dois itens foram acessados de modo específico: no item “Justiça em Números” foram extraídos os dados que ilustram a situação atual do Poder Judiciário brasileiro (no concernente a Justiça Estadual, Federal e do Trabalho no período compreendido entre 2004 e 2009) e no item “Movimento pela conciliação” buscou-se delimitar uma das ações do CNJ, do Ministério da Justiça (MJ) e da Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ) para fins de melhorar a prestação jurisdicional no Brasil (também aqui o lapso temporal de pesquisa compreendeu os anos de 2004 a 2009).

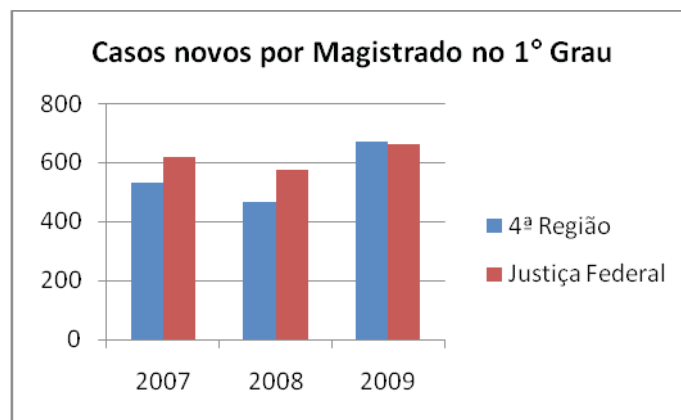


e transnacionalizados (FARIA apud Revista Serviço Social e Sociedade, 2001, p. 6-9).

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição brasileira torna-se alvo de uma preocupação teórica constante voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do direito e especialmente da estrutura funcional necessária para sua realização. Segundo o Departamento de Pesquisas Judiciária do CNJ¹⁰, os dados obtidos pelo “Justiça em Números” confirmam que:

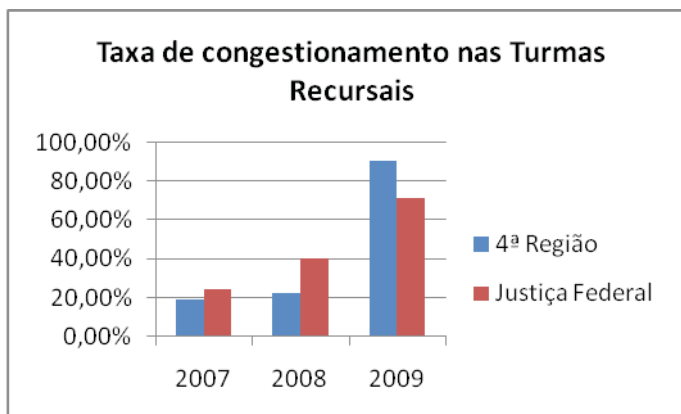
a) Na *Justiça Federal*: durante o ano de 2009, tramitaram nos Tribunais Regionais Federais (2º Grau) mais de 1,3 milhão de processos, sendo que, dentre eles, 452 mil ingressaram naquele ano e 936 mil já estavam pendentes de julgamento desde o final do ano anterior. Total de decisões que puseram fim à relação processual no 2º Grau foi 450 mil, fazendo com que o número de casos julgados se assemelhasse ao número de processos ingressados e, assim, gerando um fator dificultador na tarefa de redução do número de processos pendentes de julgamento.

Já no primeiro grau, foram mais de 632 mil sentenças proferidas e 1,39 milhões de processos em tramitação, sendo que, dentre eles, 941 mil refere-se ao estoque pendente de julgamento. Nas turmas recursais tramitaram 950 mil processos (423 mil casos novos e 526 mil casos pendentes) e nos Juizados Especiais, 3,1 milhões de processos (1,4 milhão de casos novos e 1,69 milhão de casos pendentes).



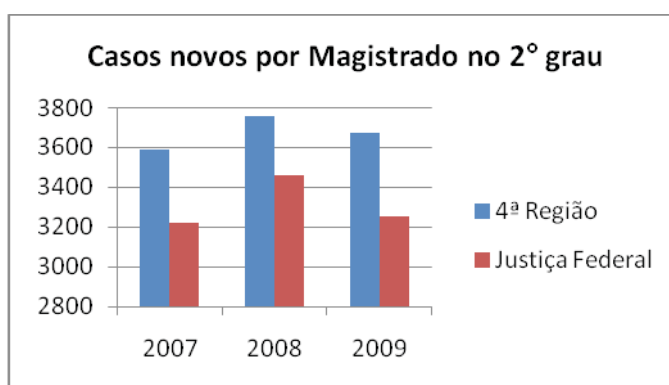
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <http://www.cnj.jus.br/>.

¹⁰ Todas as informações aqui expostas foram obtidas na página do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>, acesso em 25 fev. 2010.



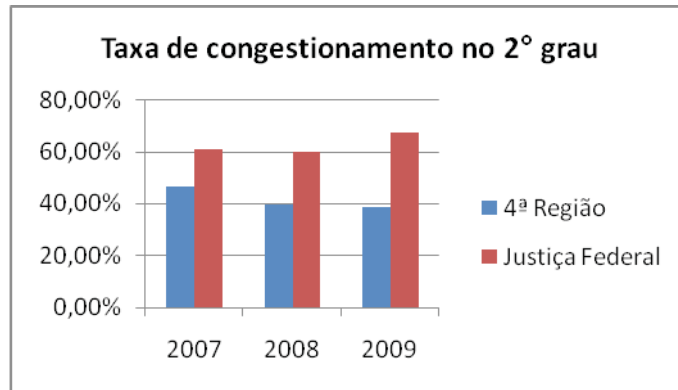
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <http://www.cnj.jus.br/>.

No que diz respeito ao segundo grau, é interessante observar que entre os anos de 2004 a 2007 não houve muitas alterações na carga de trabalho, com leves oscilações valorativas, no entanto, com uma média relativamente constante em torno de 8 mil processos. Entretanto, em 2008, houve um pico na carga de trabalho, com crescimento de 7%, passando de 8.108 (em 2007) para 8.660 (em 2008) processos em tramitação para cada magistrado. Ao contrário do que geralmente se espera, o aumento da carga de trabalho ocorreu concomitante a uma queda da taxa de congestionamento¹¹, a qual decaiu gradativamente desde 2004, com redução de 7,3 pontos percentuais durante todo esse período. Em 2009, a carga de trabalho foi 11.247, e a taxa de congestionamento, 67,1%. Esse fenômeno demonstra um aumento da efetividade da Justiça Federal que, mesmo com o crescimento do número de processos por magistrado, conseguiu reduções no índice de congestionamento dos processos. Nos Juizados Especiais, a taxa de congestionamento tendia à queda até 2007, porém, no início de 2008, houve um crescimento significativo, atingindo os mesmos patamares de 2004. Tanto na fase de conhecimento como na de execução, a taxa de congestionamento, em 2009, foi 58,3% nos Juizados Especiais Federais.

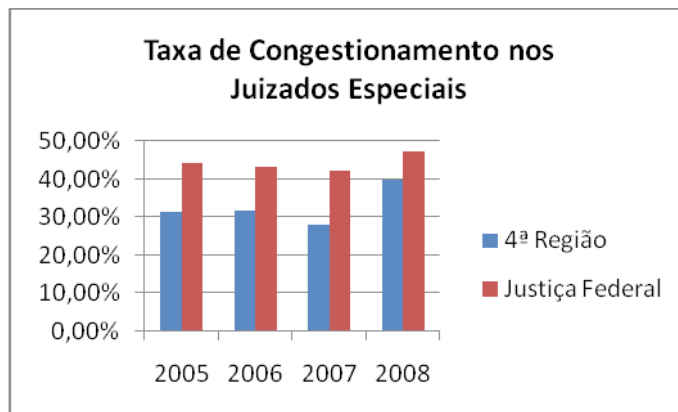


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) < <http://www.cnj.jus.br/> >.

¹¹ Ainda sobre a taxa de congestionamento, nota-se um forte pico de crescimento entre 2007 e 2008 nas Turmas Recursais, passando de 24,8% para 40,6%. Este aumento deve-se ao fato de que houve um crescimento de 14% no número de casos novos (especialmente na 1ª e na 5ª região) simultânea a uma redução do número de decisões (especialmente na 1ª e na 3ª região).



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) < <http://www.cnj.jus.br/>>, acesso em: 25 fev. 2010

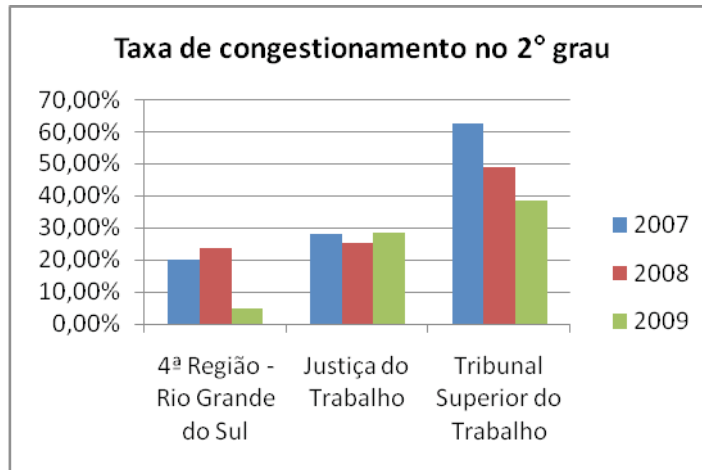


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) < <http://www.cnj.jus.br/>>.

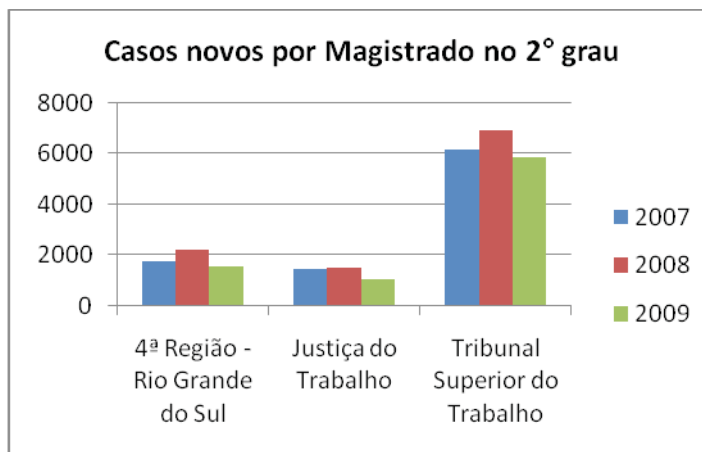
b) Na *Justiça do Trabalho*: tramitaram, durante 2009, nos Tribunais Regionais do Trabalho (2º grau) aproximadamente 914 mil processos, dentre estes, 538 mil ingressaram neste ano. Além disso, foram proferidas cerca de 594 mil sentenças. Nota-se que ao longo dos anos o número de sentenças tem crescido (média de 13% ao ano) mais que o número de processos em tramitação (9% ao ano). Tal fato gera como consequência quedas graduais na taxa de congestionamento, passando de 33,2% para 25,2% nos últimos 4 anos (redução de 8%), ao mesmo tempo que a carga de trabalho cresceu, passando de 1.415 para 1.943 no mesmo período, ou seja, com um incremento de 528 processos por magistrado, sem prejuízo do índice de congestionamento.¹²

12 A taxa de congestionamento atingiu um pico, em 2006, quando começou uma trajetória de queda, devido a um maior crescimento da quantidade de sentenças com relação aos anos anteriores. Apesar do aumento dos processos, a carga de trabalho tem caído gradualmente, pois o número de Juízes do Trabalho tem aumentado em razões anuais de 5% a 6%, passando de 2.150 magistrados, em 2004, para 2.691 em 2008, com um aumento de 25% nestes 4 anos. A queda da taxa de congestionamento do 1º grau nos últimos 2 anos foi motivada especialmente pela fase de execução que caiu de 65,9% para 59,6%, entre 2006 e 2007.



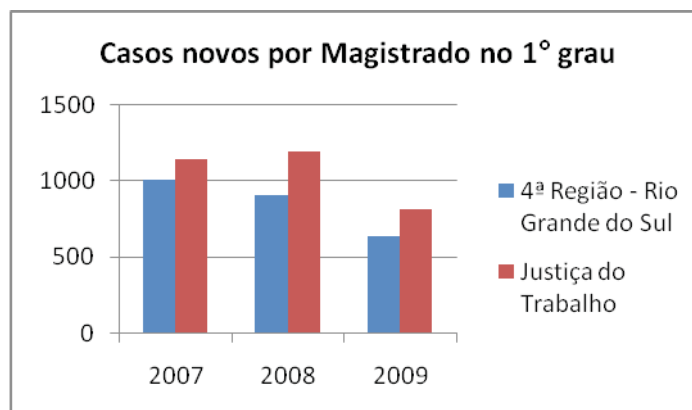


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

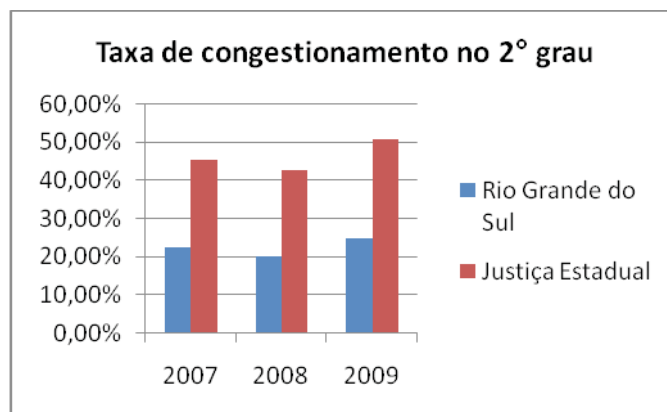
No primeiro grau da Justiça do Trabalho tramitaram 5,9 milhões de processos, sendo 2,8 milhões de casos novos e 3 milhões de casos que já estavam pendentes de julgamento. Foram julgados 3,25 milhões de processos e, assim como observado no segundo grau, o número de entrada de novos processos é inferior ao número de sentenças.



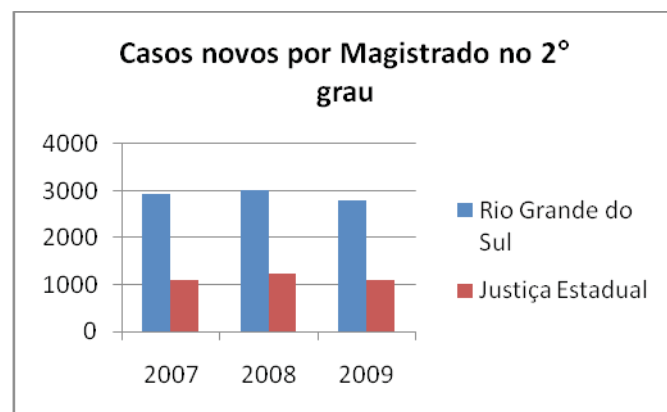
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.



c) Na *Justiça Estadual*: em 2009, tramitaram três milhões de processos no segundo grau, dentre eles, 1,78 milhão ingressou neste ano (2009). Foram, ainda, proferidas 1,67 milhão de decisões que puseram fim à relação processual. Cabe elucidar o efeito de crescimento gradual na carga de trabalho ao longo dos anos, associado a uma redução da taxa de congestionamento. Ao passo que entre 2004 e 2008, a taxa de congestionamento reduziu em 10 pontos percentuais (de 52,8% para 42,5%) a carga de trabalho, que aumentou de 1.441 para 2.066, ou seja, com incremento de 625 processos para cada magistrado, demonstrando uma maior efetividade dos juízes. Em 2009, a carga de trabalho aumentou ainda mais, para 2.180. Por sua vez, a taxa de congestionamento também aumentou de 2008 para 2009, pois em 2009 foi de 50,5%.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

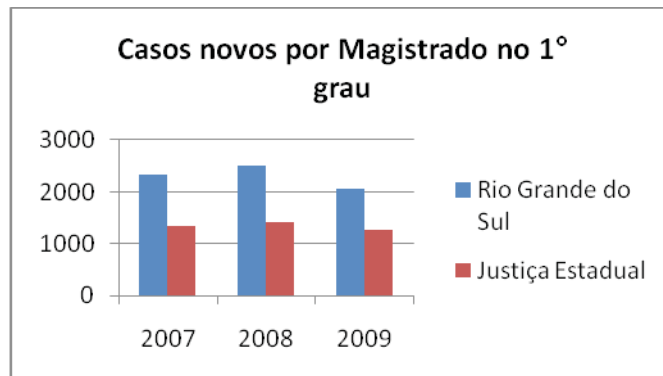


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

Durante o ano de 2009, no primeiro grau da Justiça Estadual tramitaram mais de 89 milhões de processos, sendo que dentre eles 72 milhões já estavam pendentes de julgamento desde o final do ano anterior. Neste mesmo período foram sentenciados 15,1 milhões de processos, ou seja, apenas 17% do total em tramitação. A consequência natural é uma dificuldade em reduzir a taxa de congestionamento, tendo em vista o constante aumento do número de processos ingressados e da carga de trabalho. No primeiro grau, a carga de trabalho dos juízes chegou a aproximadamente 3 mil processos por magistrado, na fase de conhecimento, e 3,8 mil na fase de execução, com uma taxa de congestionamento que permanece na faixa de 80%, praticamente

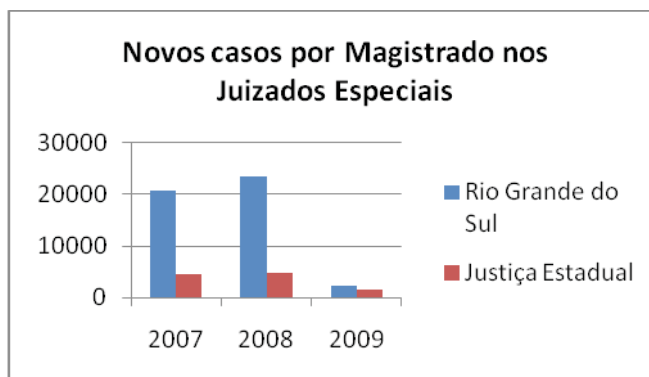


sem variações desde o ano 2004, pois a taxa de congestionamento no primeiro grau na fase de conhecimento foi 67,2% e na de execução foi 87,7%.



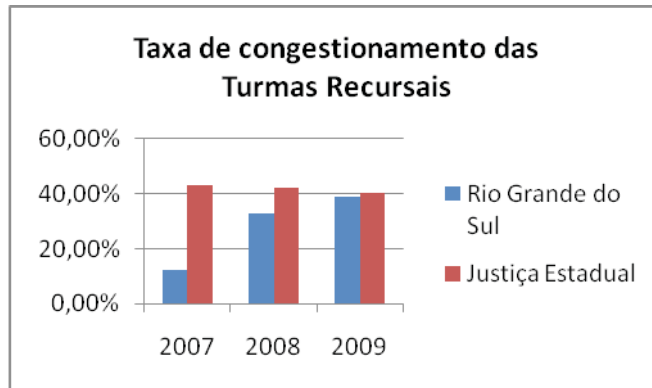
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

Nas Turmas Recursais, tramitaram 532 mil processos (368 mil casos novos e 163 casos pendentes) e foram julgados 281 mil processos. Já nos Juizados Especiais tramitaram 8,3 milhões de processos (3,9 milhões de casos novos e 4,3 milhões de casos pendentes). Sobre a carga de trabalho dos Juizados Especiais, nota-se que não tem havido muita alteração durante os anos, permanecendo, desde 2005, em valores próximos a 9 mil processos por magistrado. O mesmo ocorre com a taxa de congestionamento, que tem oscilado em torno dos 50% ao longo dos períodos analisados. Nas turmas recursais no quesito taxa de congestionamento, verifica-se que atingiram, em 2008, a maior taxa já vista nos anos anteriores, estando atualmente no patamar de 42%, próxima ao observado em 2005. Em 2009, a carga de trabalho dos Juizados Especiais foi 2.716 na fase de conhecimento e 509 na de execução, já a taxa de congestionamento foi 45,6% na fase de conhecimento e 59,3% na de execução. Nas turmas recursais a taxa de congestionamento foi, em 2009, de 40,3%.



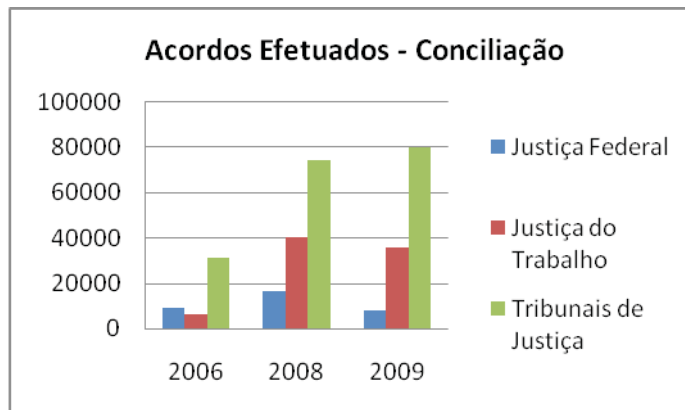
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.





Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

Nesse contexto, demonstrada a incapacidade da jurisdição de monopolizar a resolução dos conflitos, a tendência é de se desenvolver procedimentos jurisdicionais alternativos, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmaticidade.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

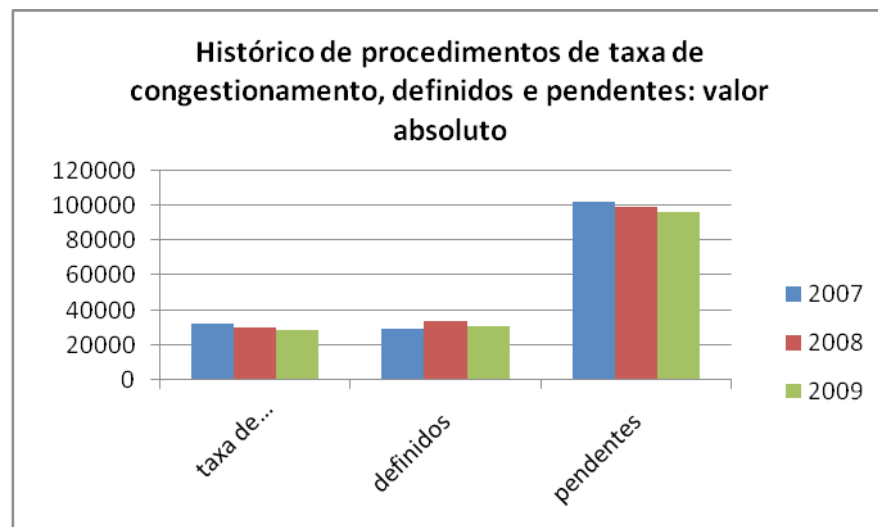
Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos direitos produziram novos atores que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional. Então, as demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos provoca um explosão de litigiosidade¹³ significativa (em termos qualitativos e quantitativos) realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitada de forma ampla.

13 No Brasil do “início do século passado, o Judiciário constituía a última *ratio*. Não se litigava à toa. Pessoas de gerações mais longevas ainda se orgulham de proclamar – “Nunca entrei no Fórum! Nem como testemunha!” [...] Havia uma ética própria, ainda hoje existente no Japão. Recorrer ao Judiciário denota certa debilidade de caráter. Pessoas probas sabem resolver seus problemas como seres civilizados, de maneira autônoma, dispensada a intervenção estatal, a base da honradez, geradora de idêntica expectativa de comportamento. Alguém de boa-fé não se recusa a discutir, a dialogar, a entender as razões alheias e a transigir [...] O Brasil já foi um espaço ético mais saudável. A tradição do fio de barba [...] Tudo mudou. A palavra empenhada é reminiscência arqueológica. A esperteza é a regra. Desconfiar do próximo, o mandamento por todos observado. A depauperação dos costumes tem desaguadouro natural na Justiça” [...] É por isso que se pode dizer: [...] “o brasileiro padece de *demandismo*” (NALINI, 2008, p. 107).



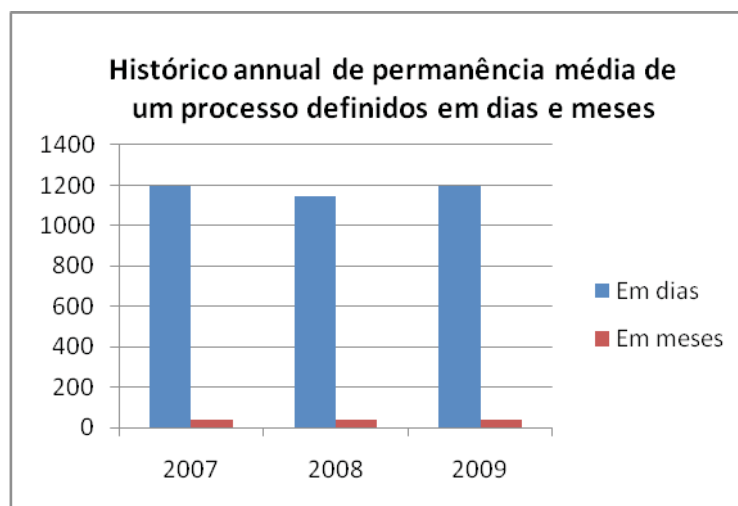
Ao tomar para si o monopólio da jurisdição, determinando o direito ao caso concreto de forma impositiva, o Estado pretende tratar o conflito através da aplicação do direito positivo. Por conseguinte, a jurisdição aparece como uma atividade na qual o Estado substitui as partes num modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente reconhecidos. No entanto o monopólio da jurisdição deixa, gradativamente, de pertencer ao Estado principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são sequelas. Além do aumento considerável da litigiosidade, a burocracia estatal se agiganta, e a produção legislativa acontece de modo desenfreado. Todos esses fatores causam/fomentam a crise do Judiciário brasileiro.

Percebe-se que na justiça italiana o número de processos “definidos” se assemelha à taxa de congestionamento, o que provoca pequenas mudanças nos números de processos pendentes. Além do que, a duração média de um processo no âmbito civil são 40 meses. Desse modo, se percebe que, mesmo congestionada, a justiça italiana dá conta de responder aos litígios judiciais de maneira mais rápida se comparada à brasileira. Da mesma forma, a jurisdição italiana busca na mediação (Decreto Lei n. 28 de março de 2010) uma alternativa para resolver o problema.



Corte suprema di cassazione - ufficio statistico





Corte suprema di cassazione - ufficio statistico

2.1 A crise do Judiciário brasileiro

Assim a crise do Poder Judiciário brasileiro pode ser delimitada como uma crise de *identidade* e uma crise de *eficiência*¹⁴:

a) enquanto *crise de identidade*, pode-se vislumbrá-la por um certo embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo¹⁵ e espaço. Nesses termos, pode-se apontar para uma crise de identidade não só do Judiciário enquanto poder estatal, mas, também, do juiz que “não sabe exatamente qual a sua função e como conduzir-se diante dos dualismos enfrentados”. Dentre esses dualismos estão, por exemplo, “o direito penal mínimo ou máximo, retribuição/recuperação, intervenção necessária à vida civil/não intervencionismo, cumprir a lei/suprir a lei, política /neutralidade” (NALINI, 2008, p. 09) e outros.

Não se pode perder de vista, também, que o aparato judicial para tratar os conflitos atuais serve-se de instrumentos e códigos muitas vezes ultrapassados, ainda que formalmente em vigor, com acanhado alcance e eficácia reduzida. Tal eficácia e alcance muitas vezes atingem somente os conflitos interindividuais, não extrapolando o domínio privado das partes, encontrando dificuldades quando instado a tratar de direitos coletivos ou difusos.

b) intimamente ligada à crise de identidade encontra-se a *crise de eficiência*, uma vez que impossibilitado de responder de modo eficiente a complexidade social e litigiosa com a qual se depara, o Judiciário sucumbe diante da inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se, então, o “flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos tanto qualitativos quanto

14 Sobre o assunto é importante a leitura de BOLZAN DE MORAIS, 2005; SPENGLER; LUCAS, 2008; SPENGLER; BRANDÃO, 2009.

15 Sobre o “tempo” e a Emenda Constitucional 45, de 2004, que determinou a “razoável duração” do processo no Sistema Judiciário e/ou administrativo brasileiro ver: SPENGLER, 2008.



quantitativos” (FARIA, 1995, p. 11). Esse descompasso entre a oferta e a procura produz uma frustração geral, decorrente da morosidade e da pouca eficiência dos serviços judiciais, quando não da sua simples negação aos segmentos desfavorecidos da população, que ainda precisam lidar com a diferença entre a singela concepção de justiça que possuem e a complexidade burocrático/formal dos ritos processuais.¹⁶ A conjugação dessas duas circunstâncias acaba provocando o desprezo e o descrédito do cidadão comum pela justiça, afastando-o muitas vezes.

Essa descrença na justiça se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento (tradicionalmente longo)¹⁷, pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios, e pela impossibilidade de seu cumprimento.¹⁸ O que se verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (por conseguinte sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos.

No mesmo contexto, a crise de eficiência¹⁹ da jurisdição é consequência de outros pontos de ruptura: primeiramente, uma *crise estrutural*, traduzida pelas dificuldades quanto à infraestrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos, de custos. Nesse sentido, conforme informações do CNJ,²⁰ é importante referir que, no final do ano de 2009, a Justiça Federal brasileira contava com 1.775 magistrados e quase 41 mil servidores²¹, possuindo uma despesa de 6,1 bilhões, o que representa um custo

16 Por isso, uma das formas de possibilitar o acesso à justiça, aproximando o cidadão de seus ritos passa pela necessidade dos “juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas (CAPPELLETTI, 1988, p. 13).

17 A morosidade judiciária encontra causa muitas vezes nas próprias partes que com sua prática exagerada de atos processuais (petições, recursos, agravos, produção de prova, etc), ainda que legal e principalmente constitucional, têm por objetivo tão somente ganhar tempo. Assim, elas “instrumentalizam o Judiciário porque se aproveitam exatamente de sua maior deficiência: a lentidão, a morosidade, o ritualismo, o exacerbado procedimentalismo, que leva a ministra Eliana Calmon a afirmar que não é difícil o acesso à justiça: ‘o difícil é sair da justiça’” (NALINI, 2008, p. 107).

18 Isso ocorre quando os conflitos trazidos ao processo não recebem solução (no sentido de tratamento adequado), e sim repostas processuais. “Uma coisa é diferente da outra. Grande percentual de lides é resolvido, mediante análise de questões procedimentais, sem que se alcance o cerne do conflito que a elas deu origem. Pobre em estatísticas, o Brasil não dispõe de dados confiáveis para saber qual a percentagem de processos judiciais que terminam sem o conhecimento do mérito. São as decisões epidérmicas ou periféricas, que tanto denigrem a credibilidade da justiça (NALINI, 2008, p. 18).

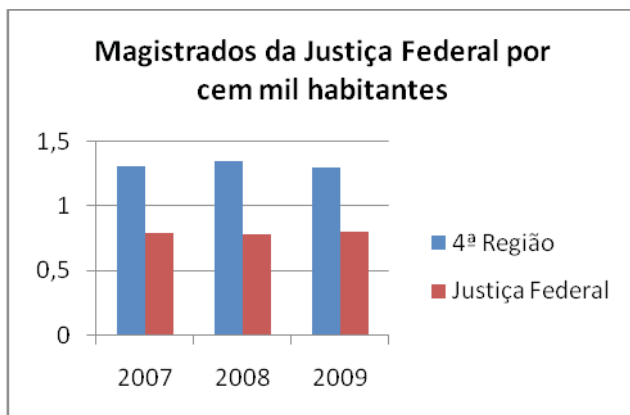
19 Nesse sentido ver BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 03 e seguintes.

20 Todas as informações aqui expostas foram obtidas na página do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <http://www.cnj.jus.br/>, acesso em 25 fev. 2010.

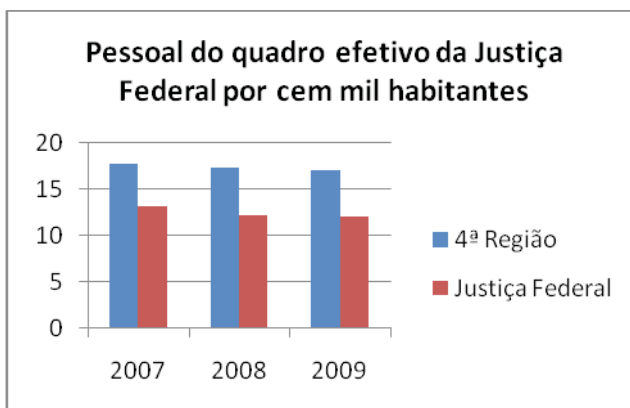
21 É interessante observar que durante os anos de 2004 a 2008 o total da força de trabalho cresceu



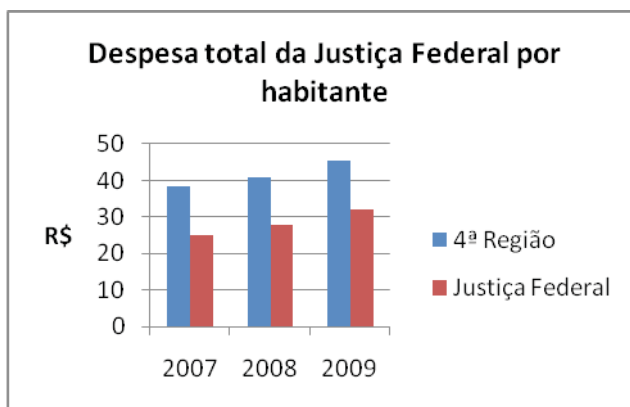
anual de R\$ 32,02 por habitante. Dessa despesa, aproximadamente R\$ 5,7 bilhões estão relacionados a gastos com recursos humanos, que, além do salário, incluem férias, gratificações, passagens, verba de gabinete, dentre outros dispêndios.²²



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>

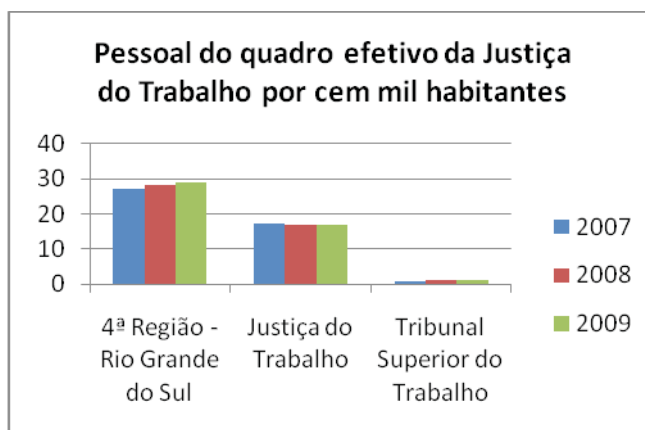
Já na Justiça do Trabalho a crise estrutural vem refletida numa despesa de aproximadamente R\$ 10,1 bilhões, durante o ano de 2009, ou um custo anual de R\$

a uma razão média de 2,3% ao ano, enquanto o número de servidores do quadro efetivo cresceu em média 4,1% ao ano, demonstrando uma preferência por aumentar o quadro funcional com servidores concursados.

22 Verifica-se que, entre 2004 e 2006, as despesas cresciam a uma média de 14% ao ano, porém nos últimos dois anos (2007 e 2008) houve uma desaceleração significativa, em que o crescimento anual passou a ser de apenas 7% ao ano.



53,06 por habitante.²³ A despesa total da Justiça cresceu a uma média de 10,8% ao ano, entre 2004 e 2008, inflacionada principalmente pelo crescimento entre 2005 e 2006 (20%), de 2008 para 2009, o crescimento foi de 8,6%. Por outro lado, a Justiça do Trabalho contava, ao final do ano de 2009, com 3.197 magistrados e 44,5 mil servidores. Vale ressaltar que, durante os anos de 2004 a 2008, o total da força de trabalho cresceu a uma razão média de 5,3% ao ano.



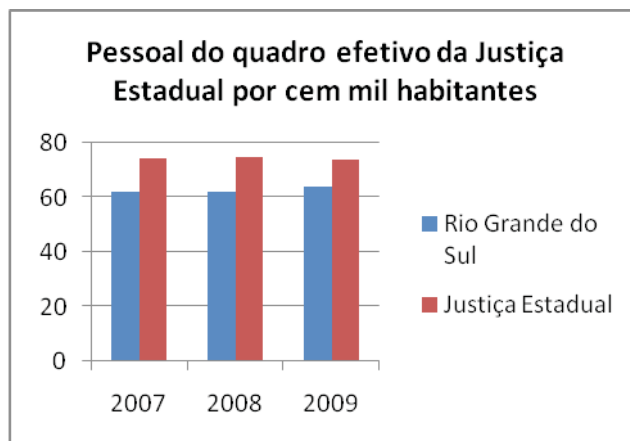
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>

Quanto à Justiça Estadual, as despesas somaram, durante o ano de 2009, a quantia de R\$ 21 bilhões, o que representa um custo anual de R\$ 109,92 por habitante. Dessa quantia, R\$ 18,7 bilhões (89,3%) foram aplicados em recursos humanos (salário, férias, gratificações, passagens, verba de gabinete, dentre outros).²⁴ A Justiça Estadual contava, ao final de 2009, com 11.361 magistrados além de quase 228 mil servidores. A análise da série histórica mostra que, entre 2007 e 2008, a força de trabalho aumentou em 3%, tanto em relação ao total de pessoal auxiliar quanto em relação ao quadro efetivo. Por sua vez, o número de magistrados crescia gradativamente, desde 2004, em proporções cada vez menores, quando, em 2008, ocorreu uma estabilização do quadro, mantendo quase o mesmo quantitativo do observado em 2007. De 2008 para 2009, a força de trabalho total de servidores e magistrados aumentou quase 5%, quanto ao número de magistrados houve um pequeno aumento, em 2009.

²³ Dessa despesa, quase R\$ 8,6 bilhões estão relacionados a gastos com recursos humanos que, além do salário, incluem férias, gratificações, passagens, verba de gabinete, dentre outros dispêndios, o que equivale a 92,9% do total de suas despesas.

²⁴ Desde 2004, as despesas crescem a uma média de 8,9% ao ano, ao passo que o PIB obteve uma média de crescimento de 5,9% no mesmo período, o que indica que as despesas do Judiciário têm crescido em uma razão superior ao indicador da economia nacional.





Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>

Os números mencionados por si só demonstram as dificuldades estruturais do Judiciário brasileiro. Ainda que muito já tenha sido feito, é preciso outras iniciativas que permitam uma reestruturação determinante para fazer frente aos custos e às dificuldades de pessoal e equipamento que ainda existem. Porém, os percentuais acima abordados deixam descoberto outro ponto nevrálgico da crise do Judiciário: a necessidade de desburocratização/desformalização, de aproximar a justiça do cidadão comum, de torná-la acessível e democrática e de dar a esse cidadão mais autonomia para tratar seu conflito.

Quanto isso não ocorre, pode-se verificar uma *crise objetiva*, especialmente relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, a burocratização, a lentidão dos procedimentos²⁵ e o acúmulo de demandas. Essa mesma crise objetiva demonstra que a “forma foi privilegiada em detrimento da substância” (NALINI, 2008, p. 18), ou seja, impera o formalismo em detrimento da preocupação com a justiça e com a exequibilidade das decisões.

As demandas se eternizam, o “processo não resolve, senão institucionaliza

25 **Serve como exemplo da morosidade judiciária brasileira a recente notícia** sobre a demora na tramitação de um processo que, inacreditavelmente, se estende ao longo de 70 anos. Trata-se do processo de inventário de Maria Eduarda Correa Simas, falecida em 31 de agosto de 1935, cuja abertura ocorreu em 29 de agosto de 1938, pelo inventariante Justino Correa Simas. O feito (n. 039/1.030032437-6) tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de Viamão. Com a demora no tramitar do feito, as consequências foram nefastas: os herdeiros diretos faleceram; os bens foram todos alienados, ou cedidos onerosamente; ocorreu o esbulho de área rural de terceiros, o que determinou por parte dos prejudicados pedidos de providências policiais, bem como a abertura de processo criminal. Situação pior aconteceu em Rio Grande, onde os autos do processo do inventário do comendador Domingos Faustino Correa serão doados definitivamente ao Departamento de Biblioteconomia e História da Fundação Universidade Federal de Rio Grande. A decisão é do Conselho da Magistratura do TJRS. O processo tramitou durante 107 anos e é considerado o mais longo de toda a história do Judiciário do Brasil. O comendador, no leito de morte, mandou redigir seu testamento em 11 de junho de 1873, vindo a falecer 18 dias após. O inventário deu entrada no Foro de Rio Grande, em 27 de junho de 1874. O processo tramitou por 107 anos, gerando uma verdadeira corrida atrás do “ouro” alegadamente deixado pelo inventariado. Ao longo desse tempo, milhares de “herdeiros” se habilitaram à herança. A meação do comendador jamais foi partilhada aos supostos herdeiros. A solução se deu a partir da designação de um juiz (Carlos Roberto Nunes Lengler) especialmente para presidir, sanear e julgar o feito. Todos os mais de 1.200 volumes processuais foram trazidos a Porto Alegre no início dos anos 80 e, seis meses depois, o processo teve sentença (Editado em Porto Alegre em 20.06.2006 - Editor: Marco Antonio Birnfeld - 123@espacovital.com.br).



o conflito até o seu natural e espontâneo exaurimento” (NALINI, 2008, p. 18). Tal situação se agrava ainda mais quando se verifica que no Brasil existe a cultura de que “sentença de primeiro grau é irrelevante” o que converte os tribunais de intermediários em casas de passagem de processos cujos responsáveis almejam sempre que a decisão seja revista por tribunais superiores.²⁶

Nessa mesma esteira, a *crise subjetiva ou tecnológica* se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais²⁷ lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também uma mudança cultural e de mentalidade, especialmente quanto ao mecanismo lógico-formal que não atende – se é que algum dia atendeu – as respostas buscadas para os conflitos contemporâneos.

Essa mudança cultural que se demanda atualmente do Judiciário somente acontecerá quando o currículo com a grade de disciplinas das universidades for revisto. Na verdade, a maioria deles vêm sofrendo poucas alterações, mantendo na sua estrutura métodos arcaicos de lidar com os conflitos sociais atuais, que por serem mais complexos são também exigentes de uma outra forma de gestão e resolução.²⁸

No embalo da sistematização, do aprendizado mecânico e acrítico desenvolvido nas universidades²⁹, o modelo de direito que hoje predomina no Brasil é aquele da “cultura manuelesca”. Desse modo, se construiu um imaginário jurídico produzido a partir de manuais, a maioria de duvidosa qualidade. Com efeito, simbolicamente, os manuais que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição o estado d’arte da crise. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, através

26 O Brasil possui atualmente quatro instâncias a vencer para quem pretende ver sua controvérsia apreciada de modo definitivo pela justiça: o primeiro grau com juiz local; o tribunal local; o Superior Tribunal de Justiça, cuja votação da corte de cassação foi substituída por aquela de uma terceira instância ordinária; e, finalmente, o Supremo Tribunal Federal (NALINI, 2008, p. 11-18).

27 Essa incapacidade é resultado de um positivismo/racionalista exacerbado que determina, por parte dos operadores jurídicos, uma visão do direito como uma ciência jurídica altamente sistemática e cartesiana, de onde se reconhece um grande interesse por definições e por classificações.

28 Quando direito e educação se fundem, a partir da discussão de igualdade e diferença, percebe-se o quanto o direito tem negligenciado sua dimensão pedagógica, não primando por práticas dialógicas e horizontalizadas que reconheçam o valor de todos os sujeitos envolvidos. A concepção jurídica positivista, dominante na sociedade moderna e contemporânea, quer fazer crer na possibilidade de se estudar e compreender o direito como um fenômeno puramente normativo. No máximo, em uma perspectiva crítica, é ampliada a noção de direito com referência a sua dimensão política. Embora inafastáveis e inegáveis as dimensões normativas e político-social do direito, estas não resumem a complexidade do universo jurídico (MARILLAC, 2009, p. 132).

29 “as faculdades de Direito funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e não propriamente como centros de produção do conhecimento científico. A pesquisa nas faculdades de Direito está condicionada a reproduzir a “sabedoria” codificada e a conviver “respeitosamente” com as instituições que aplicam (e interpretam) o direito positivo. O professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos” (FARIA, 1987, p. 24).

Nesse mesmo sentido, Leonel Severo Rocha salienta a dupla crise que se apresenta nas faculdades de Direito: “por um lado, devido ao fato de não produzirem uma dogmática jurídica dotada de uma técnica atualizada perante as novas demandas do capitalismo tardio; de outro, por não terem uma efetiva função social, notadamente em relação aos segmentos marginalizados da população. Deste modo, muito mais do que uma crise da ‘ciência do Direito’, há crise na reprodução legítima da dogmática jurídica que não consegue justificar a sua ideologia de ‘bem comum’ devido à ausência de críticas mais efetivas à racionalidade jurídica e à formação dos juristas” (ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999).



dos manuais, estão desconectados com a complexidade social. Além disso, essa cultura estandarizada procura explicar o direito através de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais, ocorrendo, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social.³⁰ Por conseguinte, enquanto setores importantes da dogmática jurídica tradicional se ocupam com exemplos fantasiosos e idealistas, o *déficit* de realidade aumenta dia a dia.

Tentativa importante foi aquela feita pela Resolução CNE/ CES n. 9/2004 que revogou a portaria n. 1.884 de 30/12/1994 do Ministério da Educação. Sobre essa alteração nas diretrizes educacionais Horácio Wanderlei Rodrigues observa que pelo fato da resolução ter sido precedida por ampla consulta aos setores interessados ganhou legitimidade por um lado e grande resistência de outro. Assim, depois de um longo processo que teve início nos anos 90, apenas em 2004 foram editadas as novas diretrizes curriculares para os cursos de direito. Porém, a Resolução CNE/ CES n. 9/2004 manteve em grande parte o conteúdo da portaria n. 1.884 de 30/12/1994 que foi revogada.³¹

O objetivo dessa alteração nos currículos dos cursos de Direito é propiciar ao futuro jurista um aprendizado compatível com exigências de uma sociedade pós-moderna. Nesse ponto, teríamos não só magistrados, mas também advogados, promotores, serventários, etc. em condições de lidar com a conflituosidade atual. Porém, não se pode esquecer que ainda possuímos em, todas as áreas do Direito, profissionais formados pela “velha escola” que precisariam de atualização para fazer frente à instituição de uma nova cultura jurídica no País.³²

Por fim, vem a *crise paradigmática*, que diz respeito aos métodos e conteúdos utilizados pelo direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos partindo da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*. Essa crise pode ser resolvida na esteira da crise subjetiva discutida anteriormente, uma vez que para isso depende de uma mudança de paradigmas especialmente no modo como os conflitos são tratados atualmente. A humanização do processo civil e a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos podem ser mecanismos para vencer a crise paradigmática e alcançar uma resposta processual que realmente trate (e o faça de maneira adequada) o litígio.

Assim, a capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos,

30 (STRECK, 2006, p. 223-262). O mesmo autor vai além, exemplificando sua afirmativa: alguns exemplos beiram o folclórico, como no caso da explicação do “estado de necessidade”, constante no art. 24 do CP, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) utilizando o exemplo do naufrágio em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem em uma tábua” e, na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade...!) A pergunta fica mais “sofisticada” quando o professor resolve discutir o “foro de julgamento” de Caio (entra, então, o relevantíssimo debate acerca da origem da referida tábua, como se pudesse haver outra flutuando em alto-mar, além daquela que, com certeza, despregou-se do navio naufragado...!) No exemplo, devem existir muitas tábuas, talvez milhares – em alto-mar –, para que um dos personagens, nascidos para servirem de exemplo no direito penal, agarre-se a ela.

31 Sobre o assunto é importante a leitura de RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o direito no século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

32 Ver CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *180 anos de ensino jurídico no Brasil*. Campinas: Millennium, 2008.



estando intimamente vinculada a sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade em que se processam na esfera social. É nesse sentido que o Judiciário (enquanto sistema) depende do próprio reconhecimento do meio social quanto a sua eficiência medida através da sua capacidade (em termos estruturais e temporais) de absorver e tratar conflitos. A perda dessa capacidade contribui para fragilizar o papel judicial institucional e até mesmo político (BASTOS, 2001, p. 91). Essa fragilização do Judiciário enquanto instituição atinge os “mitos” criados em torno de sua figura possuindo como consequência sua deslegitimação.

2.2 O Judiciário e os seus mitos

Atualmente a realidade brasileira demonstra que unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o “solucione”. Esperam pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático.

Isso acontece porque se criou verdadeiro mito³³ em torno da figura do juiz³⁴, sendo este a expressão e representação suprema da soberania estatal. Nalini (NALINI, 2008, p. 99) observa com extrema propriedade o mito que se firmou em torno da carreira da judicatura e da figura do juiz asseverando ser impossível a humanidade viver sem mitos. Aduz que “o mito reflete uma conotação heroica. Auxilia na fantasia de superação das adversidades. Nítida a sua intimidade com a esperança”. E conclui que “no mundo das incertezas e das vicissitudes, a figura do juiz representaria a *última trincheira*. Quando tudo o mais falhasse, haveria um juiz para permitir ao injustiçado repetir – *Ainda há juízes em Berlim...*”.

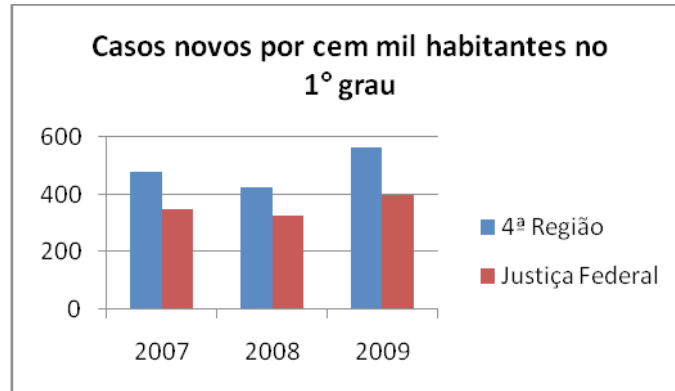
Efetivamente o desenvolvimento cultural da nossa sociedade nos levou a uma quase inércia em resolver nossos próprios problemas. Litigar passou a ser associado

33 Sobre os mitos construídos em torno do mundo do direito e de seu “senso comum teórico” é importante a leitura de Luis Alberto Warat que assume a postura de “caçador de mitos” salientando que “o que sempre me motivou a caça é poder descobrir se havia entre os juristas a possibilidade de outra linguagem possível, que recuperasse a sexualidade perdida, que está na origem de toda linguagem; que pode regular as relações entre os homens fundamentadas no amor e não na coerção, recordando que a lei do desejo não está motivada pela coerção; que pode servir para recorrer aos caminhos da emancipação; que pode ser o *habitat* de uma intimidade não invadida (WARAT, 2010, p. 67).

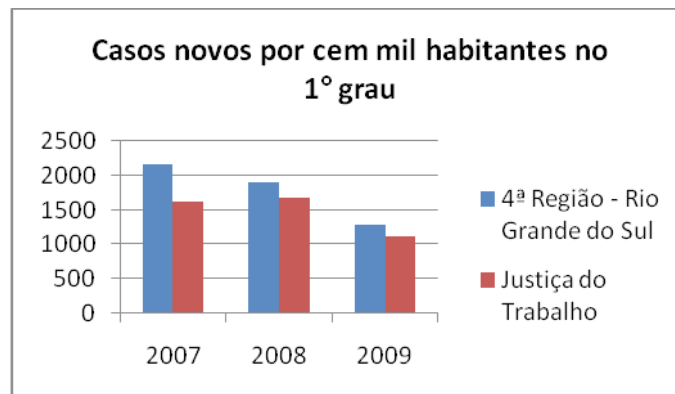
34 Egresso de uma formação jurídica tradicional, dogmática e arcaica, o bacharel conviveu com proclamações do tipo “o juiz é expressão da soberania estatal”, “ordem judicial é para ser cumprida, não discutida”, “o juiz pode tudo, até fazer preto do branco ou do quadrado, redondo” e outras semelhantes. Enunciados tais fazem da carreira de juiz um verdadeiro mito. Por que mito? “Entre todos os fenômenos da cultura humana, o mito é um dos mais refratários a uma análise meramente lógica”. Explica-se: o mito sugere um puro caos, massa informe de ideias incoerentes e desafia as categorias fundamentais do pensamento. Mas na verdade: a humanidade vive sobre mitos. [...] Numa palavra: o mito está profundamente arraigado na natureza humana e se baseia num instinto fundamental e irresistível, pois também sempre tem um *fundamentum in re*, sempre se refere a uma certa ‘realidade’ (NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium Editora, 2008. p. 97 e 98).



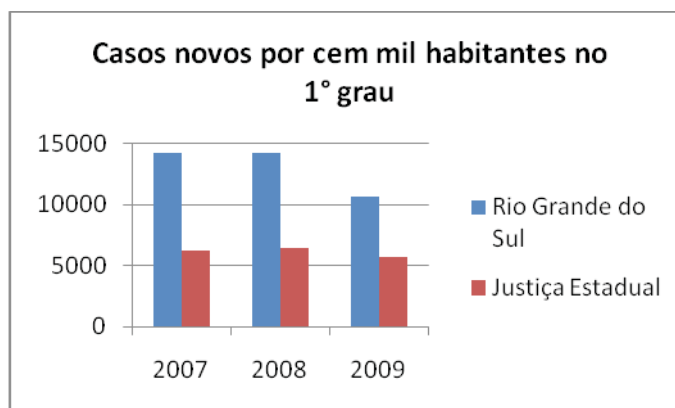
ao pleno exercício de cidadania de um povo que se encontra acobertado e seguro pelo manto do Estado-juíz. Tal se pode verificar no número de processos novos expressos nos gráficos abaixo:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>

Em razão disso, nasceu a ideia (o mito) de que o juiz dá conta de todos os problemas, que o Poder Judiciário encontra-se de portas abertas para o litígio de sorte que todos que demandarem encontrarão nele a resposta de seus anseios de justiça.

Nalini explica que “a cada vez que alguém pretenda fazer valer um interesse, precisará recorrer ao Judiciário. (...) O profissional encarregado de reconstituir a ordem e afastar o dano é o juiz. Em torno disso produziu-se densa tonelagem de



tratados”.³⁵

Essa transferência de responsabilidades quanto à gestão do conflito se direciona ao juiz que o traduz na linguagem dele.³⁶ Desse modo, partindo do processo de racionalização weberiana, o Estado, ao deter a forma de poder legal, detém, também, o monopólio legítimo da decisão vinculante. Assim, as atenções continuam centradas na figura do juiz, do qual se espera a última palavra, “não importa qual, mas a última”. O lugar do juiz entre os conflitantes é uma questão complicada, uma vez que ele não se deixa encerrar na fácil fórmula da lei que assegura “distância de segurança” das razões de um e do outro. Ele vive no conflito e do conflito que ele decide, pronunciando a última palavra. Entretanto, um Sistema Judiciário chamado a decidir sobre tudo e com poderes muitas vezes discricionários e pouco controláveis é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente álibis e cobre a aguda diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz que é, e o que faz, e aquilo que na realidade é e faz (RESTA, 2005, p. 65-66).

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

A explosão de litigiosidade se dá quanto à quantidade e à qualidade das lides que batem às portas do Poder Judiciário, especialmente observando a existência de uma cultura do conflito. Em face de tal fato, a direção da política do direito deve ser no sentido de uma “jurisdição mínima”, contra uma jurisdição ineficaz (RESTA, 2005, p. 69).

No entanto, por que não cabe ao Poder Judiciário “eliminar”, e sim “decidir” conflitos sociais? O fato de que o Judiciário tem como “função fundamental” a decisão de conflitos não quer dizer que a sua função seja a eliminação dos mesmos. Assim, o conflito representa um antagonismo estrutural entre elementos de uma relação social que, embora antagônicos, são estruturalmente vinculados – aliás, o “vínculo” é condição *sine qua non* do conflito. Portanto, se os elementos não são estruturalmente ligados, também não podem ser conflituosos ou divergentes. Nesse contexto, as funções (competências) do Poder Judiciário fixam-se nos limites de sua capacidade para absorver e decidir conflitos, ultrapassando os próprios limites estruturais das relações sociais. Não compete ao Poder Judiciário eliminar vínculos existentes entre

35 Idem, ibidem, p 99.

36 Isso se dá, segundo Maurice Blanchot, porque o juiz tem o direito de ser único *maître du langage*. A expressão *maître du langage* é decisiva e densa, como pode ser aquela de um pensador como Maurice Blanchot, que trabalhou de maneira muito convincente sobre o poder da escrita e sobre a ideia de comunidade. A conexão entre linguagem e comunidade não é, obviamente, imprevista, mas encontrar ligações e mediações através do juiz abre caminhos insuspeitos por meio dos quais se descobre que a linguagem da comunidade não corresponde nunca à comunidade de linguagem (BLANCHOT, 1996).



os elementos – ou unidades – da relação social, a ele caberá, mediante suas decisões, interpretar diversificadamente esse vínculo; podendo, inclusive, dar-lhe uma nova dimensão jurídica (no sentido jurisprudencial), mas não lhe “competete” dissolvê-lo (no sentido de eliminá-lo), isto porque estaria suprimindo a sua própria fonte ou impedindo o seu meio ambiente de fornecer-lhe determinados *inputs* (demandas) (BASTOS, 2001, p. 103).

Pormenorizando, é possível afirmar que a vida social gera as suas próprias relações. Se em qualquer uma destas relações sociais nascer um conflito e uma decisão sobre o mesmo for demandada ao Judiciário, este poderá dar uma sentença sobre aquele tipo especial de relação social. Por conseguinte, não é pelo fato do Judiciário decidir a respeito de divórcio ou separação, de uma ação de despejo ou homologar um dissídio coletivo entre patrões e empregados, que deixarão de existir vínculos familiares ou trabalhistas, convergentes ou divergentes.³⁷

Consequentemente, o Judiciário funcionaliza (no sentido de que institucionaliza) ou processa conflitos sociais, mas suas decisões não eliminam relações sociais. Na verdade, ele decide sobre aquela relação social especificamente demandada, o que não impede, todavia, que outras tantas, com novas características, se manifestem ou que continue existindo a própria relação social enquanto tal. O ato do Poder Judiciário interrompe apenas aquela relação conflitiva, mas não impede o desenvolvimento de outras tantas. Não cabe ao Judiciário eliminar o próprio manancial de conflitos sociais, mas sobre eles decidir, se lhe for demandado. Assim, ele funcionaliza os conflitos sociais, mas não a própria vida. O que se espera é que decida os conflitos que absorve, dados os graves riscos para a sua funcionalidade e para a própria sociedade (BASTOS, 2001, p. 104).

É por isso que precisam ser pensados mecanismos alternativos de solução dos conflitos, tais como a mediação, enquanto *locus* democrático que possua uma nova ideia de jurisdição, que trabalhe com a concepção de autorregulamentação dos conflitos por parte do sistema social, redefinindo, de forma radical, o modelo de terceiro (que decide) e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo e pouco democrático da jurisdição.

3 A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA QUANTITATIVA E QUALITATIVAMENTE MAIS ADEQUADA NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS BRASILEIROS

É possível dizer que as duas últimas décadas do século passado foram da mediação. Especialmente entre os anos de 1980 a 1990, se pode vislumbrar a sua explosão: em todos os lugares falava-se de mediação. O que ocorreu foi a banalização

³⁷ La pace assicurata dal diritto si dimostra spesso carente sia sul piano etico che su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto perché, come già si diceva, essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del nemico che non a quella dell'avversario. La pacificazione giuridica non farebbe del resto che riflettere, nei metodi utilizzati e nei risultati perseguiti, il modo tipicamente competitivo d'intendere le relazioni sociali diffuso nelle moderne società tecnologicamente avanzate: no esistono altri esiti possibili di una disputa, oltre la vittoria/sconfitta e il compromesso (COSI apud Ars Interpretandi, 2004, p. 26).



do termo, utilizando-o para todo propósito, a torto e a direito.

No Brasil, preleciona Cachapuz (CACHAPUZ, 2003, p. 27), se tem notícia da mediação desde o século XII, embora nunca prevista em nossas legislações. Fagundes Cunha (FAGUNDES CUNHA apud GENESIS, ano II, p. 640) ensina que “no decorrer do período monárquico e nos primórdios da República, o direito brasileiro conheceu, pois, a busca da prévia conciliação entre as partes, visando a preservação da paz e o afastamento da eternização das lides judiciais”. Dessa forma, culturalmente, no passado, existia a tendência nacional de adotar os chamados meios alternativos, entre eles, a mediação, como meio de resolver as pendências existentes, embora ausentes, de modo concreta e explícita, normas regulamentadoras da mediação no Brasil.

Atualmente a mediação vem sendo discutida, também, porque existe a preocupação de achar meios para responder a um problema real: uma enorme dificuldade de se comunicar; dificuldade esta paradoxal numa época em que a mídia conhece um extremo desenvolvimento. Nesse contexto, no qual a necessidade de comunicação se demonstra constante, permeado por partes que não conseguem restabelecer o liame perdido, rompido pelo litígio (cuja consequência é a necessidade de uma comunicação “mediada”), surge a mediação como uma outra forma de tratamento de conflitos que possa responder a tal demanda. O termo “mediação” procede do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio. Derivada da palavra *mediare* também a expressão *mediatione* e toda uma série de outras palavras.³⁸

A palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes em uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito (HAYNES, 1993, p. 11).

O tratamento do conflito através da mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia. Os contextos nos quais é possível aplicá-la são vários: mediação judicial, mediação no Direito do Trabalho, no Direito Familiar, na escola, dentre outros. Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento.³⁹

38 Todas essas palavras possuem como prefixo *med*, cujos exemplos são: a) *medeor*: cuidar, tratar, curar; b) *meditor*: meditar, pensar em, considerar; c) *modestus*: moderado, mensurado, comedido, razoável; d) *modero*: manter dentro da medida, regular, guiar; e) *modus*: medida, tamanho, maneira; f) *modius*: medida de capacidade; g) *medhyo*: médio; h) *medius*: que está ao centro (Vide ROBERTS, E. A.; PASTOR, B. *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Madrid: Alianza, 1997).

39 Atualmente, a mediação brasileira vem sendo desenvolvida sem nenhuma base legal. Existem muitas casas de mediação espalhadas por todo o País, no entanto, o número ainda fica muito aquém da necessidade. Os procedimentos de mediação acontecem em todas as áreas, mas é possível dizer que na área cível, especialmente no direito familista, ela de se desenvolveu com mais força. A Resolução 125 do CNJ de dezembro de 2010 tem por objetivo estabelecer a mediação e a conciliação judiciais em todo o País com o objetivo de fazer mais célere a resolução dos



Nesse contexto, a mediação é considerada atualmente como maneira “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal” (WARAT, 2001, p. 5). Diz-se dela uma forma consensuada de tratamento do litígio, uma vez que o terceiro mediador⁴⁰ tem “um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa”. Por isso, não se pode perder de vista a importância dessa prática em uma sociedade cada vez mais complexa, plural e multifacetada, produtora de demandas que a cada dia se *superam qualitativa e quantitativamente*.

É nessa linha que a mediação, como ética da alteridade⁴¹, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador.

A mudança de lentes ao olhar para os conflitos traz uma nova concepção deles. As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares, e o Direito como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distâncias vão para a lixeira. Começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado das interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos (WARAT, 2004, p. 55).

Paralelamente à ética da alteridade, deve-se pensar a outridade no sentido de “captar o outro”: é necessário “captar a alteridade ética do outro e a honestidade que trata de se instalar em sua outridade”. Mas quem é o outro? Como se relacionar com ele? As respostas dadas na modernidade eram totalitárias, reducionistas, manipuladoras, eurocênicas, egocênicas, etnocênicas. Respostas que procuram dissolver o outro em sua alteridade, para terminar devorado pelos modelos hegemônicos que pertenciam à cultura referencial colocada em posição de domínio. Modelos de egos coletivos ou egos-padrões. Ego logocêntrico, que considera a alteridade como duplicação da subjetividade de cada um, que, por sua vez, se imagina coincidente com a razão universal. Nossa subjetividade como medida de tudo alheio a nós. É a violência de reduzir o outro a nós. A nova visão da outridade pretende mostrar que é possível ascender partindo da responsabilidade, que é algo inclusive anterior à nossa liberdade, à nossa autonomia (WARAT, 2004, p. 145).

O fim da mediação é exatamente responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade e da outridade, encontrar, com o auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, aparando as arestas e

conflitos. Não obstante a existência de alguns pontos polêmicos, a sociedade jurídica espera por sua implantação e por seus resultados.

40 “O *mediador* exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes construir suas respostas” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 145). Luis Alberto Warat afirma que a função do mediador é “provocar-te, estimular-te, para te ajudar a chegar ao lugar onde possas reconhecer algo que já estava ali (ou em ti)”. Esse é o papel do mestre, e também o papel do mediador (WARAT, 2004, p. 13).

41 Sobre o tema vide BUBER, Martin. *Eu e tu*. Tradução de Newton Aquiles Von Zuben. 8 ed. São Paulo: Centauro, 2004.



divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses das partes e conduza à paz social (TORRES, 2005, p. 171).

Para que seja exitoso o procedimento de mediação, é necessário que exista equilíbrio das relações entre as partes: não obterá êxito a mediação na qual as partes estiverem em desequilíbrio de atuação. É fundamental que a todos seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas. A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia. Buscar-se-á harmonia através do favorecimento das trocas entre as partes, utilizando-se de um método conciliatório (BOLZAN DE MORAIS, 1999, p. 149-151).

3.1 Críticas à mediação

Porém, se a mediação é um instrumento que permite o restabelecimento da harmonia e da comunicação entre os litigantes, por que suscita tanta resistência quanto à sua utilização e se torna alvo de críticas dos juristas brasileiros? Pode-se responder a tal pergunta elencando alguns motivos dessa resistência: a) primeiramente, porque é um instrumento relativamente novo⁴² de tratamento de conflitos⁴³; b) em segundo lugar, porque se trata de uma técnica não disciplinada legalmente em alguns países⁴⁴; c) por último – e esse é o ponto de maior importância –, a perspectiva de uma verdade consensual que se opõe à verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador – figura que guia as pessoas no tratamento do conflito sem, todavia, impor uma decisão –, soa na mente dos juristas como um resquício de justiça privada. Percebe-se, neste último caso, que a mediação é vista como “una zona d’ombra⁴⁵” na qual se aninha o perigo através

42 Ainda que existam diversos autores que afirmem a existência da mediação desde os primórdios da civilização, trata-se de um instituto novo enquanto instrumento de tratamento de conflitos reconhecido pelo mundo do Direito como eficiente. Nesse contexto, Moore afirma que a mediação já era prática para tratar os litígios bíblicos, especialmente nas comunidades judaicas. Posteriormente, seu uso se difundiu entre várias culturas, dentre elas a islâmica, a hindu, a chinesa, a japonesa. Todavia, o próprio autor ressalta que foi nos últimos 25 anos que a mediação se expandiu exponencialmente no mundo, ganhando espaço e tornando-se reconhecida como meio de tratamento de litígios alternativo às práticas judiciais (MOORE, 1998, p. 32-34).

43 No Brasil, a mediação é uma prática nova e pouco conhecida. Como tal, encontra resistência por parte dos juristas mais velhos e que trabalham ainda sob a égide da cultura do conflito (ganhador X perdedor). Em função de tais fatos ela vem sendo fomentada por várias iniciativas da Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ). Tais iniciativas vão desde a organização de cursos de técnicas de mediação e conciliação para juízes com a publicação de material didático (cartilhas e folders), a implementação de “Centrais de Mediação” e de Núcleos de Justiça Comunitária em bairros e favelas das principais capitais do País. O banco de práticas do Prêmio Innovare (anual) demonstram o crescimento da importância atribuída à mediação, porém, ainda incipiente se comparado ao número de processos em andamento em todo o território nacional.

44 O Brasil é um exemplo. Possuímos um projeto de lei que pretende disciplinar a mediação (Projeto de Lei n. 94 de 2002 – n. 4.827 de 1998 da casa de origem) e o projeto de lei 166/2010 (Novo CPC) mas que ainda não foram aprovados.

45 Para debater essa concepção da mediação como uma zona de sombra do direito, é importante a leitura de PUPOLIZIO, Ivan. *Una comunità all’ombra del diritto*. La mediazione sociale e la giustizia informale nel modello statunitense e nell’esperienza italiana. Milano: Giuffrè, 2005.



de formas paternalistas de controle social, exercitadas sem as tutelas que a justiça formal oferece (COSI; FODDAI, 2003, p. 62).

Nesse contexto, a mediação realiza, através de uma pluralidade de formas, o fim que o direito, na sua generalidade, parece negar ao singular: a possibilidade de recuperação daqueles espaços decisoriais que a organização estatal, sempre invasiva e juridificada, passo a passo subtraiu. No entanto, opor a mediação ao direito significa recair na lógica conflitual da qual se busca a liberdade. Talvez seja melhor (e mais útil) considerá-los com instrumentos diferentes que se inserem em estados e níveis diversos na trama da conflitualidade.⁴⁶

Mas nem todos aqueles que se ocupam da mediação concordam com a tão aclamada necessidade de juridificação através da criação de legislação específica que a regulamente determinando seus objetivos, formas e possibilidades. O temor nasce da possibilidade de perda de seu caráter não decisionista e nem autoritário de tratamento de conflitos (CASTELLI, 1996, p. 30 et seq). O que não se pretende é ver cristalizadas as suas principais características que lhe permitem conservar a fluidez possibilitadora de adequação a situações diversas.⁴⁷

O risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional é reduzi-la à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social. A sua institucionalização pode resultar útil se observada conforme critérios econômicos, mas perigosa de acordo com critérios jurídico-políticos. A alteridade da mediação quanto ao direito nasce dos fins e dos princípios que a inspiram, de uma modalidade diversa de entendimento das relações interpessoais. Nestes termos, mediação e direito propõem dois modelos diversos na forma, na estrutura decisional e, principalmente, nos princípios inspiradores (COSI, 2003, p. 68-69).

Mas, não obstante as vantagens oferecidas pela mediação, ela não possui só adeptos. Muitas críticas são tecidas especialmente quanto a um dos seus aspectos principais: a informalidade que, segundo os críticos, gera a insegurança e a incerteza jurídica.

A tão almejada certeza jurídica e seus critérios de previsibilidade são apontados como uma falha nos procedimentos de mediação, se comparada ao tratamento judicial dos conflitos, uma vez que, na segunda hipótese, a autonomia privada é substituída

46 Michele Taruffo escreve sobre o tema traçando um paralelo entre a “cultura do direito” e a “cultura da mediação”, tecendo críticas à segunda, especialmente quanto à inexistência de previsão e certeza em suas técnicas de tratamento dos conflitos. Assim, “tutto questo non deve però far pensare che la cultura dei diritti sia in fase di estinzione, per essere sostituita da una vera e propria cultura della mediazione, e che quindi l’ordinamento si vada complessivamente adeguando a questa sorta di mutazione culturale. La vera ragione della proliferazione, soprattutto legislativa, della mediazione, é culturalmente assai meno qualificata e risiede nella conclamata incapacità del legislatore di provvedere forme decorose di tutela giurisdizionale dei diritti”. (TARUFFO apud Ars Interpretandi 2004).

47 É por isso que a proposta do projeto de lei brasileiro de mediação (n. 4.827/98) causa dúvidas quanto a necessidade de detalhamento tal como vem disposto. Na verdade, a riqueza de detalhes e determinações engessa o procedimento trazendo à mediação uma formalidade e uma inflexibilidade que a coloca no mesmo patamar do Processo Civil quando na verdade deveria se tratar de um procedimento informal que buscasse a celeridade e o tratamento adequado do conflito se preocupando menos com a “forma dos atos” e mais com o seu conteúdo.



por uma autoridade que impede a prevaricação de uma parte sobre a outra. Essa afirmativa divide-se em dois pontos principais: a) a assimetria do poder, segundo a qual o fato de confiar o tratamento do conflito a uma figura portadora de autoridade pode depender da presença de uma assimetria de poder na relação.⁴⁸ A parte em desvantagem sabe que, se a resolução depende da autonomia, é possível que o acordo final requeira grandes concessões suas. Contudo, mediante a intervenção de uma autoridade que estabeleça a solução, a princípio, existe a confiança de não ocorrer pressões para que estas concessões aconteçam; b) a preservação das relações futuras⁴⁹, uma vez que se uma das partes impõe sua posição ao outro, provavelmente prejudica a sua relação futura (SOLER apud Ars Interpretande, 2004).

Nesse mesmo contexto, o tratamento de conflitos baseado na certeza busca soluções objetivas e não posicionamentos que expressem preferências, crenças ou desejos das partes envolvidas. Em resumo, os métodos jurisdicionais são ligados à realidade inevitável da “solução”. O processo termina com uma “solução” para o conflito, na qual o juiz diz a última palavra, não importa se justa, se correta, se aplicável ao caso, mas a última.⁵⁰ Na mediação não é assim, o princípio da autonomia não vem substituído pela autoridade de um terceiro. Ao contrário, as partes buscam o tratamento adequado de seu conflito. Nesses termos, a mediação corresponde a um jogo sem árbitro e sem pontuação: são sempre os jogadores que controlam a partida (SOLER apud Ars Interpretande, 2004).

De fato, o que a mediação propõe é um modelo de justiça que foge da determinação rigorosa das regras jurídicas, abrindo-se à participação e à liberdade de decisão entre as partes, à comunicação de necessidades e de sentimentos, à reparação do mal mais que a punição de quem o praticou. Contudo, esse modelo diferenciado que propõe uma outra forma de tratar os conflitos, buscando não só uma solução para o Poder Judiciário (cujo modelo de jurisdição se encontra esgotado), mas também a autonomia das partes, possui, na falta de previsibilidade (baseada nas regras e nos procedimentos), uma causa de vantagem e outra de desvantagem. A vantagem fundamental é a não submissão a uma *lex previa*, o que permitirá um grau

48 Nesse sentido, o modo de assegurar uma adequada proteção à parte mais fraca dos conflitos é um problema ressaltado por Michele Taruffo, quando argumenta: “[...] nonché il problema di ammettere o di escludere la presenza dei difensori, di una parte o di entrambi le parti. In ogni caso, sembra necessario che vi sia un procedimento ‘visibile’, guidato da regole predefinite, nel quale tutte le parti abbiano modo di far valere le loro pretese in modo adeguato. [...] informalità del procedimento non può significare disparità ed arbitrio”. (TARUFFO apud Ars Interpretandi, 2004).

49 Um tanto quanto paradoxal esta afirmação, uma vez que a mediação também pretende manter e proteger o relacionamento futuro entre as partes, justamente por isso um dos seus objetivos é manter um canal aberto de comunicação entre elas.

50 Segundo Eligio Resta, “bela é a expressão de Blanchot: ‘o valor ‘soberano’ da palavra!’. A palavra reina soberana no mundo da contabilidade jurídica. É sua expressão e seu veículo. Nela, sedimentam-se a validade e o vigor. A gramática dela é a gramática de um poder, que “diz o direito”, ou melhor, “diz a última palavra”. A sua validade está toda em ser a última palavra. Certamente que outras linguagens reivindicarão esta definitividade; o farão a religião, a filosofia, a ética, até a literatura, de maneira mais sóbria, talvez menos prepotente e mais cintilante. Cada uma delas produzirá juízes; de resto, na linguagem comum, diz-se “cuspir sentenças”, que indicam o vício inveterado de cada um de nós julgar.[...] De um ponto de vista frio do sistema social, tudo isso é um dos mecanismos para interromper a maldosa infinitude da violência e ferir a própria capacidade de conviver com ela. Somos obviamente distantes do exercício de artes ou de práticas da virtude, da prudência (RESTA, 2005. p. 64).



maior de atenção ao caso concreto, favorecendo a identificação de uma pluralidade de caminhos condizentes com as características de cada conflito.

Ao criticar a mediação como meio de tratamento de conflitos, argumentando também em torno da falta de certeza e de previsão legal, Michele Taruffo salienta dois temas aos quais dá especial atenção. O primeiro deles está ligado à figura do mediador que, segundo a autora, deveria apresentar ao menos duas ordens de características: uma adequada preparação profissional, que inclua não só competências jurídicas, mas também um específico conhecimento das técnicas de mediação⁵¹; o segundo diz respeito à independência e imparcialidade⁵² quanto às partes e ao objeto do litígio, uma vez que, não observados tais critérios, poderia favorecer um dos lados em detrimento do outro, alcançando um tratamento não satisfativo do conflito (TARUFFO, 2004).

Ainda, a falta de previsibilidade no procedimento de mediação institui uma segunda problemática constituída na inexistência de expectativas *ex ante*, baseadas sobre uma regra que resolva o conflito e faça com que as previsões sobre como se comportará o outro sejam ligadas à história dessa pessoa (CALCATERRA, 2002. p. 183 et seq.). A questão se torna problemática porque uma vez aceito que a relação conflitual se manifeste nas histórias dos atores e que as suas previsões são funcionais a tais histórias, é muito provável que cada uma faça previsões não compartilhadas e até mesmo opostas.⁵³

O desencontro de posicionamentos vertidos de uma situação conflituosa, a figura do mediador enquanto terceiro intermediário do conflito, a inexistência de previsibilidade e certeza jurídicas são vistos como limitadores da mediação. Essa visão nasce da necessidade de ordem estabelecida pelas prerrogativas de um sistema jurisdicional cuja racionalidade vê na autoridade estatal o direito de dizer quem ganha e quem perde o litígio. O que se observa é a necessidade de limitar a

51 No caso do Brasil, projeto de lei de mediação n. 4.827/98 prevê:

Art. 9º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.

52 Determina o projeto de lei brasileiro sobre o tema:

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

O projeto de lei do novo CPC (166/2010), que prevê a mediação e a conciliação, diz a esse respeito: Art. 134. Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.

§ 1.º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

§ 2.º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 3.º Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

53 Essa visão é traduzida por Michele Taruffo quando argumenta que a mediação possui tradicionalmente uma ideia que se assemelha a uma *black box*, na qual ninguém sabe ou deve saber que coisa acontece, e na qual o mediador e as partes fazem aquilo que querem sem seguir nenhuma “regola del gioco”. Esse é um dos argumentos nos quais se fundam as críticas sobre a mediação também no território brasileiro.



violência e a desordem através do monopólio dessa própria violência por parte do Estado.

É justamente isso que propõe a mediação: um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, o que significaria uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes.⁵⁴ A mediação oferece tudo isso, a sua especificidade e a sua função essencial é justamente acolher a desordem.⁵⁵ De que modo? O conflito é a manifestação mais representativa da desordem (independentemente se individual ou coletivamente), para que possam tratá-lo, as partes devem estar conscientes do caráter excepcional do encontro que emerge da mediação. No curso do procedimento de mediação, a cólera, as diferenças (não reconhecidas ou não aceitas), os desejos obstaculizados e a violência têm o direito de existir. Os mediadores se encontram em frente a um perseguido e a um perseguidor (e vice-versa). Somente uma rigorosa representação do conflito pode acolher a desordem e representar cada momento do drama, deixando o seu espaço e o seu tempo (MORINEAU, 2000, p. 56-57).

A mediação é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. Portanto, as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia é uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais e nos integramos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. É uma forma de poder perceber a

54 Consciente das dificuldades do Poder Judiciário brasileiro o Ministério da Justiça através da Secretaria de Reforma do Judiciário vem buscando meios de proporcionar o acesso à justiça e a prestação jurisdicional rápida e eficaz. Uma dessas iniciativas é a “semana de conciliação” que, no ano de 2009, realizou 260 mil audiências em todo o Brasil, sendo que dessas 123 mil (47,2%) resultaram em algum tipo de acordo. Tal iniciativa é importante, porém ela aconteceu apenas no âmbito da conciliação e não da mediação. A Justiça Comunitária é outra iniciativa que conta com mediadores comunitários na aplicação de técnicas de mediação a resolução dos conflitos antes do ajuizamento da ação. Tal prática vem crescendo gradativamente em todo o País o que demonstra uma preocupação e um interesse também com a mediação como meio de resolução de conflitos. No entanto os resultados ainda são pequenos e as barreiras são muitas, especialmente no que diz respeito à cultura do litígio. In: <<http://www.cnj.jus.br/>>, acesso em 25.02.2010.

55 [...] la scommessa del diritto del XXI secolo sta proprio nel rinunciare a imporre un ordine dato ed accettare il disordine come elemento che caratterizza la convivenza umana; o, meglio, si tratta di concepire un ordine fondato sulla ricerca costante del consenso, sui bisogni sociali e individuali espressi (ancorché manipolati) piuttosto che su astratte concezioni del mondo (BOUCHARD; MIEROLO, 2005, p. 194).



responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores (WARAT, 2004, p. 66).

Por isso, a mediação é, essencialmente, um procedimento democrático⁵⁶, porque rompe, dissolve, os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, postos e expostos de forma hierarquizada. É democrática porque acolhe a desordem – e, por conseguinte, o conflito – como possibilidade positiva de evolução social. É democrática quanto ao fundamento da relação de um com o outro. É uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de resposta) para uma estratégia partilhada e convencionada que tenha por base um direito inclusivo. A mediação aposta numa matriz autônoma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de “resolução adversária de disputas jurídicas modernas”, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade.

A mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio. Essa proposta diferenciada de tratamento dos conflitos emerge como estratégia à jurisdição tradicional, propondo uma metodologia que faça novas abordagens ao contexto conflitivo atual.

3.2 A experiência brasileira na área da conciliação

Dentro do procedimento Judiciário, ou fora dele, a conciliação é também uma forma de tratamento de conflitos. No Brasil, ela é exercida por força de lei, conforme os arts. 125, IV⁵⁷ e 447⁵⁸ do CPC, que preveem sempre a necessidade de proposta de conciliação em todas as demandas judiciais. Por outro lado, o conciliador privado nasce com a lei 9.958/00. Esse conciliador é eleito pelos trabalhadores das empresas para compor comissões intersindicais de conciliação; neste caso, escolhidos por sindicatos dos trabalhadores e patronais.

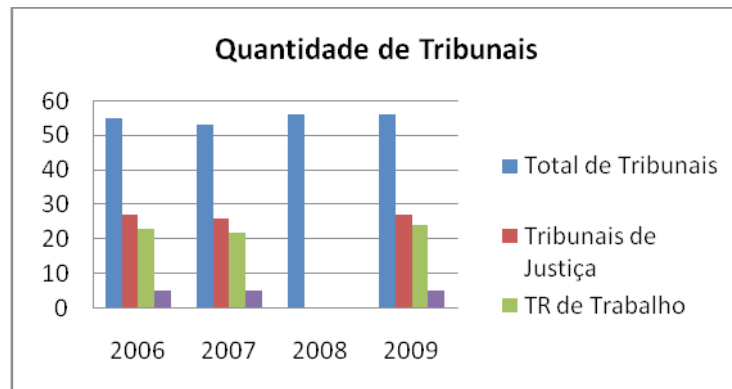
⁵⁶ Todavia, críticas existem também quanto aos aspectos democráticos da mediação, que são apontados como meios de possibilitar a dominação sobre os mais fracos, não servindo para restaurar as relações comunitárias, pelo contrário, destruindo-as em razão de sua inspiração essencialmente individualista. Assim, primeiramente concebida para deixar de lado a burocracia judiciária da justiça formal, ela seria substituída por uma nova corporação de profissionais da justiça informal. Porém, não se pode confundir o formalismo e a exigência de formas. O primeiro é estéril, a segunda se constitui em garantias para os pleiteantes “como a checagem dos instrumentos de voo garante a segurança dos passageiros nos aviões”. Ademais, os ritos constituem um comportamento simbólico que se bem utilizados podem introduzir o conflito em um procedimento que visa desarmá-lo, tratá-lo, restaurando a continuidade da troca social (ROULAND, 2003, p. 143-145).

⁵⁷ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, competindo-lhe: IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

⁵⁸ Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para fins em que a lei consente à transação.

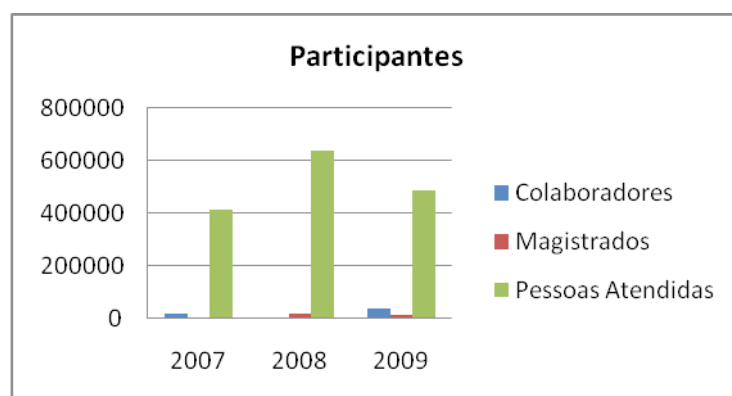


Nos últimos tempos tem-se observado uma busca incessante por meios de resolução de conflitos que sejam rápidos, eficazes e principalmente econômicos. Pensando sobre essa lógica o CNJ instituiu a “Semana da Conciliação” em todo o Sistema Judiciário brasileiro e nas mais diversas áreas (justiça federal, estadual, justiça do trabalho). Assim:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

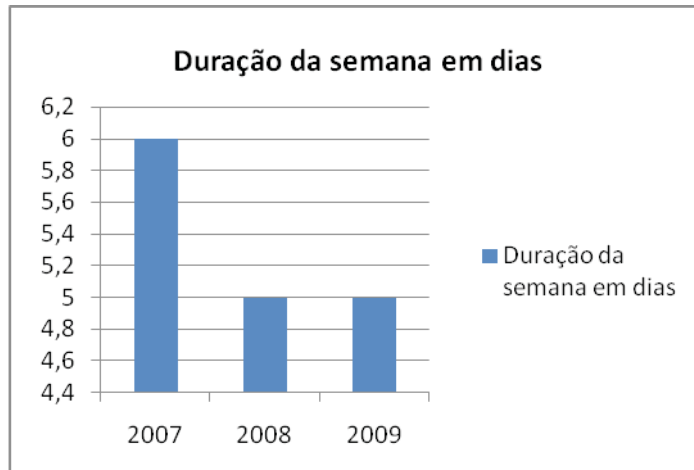
A semana da conciliação envolve um número grande de magistrados e colaboradores o que muitas vezes significa gastos consideráveis e um acúmulo de processos a serem movimentados e julgados nos dias que antecedem a tal semana (organização e preparação), nos dias de sua realização (em função das audiências) e posteriormente (no momento de tabular e informar dados). O ideal seria que a conciliação fosse proposta e realizada por profissionais autônomos, preparados especialmente para o cargo e, tal como a previsão para os mediadores, remunerados para tanto. Essa alternativa evitaria o desvio da função de serventuários e especialmente magistrados, cuja principal incumbência é julgar.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

Sob o sugestivo título “Conciliar é legal” a semana da conciliação foi sendo difundida e espalhada por todo o País. Sua duração em termos de dias difere de ano para ano. Em 2007, durou em torno de 6 dias, sofrendo um decréscimo, em 2008-2009, para 5 dias.

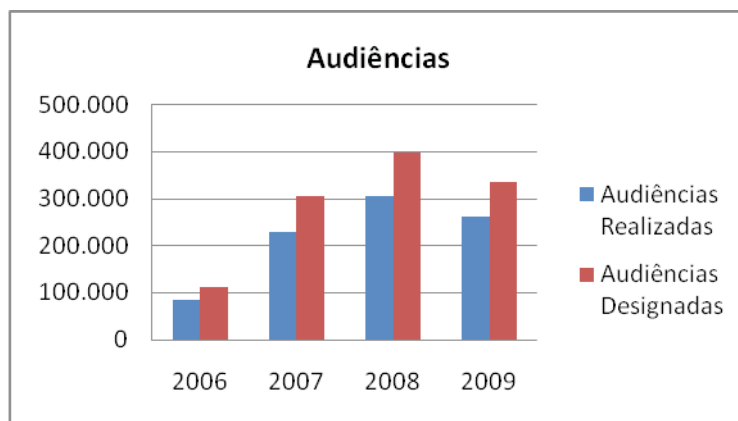




Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

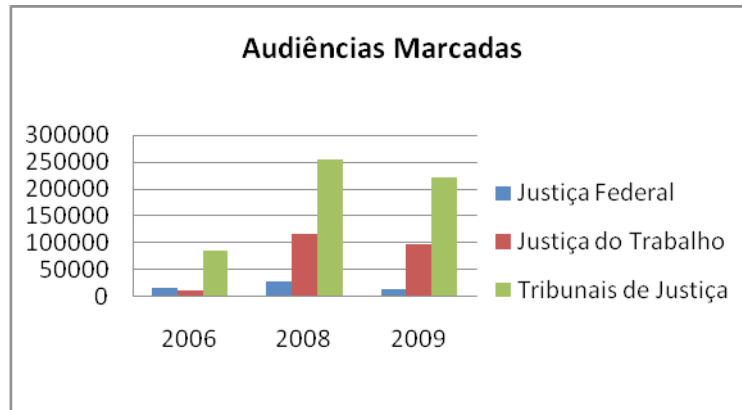
O número de audiências realizadas também sofreu um decréscimo, em 2009, após atingir seu ápice, em 2008. Porém, é possível observar, a cada ano, um percentual considerável de audiências não realizadas o que também se torna um entrave, uma vez que cada audiência marcada e não realizada significa um possível acordo não feito em outro processo que não teve oportunidade de passar pela conciliação.

Da mesma forma, a justiça comum é a grande campeã de audiências marcadas e realizadas a cada semana da conciliação. Tal se dá talvez pelo tipo de litígio que ali tramita e pela inexistência de impedimentos legais de ambas as partes para realizar a conciliação na justiça estadual.

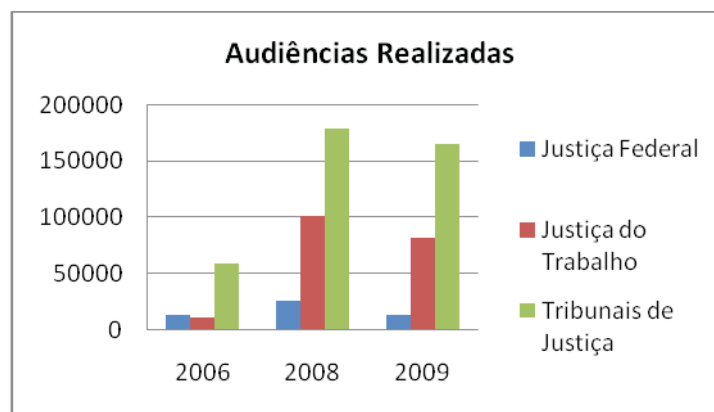


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.





Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

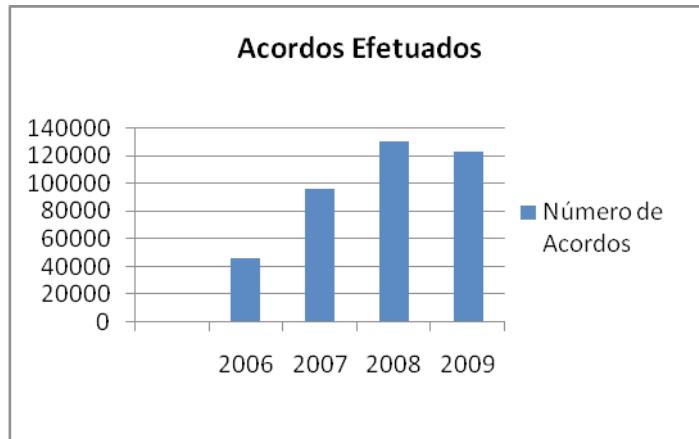


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

Mas a diferença fundamental entre conciliação e mediação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo. Na conciliação, se resolve o conflito exposto pelas partes sem analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre no sentido de forçar o acordo (SALES, 2004. p. 38).

Os resultados obtidos são bons e a cada ano que passa vêm alcançando percentuais maiores. Esse fato pode ser verificado na tabela abaixo:

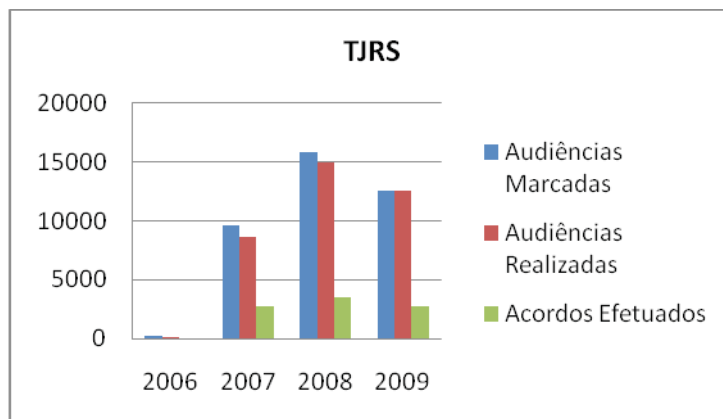




Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

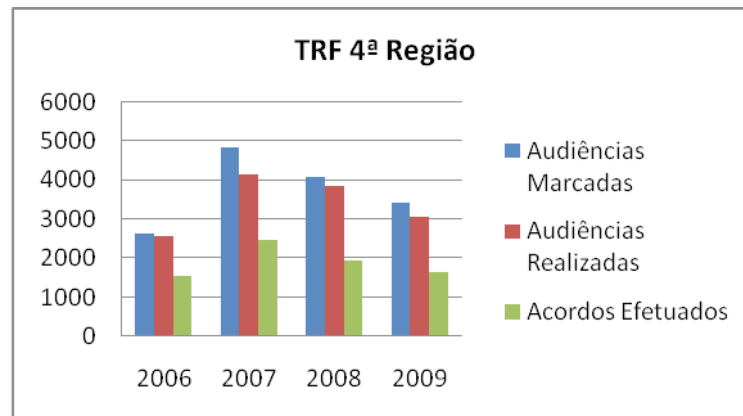
Porém, uma coisa não se pode perder de vista: o número de acordos efetuados poderia ser maior levando em consideração a mobilização efetuada, o aparato judicial e os custos. Tomando como exemplo os tribunais do Rio Grande do Sul é possível traçar um paralelo com todo o País e verificar que a Justiça Federal é aquela que possui percentual superior na realização de acordos chegando a índices iguais ou maiores a 50%.

Talvez esse dado deva ser motivo de reflexão voltada para a escolha dos processos enviados à conciliação, a cultura jurídica atual e a forma como a semana de conciliação vem sendo realizada.

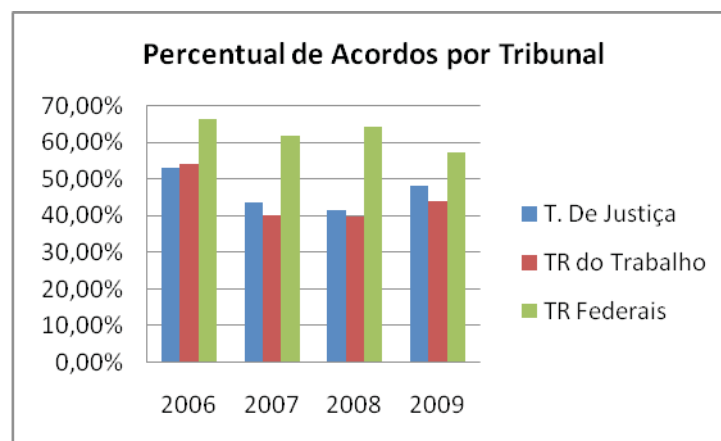


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.





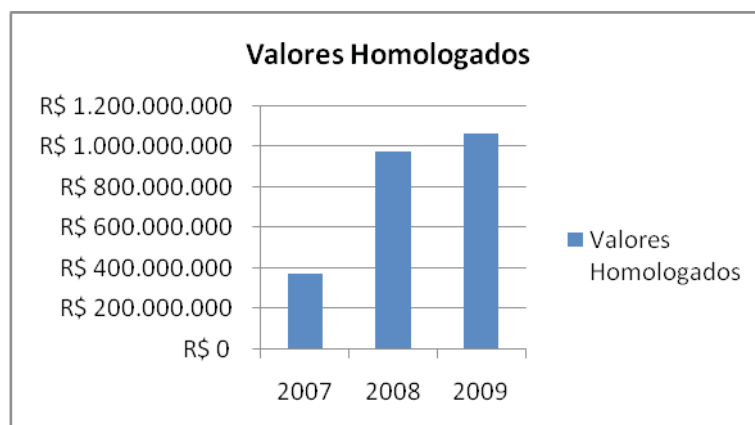
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

Ainda que não seja o dado mais importante, a referência ao montante de valores homologados na forma de acordo é considerável. Na verdade, uma conciliação é exitosa não só porque chegou a um acordo, mas também porque gerou um resultado que não retornará ao Judiciário na forma de uma execução para obrigar seu cumprimento. Sobre essa realidade é importante estar atendo e quanto a ela não existem números tabulados.





Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <<http://www.cnj.jus.br/>>.

A conciliação se apresenta, assim, como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, que conta com a participação de um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e estruturada dirigindo a discussão e possuindo um papel ativo no sentido de sugerir hipóteses de composição. Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação pelo fato de que na segunda o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, este apresenta total satisfação dos mediados.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. *O Direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001.
- BLANCHOT, Maurice. *Pour l'amitié*. Paris: Fourbis, 1996.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BUBER, Martin. *Eu e tu*. Tradução de Newton Aquiles Von Zuben. 8. ed. São Paulo: Centauro, 2004.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2003.
- CALCATERRA, R. *Mediación estratégica*. Barcellona: Gedisa, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.



- CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *180 anos de ensino jurídico no Brasil*. Campinas: Millennium, 2008.
- CASTELLI, S. *La mediazione*. Milano: Raffaello Cortina, 1996.
- COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003.
- COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, n. 9. 2004.
- FAGUNDES CUNHA, J. S. Da mediação e da arbitragem endoprocessual. In: GENESIS. *Revista de Direito Processual Civil*. ano II. n. 6 (setembro-dezembro).
- FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, nº 67, Setembro/2001, São Paulo: Cortez, 2001.
- FARIA, José Eduardo. *O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.
- FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- HAYNES, John M. *Fundamentos de la fundamentación familiar: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica... para seguir disfrutando de la vida*. Madrid: Gaia, 1993.
- LEAL, Monia. *Manual de Metodologia da pesquisa para o Direito*. Edunisc: Santa Cruz do Sul, 2007.
- MARILLAC, Luisa de. *O direito entre togas, capas e aneis*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Traduzione di Federica Sossi. Milano: Franco Angel, 2000.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.
- PUPOLIZIO, Ivan. *Una comunità all'ombra del diritto*. La mediazione sociale e la giustizia informale nel modello statunitense e nell'esperienza italiana. Milano: Giuffrè, 2005.
- RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- ROBERTS, E. A.; PASTOR, B. *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Madrid: Alianza, 1997.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o direito no século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, n. 9, 2004.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. *Conflito, jurisdição e direitos humanos (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Os (des)caminhos da jurisdição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2006.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sparse su mediazione e diritti. *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004, n. 9.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VENTURA, Deisy. *Monografia jurídica: uma visão prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WARAT, Luiz Alberto. *A tua grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e cartografia*. Tradução de Vivian Alves de Assis, Júlio César Marcelino e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, v. 1, 2001.

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

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>, acessado em 25 fev. 2010.



CAPÍTULO II

A AUTOCOMPOSIÇÃO E O TRATAMENTO ADEQUADO DAS CONTROVÉRSIAS: UMA VISÃO POSITIVA DOS CONFLITOS¹

Helena Pacheco Wrasse²

1 INTRODUÇÃO

As relações sociais são marcadas por duas situações distintas: uma relação harmônica e outra de conflito. Contudo, a harmonia é a regra, e o conflito é a exceção. A exceção se dá quando não se atinge o equilíbrio social³ e a igualdade. Segundo Hobbes, o estado de natureza, anterior ao contrato social, era um estado de caos, de guerra de todos contra todos, em que se observava uma igualdade indesejável entre os indivíduos (MARILLAC, 2009, p. 33). A partir dessa perspectiva o que se procura é a ordem e a estabilidade. Almeja-se a pacificação social através da norma jurídica e do próprio contrato social⁴. Porém, o cumprimento espontâneo de ambos não é sempre verificado e, por isso, se designou ao Estado a tarefa de dirimir os conflitos que se instalavam na sociedade.

O Estado é o detentor do monopólio jurisdicional e legitimou o Poder Judiciário como sendo a tradicional instituição para resolver conflitos, em vista da crise pela qual a jurisdição atravessa, motivada por vários fatores, que se dão da estrutura

- 1 O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz”, financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e no projeto: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, do Programa Pesquisador Gaúcho da FAPERGS, Edital 02/2011, ambos coordenados pela professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e do qual faz parte a autora como bolsista. O artigo também teve respaldo nas discussões surgidas a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto.
- 2 Estudante de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, atualmente no quinto semestre. Bolsista FAPERGS vinculada ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz”, e bolsista voluntária junto ao projeto: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, do Programa Pesquisador Gaúcho da FAPERGS, Edital 02/2011, ambos coordenados pela professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Prof^a Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto.
- 3 “O conflito é a exceção e ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido. Pode perpetuar-se ou ser resolvido. Se resolvido, restabelece-se a harmonia” (CALMON, 2008, p. 22).
- 4 “A vida social normalmente é harmônica, disposta de modo ordenado, com seus sujeitos procedendo pacificamente, limitando sua própria liberdade para respeitar a liberdade dos demais. Trata-se da convivência humana, que embora não tenha surgido naturalmente, tendo o homem vivido antes em um estado de anarquia, teria sido conquistada, segundo Thomas Hobbes, mediante a elaboração de um contrato social” (MARILLAC, 2009, p. 18).



inadequada, falta de pessoal treinado, excesso de formalismo e lentidão dos procedimentos. Dessa feita, o presente artigo tem por objetivo demonstrar que o conflito pode ter resultados positivos quando bem administrado. Não se pretende negar o valor do Poder Judiciário, mas apresentar alternativas para o tratamento adequado dos confrontos. Espera-se que através desta leitura seja possível facilitar o entendimento a respeito do assunto.

É extremamente relevante trabalhar acerca do tema conflitos. Mesmo que os fatores da dissociação (ódio, inveja, desejo) sejam as causas dos conflitos, estes não deixam de ser uma das mais vívidas e intensas formas de interação entre os indivíduos, e, por isso, podem ser tratados como um tipo de sociação⁵. Tratar das tensões entre os contrastantes é, de fato, almejar a paz social. Apesar de se entender a necessidade e a inevitabilidade das controvérsias, não se pode permitir que elas tomem conta das relações, tendo em vista que o equilíbrio entre harmonia e discórdia é o que faz a sociedade ser o que é.

Claude-Henri Saint Simon sustentava que a sociedade teria sido formada a partir de duas épocas orgânicas e uma de críticas. As orgânicas são aquelas nas quais há harmonia, a vida social é sustentada por ideias bem estruturadas e aceitas por todos. Já a época crítica seria aquela em que as ideias são contestadas com debates e contradições de vários gêneros (RECES, 2004, p. 32). Então, tem-se a sociedade como o local em que se desenvolvem as relações de cooperação e de conflito.

Para desenvolver o tema trabalhado se utilizou o método dedutivo, que combina as ideias para que se faça uma interpretação que, nesse caso, é mais relevante do que a experimentação de caso por caso (BARROS; LEHFELD, 2000, p. 63, 64): o raciocínio parte do geral para o particular. Através de uma análise geral do tema pode-se chegar ao caso particular (o conflito de cada um), para daí tratá-los. Como técnica de pesquisa destaca-se a bibliográfica, através da leitura de livros e *sites*. Feitas essas observações, segue o texto.

2 CONFLITO

Semanticamente a palavra conflito⁶ pode ser expressa por: controvérsia, discórdia, luta, confronto, disputa, competição, guerra, concorrência, contraste, litígio, lide, oposição de ideias, de valores, de sentimentos, entre outros termos: uma palavra que se faz presente quando se trata de conflitos familiares, psicológicos, internos, externos, sociais, religiosos. É relevante apontar o fato de que o conflito não é algo que envolve somente aspectos jurídicos, ele abrange outras áreas, como a filosofia, psicologia e sociologia (TARTUCE, 2008, p. 25).

5 “Se toda interação entre os homens é uma sociação, o conflito [...] deve certamente ser considerado uma sociação” (SIMMEL, 1983, p. 122).

6 “O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando uma tenta dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar através da violência direta ou indireta, através da ameaça física ou psicológica” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 46).



A filosofia se preocupa em explicar a origem e as condições das estruturas da vida. Nossa existência é marcada por oposições de condutas e opiniões, e faz parte dessa disciplina estudar a vida em termos desses conflitos. Tem-se na sociologia a análise de sistemas sociais, que são transformados ao passo em que há desequilíbrio nas relações entre as pessoas. E a psicologia, além de procurar explicar os comportamentos humanos, desenvolve técnicas apropriadas para a resolução dos conflitos. Percebe-se a amplitude do tema devido a sua discussão entre os diferentes ramos do conhecimento.

Nesse sentido, o conflito pode ser considerado tanto uma potencialidade como uma situação, uma estrutura, uma manifestação, um evento ou um processo. Em cada uma dessas formas existe um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem, em entrelaçadas potencialidades, disposições e poderes. O que é perceptível é o movimento do poder, o “toma/larga”, o “puxa/empurra”, o “dá/toma”. Um movimento para frente e para trás. Por isso, o conflito pode ser definido como o equilíbrio dos vetores de poder. Nenhuma das partes tem poder suficiente para se sobrepor à outra e eliminá-lo (RUMMEL, 1976, p. 237-257).

Os conflitos podem ser explicados como um “enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito” (BOLZAN DE MARAIS; SPENGLER, 2008, p. 45). Eles acontecem em diferentes níveis que dependem do grau de organização e da intensidade das emoções de cada parte. Os níveis são: latentes, emergentes e manifestos (CALMON, 2008, p. 22).

Os latentes se caracterizam por uma tensão que ainda não foi bem desenvolvida, às vezes nem as partes estão cientes de que existe um conflito querendo se manifestar. Ele é reprimido e, por isso, acarreta certo desconforto interno (CASTALDI SAMPAIO, BRAGA NETO, 2007, p. 31) que precisa ser cessado. Pode acontecer em relacionamentos pessoais, quando um não está ciente da seriedade da mudança que ocorreu, por exemplo, num rompimento de união estável.

Conflitos emergentes são disputas nas quais o problema é reconhecido, está claro que há algo errado, mas não foi estabelecida uma maneira de tratar dessa oposição. Nessa situação as partes não sabem como proceder para interromper a discussão. Pode-se ilustrar um conflito emergente numa relação de trabalho.

Quando o impasse já foi estabelecido e as partes já se comprometeram em uma disputa, o conflito é denominado manifesto. Muitas vezes já se iniciou uma negociação para resolver os problemas. Nesse caso pode ser usado como exemplo um litígio familiar, como divórcio e guarda dos filhos (MOORE, 2003, p. 17).

A controvérsia pode ter diferentes causas, dentre elas podemos citar: experiência de frustração de uma ou de ambas as partes, diferentes personalidades, metas e percepções. A mudança é uma das principais fontes do conflito. É notável uma grande resistência em relação às mudanças, mas elas nem sempre são negativas, pois mudar pode significar melhorar. Elas podem acontecer parcialmente ou ser absolutas, uma pessoa ganha um novo emprego, se trata de uma mudança absoluta na vida da pessoa e parcial para a empresa, visto que ela tem outros funcionários.



Já uma mudança gradativa passa por um período de adaptação, aos poucos é implantada e aos poucos vai se materializando. E a paradigmática é quando há a transformação de um paradigma de conhecimento (CASTALDI SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007, p. 28), é importante, pois pode servir para a compreensão de outros eventos, resultando em um efeito dominó.

Os conflitos aparecem quando as pessoas decidem o que querem, estabelecem suas posições e vão à luta para defendê-las⁷. Ele é um elemento, um fato inerente à vida do homem: assim como existe o “ciclo da vida”, existe o “ciclo do conflito” (CASTALDI SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007, p. 30). Por isso, ele pode ser dividido em fases, são elas: o conflito latente, a iniciação, a busca de equilíbrio de poder, o equilíbrio de poder e a ruptura do equilíbrio (CASTALDI SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007, p. 31).

A iniciação é semelhante ao conflito emergente, pois se instala quando uma vontade se sobrepõe a outra. Já a busca de equilíbrio se dá a partir de ações realizadas pelos conflitantes. Quando nessa busca atingem o equilíbrio de poder, se espera que um dos litigantes seja beneficiado ou que provoque modificações a seu favor, para daí resultar na ruptura do poder.

É possível perceber que o conflito é composto de muitos elementos e administrá-los não parece ser uma tarefa fácil. Tendo isso em vista, se apresentam estratégias para lidar com as situações de disputa, para que através da aplicação de maneiras adequadas se consiga conduzir uma resolução construtiva do conflito.

3 O PAPEL DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO CONSTRUTIVA DO CONFLITO

A chamada “Crise da Justiça” (CALMON, 2008, p. 3) está presente em vários países. A sociedade está insatisfeita, pois suas necessidades conflitivas não são atendidas adequadamente. Entende-se que a demanda de litígios é muito grande e acaba por ocasionar um atraso na justiça, fazendo com que essa se torne injusta⁸ devido à morosidade processual. Na perspectiva de tentar auxiliar o Estado (detentor do monopólio jurisdicional) na resolução desse problema apresentam-se como solução os mecanismos de autocomposição⁹.

A autocomposição ocorre quando uma ou ambas as partes cedem o seu interesse. Tradicionalmente se dá por três formas: renúncia, submissão e transação (CALMON, 2008, p. 11). A renúncia acontece quando um dos confrontantes desiste de sua pretensão; já a submissão ocorre devido à quebra de resistência por um

7 “O conflito, afirma Dahrendorf, surge principalmente dos interesses diferentes que os indivíduos e os grupos têm. Marx via as diferenças de interesse principalmente em termos de classes, mas Dahrendorf os relaciona mais amplamente à autoridade e ao poder” (GIDDENS, 2005, p. 35).

8 “Justiça tardia, não é justiça” (TORRES, 2005, p. 31).

9 “A busca do consenso e de mecanismos que o possibilitem vem sendo a tônica nas organizações, na legislação e na atuação dos órgãos estatais na administração da justiça por ser extremamente vantajoso que as partes se comuniquem para verdadeiramente buscar a superação do impasse” (TARTUCE, 2008, p. 47).



dos litigantes; e, por fim, a transação é quando há concessões recíprocas. Todavia, apesar de existirem essas três formas tradicionais é de suma importância o estudo da autocomposição para que possam ser estabelecidas novas técnicas, mais modernas e apropriadas para o tratamento dos conflitos. Esse estudo é indispensável, uma vez que possibilitará a diminuição de preconceitos e fará com que o Estado compreenda mais amplamente sua função de pacificador.

A administração do conflito consiste exatamente na escolha e na implementação de estratégias mais adequadas para se lidar com cada tipo de situação. Apresenta-se aqui como alternativa apropriada ao tratamento de conflitos: a mediação¹⁰.

A mediação é um mecanismo de autocomposição¹¹, pois as próprias partes tomam as rédeas do problema para solucioná-lo. Nessa instituição, as partes são tratadas como protagonistas do conflito. O mediador (terceiro, imparcial) não apresenta a solução do problema, ele procura auxiliar de maneira adequada os “protagonistas”, para que eles façam um acordo de vontades. Nessa configuração de resolução de problemas é perceptível que todos saem ganhando, pois a decisão não é imposta, ela é criada através do diálogo. Além disso, a mediação se dá em ambiente privado o que faz com que as pessoas fiquem à vontade para se comunicar.

Saber administrar o conflito é uma tarefa árdua, por isso destaca-se a importância do mediador. Quando utilizadas técnicas apropriadas para a resolução da lide, se torna mais fácil canalizar o conflito para que esse renda frutos positivos. Procura-se não desperdiçar recursos e aproveitar a força do litígio para atingir os objetivos da mediação, que é, principalmente, a composição das relações interrompidas pelo conflito¹².

A oposição de ideias pode proporcionar momentos de sabedoria, pois se escuta a opinião do outro e se cria um novo conhecimento ou uma nova perspectiva a respeito do assunto debatido. Dessa forma podemos obter respostas construtivas, a partir de uma oposição. Normalmente o embate, a competição, passam uma imagem negativa, o que não é necessariamente verdade.

A análise dos fatores que levaram ao desenvolvimento do conflito pode ser uma experiência enriquecedora. Escutar o raciocínio do outro pode provocar uma mudança de pensamentos, fazendo possível compreender a razão pela qual se instalou aquela situação de disputa. Comunicação é a palavra-chave, pois a falta dela, geralmente, é uma das causas do litígio e ela em si pode simbolizar a resolução. Portanto, a

10 “Trata-se de um procedimento que visa proporcionar um espaço de diálogo e de investigação dos problemas e das motivações dos participantes, para que os mediados alcancem uma clara compreensão do conflito e dos reais interesses a serem satisfeitos. Uma vez identificado um aspecto comum do problema, as partes poderão trabalhar em conjunto, cooperativamente, para um acordo que resolva a questão através de uma solução mutuamente aceitável e que seja estruturada de modo a manter a continuidade das suas relações.” (VARGAS, 2006, p. 55).

11 Existem outros métodos alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação e a negociação. Também há os métodos heterocompositivos, o melhor exemplo é a arbitragem.

12 “Por outro lado, os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de sociação, de transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 139).



mediação trata de desenvolver essas questões, dando espaço para ambas as partes se manifestarem, para juntas construírem suas respostas.

A sociedade é formada por uma gama de valores¹³, ela é um ente dinâmico. Nela estão inseridos indivíduos com as mais diversas experiências e perspectivas, cada um possui sua criatividade e originalidade, por isso a solução para os problemas pode vir da própria sociedade. Para que seja possível que isso se torne realidade é preciso aceitar que o conflito é inerente à condição humana. Precisa-se desenvolver uma consciência do conflito, que nada mais é do que entender que ele é inevitável e que através de maneiras autocompositivas pode ser solucionado. Vale citar aqui uma passagem do livro “Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas”, de Carlos Eduardo de Vasconcelos:

Tradicionalmente se concebia o conflito como algo a ser suprimido, eliminado da vida social. E que a paz seria fruto da ausência de conflito. Não é assim que se concebe atualmente. A paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedades que aprendem a lidar com o conflito. O conflito quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo. (VASCONCELOS, 2008, p. 20).

Os processos de crescimento também são originados a partir de conflitos. Faz-se necessário valorizar positivamente os conflitos e não vê-los como uma patologia. A ferramenta é criar respostas novas e soluções criativas (VINYAMATA, 2005, p. 42).

O conflito não apresenta somente aspectos positivos, apesar de ele simbolizar crescimento e evolução, ele pode representar o retrocesso. Um conflito mal administrado pode ocasionar uma desconstrução de relacionamentos. Por isso, é necessário apontar os aspectos positivos e negativos que envolvem esse fenômeno.

4 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA DINÂMICA CONFLITIVA

Existem múltiplas maneiras dos indivíduos socializarem e interagirem e essas podem ocorrer pelo conflito ou pela cooperação. Nem sempre a relação pela cooperação é a que mais une as pessoas; assim como uma interação conflitiva é capaz de criar laços. Para responder essas questões, analisar-se-ão aspectos negativos e positivos da dinâmica conflitiva.

A sociedade¹⁴, como já foi estabelecido anteriormente no texto, é um ente

13 “Em qualquer período, inclusive o presente, variadas culturas coexistem, cada uma com seus próprios valores, opiniões, visões mundiais e padrões de ações, todas aceitas como “crenças” (HELLER, 1998, p. 67).

14 “Sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas das forças sociais positivas e apenas na medida em que os fatores positivos não atrapalhem. Essa concepção comum é bem artificial: a sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de interação, que se



dinâmico, repleto de relacionamentos e de expectativas. Cada interação social resulta em uma esperança, ou melhor, numa cobrança do outro, na qual esperamos que os outros realizem seus papéis sociais¹⁵, e quando essa expectativa não é preenchida ocorre o nascimento de conflitos (SPENGLER, 2010, p. 261). A sociedade se transforma, as relações também e daí novos papéis são criados. Na tentativa de exemplificar os papéis sociais, far-se-á a análise de uma passagem da história que norteia o poema *Ilíada*.

Uma lenda da mitologia grega do poema *Ilíada*, de Homero, ilustra de maneira simples a dinâmica dualista do conflito: na festa de casamento de Peleu e Tétis (pais de Aquiles) foram convidados todos os deuses do Olimpo, menos, é claro, Éris (deusa da Discórdia). Pensou-se que não seria oportuno começar um casamento com desarmonia. A Éris, por sua vez, traída por ser a única excluída da festa decidiu usar seu dom para destruí-la. Pegou uma maçã dourada do pomar de Hércules e nela escreveu: “à mais bela”. Quando as deusas Hera, Atena e Afrodite viram a maçã e sua mensagem logo se levantaram e acusaram possuir maior beleza. Então, Zeus (deus, por isso perfeito) percebendo a intriga que geraria ao pronunciar uma mais bela do que as outras duas, designou Páris (um humano) para esse papel de juiz. Páris, por sua vez, recusou as oferendas de Hera e de Atena, concedendo o prêmio à Afrodite. Assim, a discórdia fora plantada, resultando na Guerra¹⁶ de Troia (MORENO, 2004, p. 19-22).

Essa lenda possibilita a análise de muitos elementos, como a expectativa em torno do papel desempenhado por Páris. Nota-se aí a obrigação de atender a uma exigência de Zeus, que por analogia, na atualidade, poderia ser qualquer um de nós esperando do outro aquilo que temos como certo. A posição de julgador da beleza acarreta a Páris novas atribuições, um novo papel social.

Dentre as análises cabíveis podemos destacar o fato da discórdia/dissociação (SPENGLER, 2010, p. 262) (ódio, inveja, desejo) ter ocasionado a dinâmica de guerra. Uma disputa extremamente polarizada que pode resultar numa sobreposição de poderes e, eventualmente, numa derrota. Sendo assim, destaca-se: “o conflito está, assim, destinado a resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que por meio da aniquilação de uma das partes conflitantes” (SPENGLER, 2010, p. 262).

Pode-se ressaltar que uma pessoa (Páris – juiz) foi designada por uma entidade maior (Zeus – Estado) para tomar uma decisão, que faria perdedores e ganhadores (partes). Continuando com as devidas analogias: no caso do poema de Homero, o resultado foi uma guerra de dez anos, um conflito que se demorou em solucionar. Foi um processo moroso até que, finalmente, chegou-se a uma conclusão, um fim. Uma

manifestam desse modo como inteiramente positivas” (SIMMEL, 1983, p. 124).

15 Papéis sociais são, por sua vez, expectativas da sociedade sobre uma pessoa que ocupa uma posição social, é um modelo de comportamento que se acha centrado em uma função específica. Os indivíduos passam a entender e a assumir papéis sociais por meio de um processo progressivo de interação social.

16 “[...] o papel positivo e integrador do antagonismo aparece nas estruturas que se distinguem pela nitidez e pela pureza cuidadosamente preservada de suas divisões e gradações sociais” (SIMMEL, 1983, p. 126).



disputa que fora provocada pela ira dos deuses, ou seja, os humanos não cumpriram com as expectativas divinas. Podemos classificar esse evento como um conflito mal administrado.

Apesar de a guerra ter resultado em duas alianças, duas uniões, gregos de um lado e troianos de outro, se conseguiu algum tipo de unidade. Uma unidade interna, que, por sua vez, ocorre no interior dos grupos. Infelizmente essa batalha resultou na aniquilação de um dos interessados (relação externa entre os grupos). Cada um queria impor sua solução como sendo a melhor alternativa.

Percebe-se que um litígio mal-administrado pode ter fins catastróficos. Por isso, se tem como aspectos negativos dessa dinâmica o retrocesso que ela pode gerar quando malconduzida. De uma maneira simplória, por analogias, pode-se perceber a influência de um ser sobre o outro, e do esforço maldirecionado que foi empregado com vistas à aniquilação, e não, em busca da paz social.

Na relação perdedor *versus* ganhador, o conflito pode ter resultados negativos, como desviar a atenção do objetivo real (tratar o litígio) para instalar uma competição, uma necessidade de vencer, assim a vida pode se tornar uma eterna derrota para alguns (perdedores habituais). Por isso, tenta-se apresentar a autocomposição como uma forma construtiva de se trabalhar o conflito. A mediação se dá devido o compartilhamento de ideais, as pessoas criam seu acordo, elas fazem o rumo da sua vida, levando à relação ganhador *versus* ganhador ¹⁷.

Muitas vezes o conflito por ser mais intenso que a cooperação tem uma maior capacidade de unir. Não se precisa ir aos extremos de uma guerra, mas uma discussão instalada na sala de aula terá alunos que concordarão com um ponto de vista e outros que irão debater com argumentos que provêm o contrário. Isso resultará na afinidade de certos alunos que formarão grupos a partir de uma ideia, de uma opinião semelhante. Essas relações antagônicas são uma realidade constante da vida.

O conflito tem o poder de transformar as pessoas, seja nas relações com os outros, ou consigo mesmo. Logo, o conflito pode ser promotor de integração social. É um fenômeno que socializa, equilibra relações de poder e provoca a formação de alianças que objetivam o mérito da disputa. Pode ser fonte de novas ideias, de expressão e exploração de diferentes pontos de vista, interesses e valores. Um debate bem estruturado em sala de aula gera o crescimento intelectual dos estudantes, o que pode revelar o caráter positivo ou negativo do confronto é a maneira como lidamos com ele.

17 “Para que todos esses métodos de “resolução” de disputas possam ser postos em prática, contudo, o primeiro passo é deixar de considerar o conflito um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo. Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não só na busca de uma resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores” (SPENGLER, 2010, p. 299, 300).



5 CONFLITOS CONSTRUTIVOS E CONFLITOS DESTRUTIVOS

No entanto, é preciso reconhecer que os conflitos não têm, necessariamente, um sentido negativo. Ao perceber a sociedade como um tecido de relações humanas que se diferencia e transforma sem cessar, o conflito deve, necessariamente, fazer parte dessa constatação como o meio através do qual muitas dessas alterações acontecem. É por isso que, em princípio, a importância sociológica do conflito não é questionada. Admite-se que ele produza ou modifique grupos de interesse e organizações.

Dessa forma, discutir a relevância/importância sociológica do conflito é partir do pressuposto de que nenhuma sociedade é perfeitamente homogênea, salvo aquelas utópicas. Essa heterogeneidade resulta em desacordos, discórdias, controvérsias, turbulências, assim como choques e enfrentamentos. O jogo de dissensões se traduz segundo o desejo de uns de impor seus pontos de vista sobre os outros mediante a persuasão, o domínio, ou por outros meios.

Nesses termos, conflito e desacordo são partes integrantes das relações sociais, e não necessariamente sinais de instabilidade e rompimento. Invariavelmente, o conflito traz mudanças, estimulando inovações. Lewis Coser (1967, p. 98-107), inclusive, aponta o conflito como um dos meios de manutenção da coesão do grupo no qual ele explode. As situações conflituosas demonstram, desse modo, uma forma de interação intensa, unindo os integrantes do grupo com mais frequência que a ordem social normal, sem traços de conflitualidade.

Assim observadas, as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistas pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito. A “dinâmica conflitiva” torna-se, então, o meio de manter a vida social, de determinar seu futuro, facilitar a mobilidade e valorizar certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras. Essa dinâmica conflitiva permite verificar que o conflito pode ser tão positivo quanto negativo e que a valoração de suas consequências se dará, justamente, pela legitimidade das causas que pretende defender.

O conflito transforma os indivíduos, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ainda, existem as condições para que o conflito aconteça, e as mudanças e adaptações interiores que geram consequências para os envolvidos indiretamente e, muitas vezes, para o próprio grupo.

Nesses termos, é importante analisar as condições que determinam se um conflito será resolvido com consequências construtivas ou destrutivas. A questão central que fundamenta essa investigação supõe que o conflito é potencialmente de valor pessoal e social. Ele tem funções positivas, conforme analisado anteriormente, ele previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam às soluções, é a raiz da mudança, pessoal e social. O conflito é frequentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade. De mais a



mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual; o conflito externo geralmente fomenta coesão interna (DEUTSCH, 2004, p. 34).

Também é importante distinguir entre conflitos *destrutivos* e *construtivos*. Um conflito tem consequências destrutivas se seus participantes estão insatisfeitos com as conclusões e sentem, como resultado do conflito, que perderam. Similarmente, um conflito tem consequências produtivas se todos os participantes estão satisfeitos com os efeitos e sentem que, resolvido o conflito, ganharam. Também, na maioria das vezes, um conflito cujos efeitos são satisfatórios para todos os participantes será mais construtivo do que um que seja satisfatório para uns e insatisfatório para outros.

Mas como evitar que o conflito seja destrutivo? Deutsch (2004, p. 41) responde dizendo que o ponto *não* é como eliminar ou prevenir o conflito, mas, em vez disso, como fazê-lo ser produtivo. Não devemos lidar com situações de conflito “puro” em que uma parte inevitavelmente perde o que a outra ganha. O interesse aqui se dá sobre conflitos em que haja uma mistura de interesses cooperativos e competitivos, em que uma variedade de resultados é possível: perda mútua, ganho para um e perda para outro, e ganho mútuo. Assim, o aspecto central e importante é investigar as condições sob as quais os participantes irão desenvolver um relacionamento cooperativo ou competitivo em uma situação que permita o desenvolvimento de ambos.

Nesse sentido, processos construtivos e destrutivos de resolução de conflitos possuem alguns aspectos diferenciados e que serão analisados, à luz da teoria do conflito de Deutsch:

1. Comunicação

a) Um processo cooperativo é caracterizado por uma comunicação aberta e honesta de informações relevantes entre os participantes. Cada um é interessado em informar e ser informado pelo outro.

b) Um processo competitivo é caracterizado tanto pela escassez de comunicação como pela comunicação desencaminhada. Somado à obtenção de tal informação, cada parte está interessada em prover informações erradas ou desanimadoras para a outra.

2. Percepção

a) Um processo cooperativo tende a aumentar a sensibilidade, a similaridade e interesses comuns enquanto minimiza a saliência das diferenças. Isso estimula uma convergência e conformidade de crenças e valores.

b) Um processo competitivo tende a aumentar a sensibilidade, as diferenças e ameaças enquanto minimiza a percepção das similaridades. Isso estimula o sentimento de completa oposição: “Você é mau; eu sou bom.” Parece provável que a competição produz um forte viés no sentido de perceber mal as ações neutras ou conciliatórias do outro como malevolentemente motivadas ao invés da tendência



trazida pela cooperação de se enxergar as ações do outro como benevolmente intencionadas.

3. Atitudes para com o outro

a) Um processo cooperativo conduz a uma atitude amigável e confiante, e isso aumenta a inclinação a responder beneficentemente às necessidades e aos pedidos do outro.

b) Um processo competitivo leva a uma atitude suspeitosa e hostil, e isso aumenta a prontidão para tirar partido das necessidades do outro e responder negativamente aos seus pedidos.

4. Orientação de tarefas

a) Um processo cooperativo habilita os participantes a abordarem o problema mutuamente reconhecido de forma a utilizar seus talentos especiais e a capacitá-los a se substituírem um pelo outro no seu trabalho conjunto, reduzindo a duplicação do esforço.

O aumento de poder e de recursos mútuos torna-se um objetivo. Isso conduz à definição de interesses conflitantes como um problema mútuo a ser resolvido por esforço colaborativo. Facilita-se o reconhecimento da legitimidade dos interesses do outro e da necessidade de se procurar uma solução que responda aos anseios de todos. Isso tende a limitar, em vez de expandir, o escopo dos interesses em conflito. Tentativas de influenciar o outro tendem a limitar-se a processos de persuasão.

b) Um processo competitivo estimula a visão de que a solução de um conflito pode apenas ser uma imposição de um lado sobre o outro. O crescimento do poder de um e a minimização da legitimidade dos interesses do outro lado na situação tornam-se objetivos. Isso enseja a expansão do escopo de questões em conflito, de maneira que o conflito torna-se um assunto de princípio geral e não é mais confinado a uma questão particular em um determinado tempo e espaço. Esse crescimento do conflito aumenta sua significância motivadora para os participantes e intensifica seu envolvimento emocional nele; esses fatores, por sua vez, podem tornar uma derrota limitada menos aceita ou mais humilhante que o desastre mútuo poderia ser. Duplicação do esforço, de sorte que os competidores tornem-se imagens espelhadas um do outro, é mais provável do que a divisão do esforço. Processos coercitivos tendem a ser empregados na tentativa de influenciar o outro.

Este é o esboço de alguns aspectos dos processos competitivo e cooperativo elaborado por Deutsch (2004, p. 51), no qual segundo ele mesmo sugere que cada processo tende a ser autoconfirmativo, de forma que a experiência de cooperação irá induzir a um espiral benigno de aumento da cooperação, enquanto a competição induzirá a um vicioso espiral de intensificação da competição. Isso é verdade até certo ponto, mas há limites que geralmente operam para limitar o desencadeamento de ambos os processos. Um desses limites vem do fato de que uma pessoa ou um grupo está frequentemente envolvido em diversas situações e relacionamentos



simultaneamente e seus outros envolvimento e relacionamentos habitualmente previnem ou contêm o que pode ser chamado de uma obsessiva intensificação de qualquer relacionamento em particular.

6 O ANDAMENTO DO CONFLITO DESTRUTIVO

O conflito destrutivo se caracteriza por uma tendência à expansão e à intensificação. Em consequência, o conflito se torna independente de suas causas iniciais e tem grande possibilidade de continuar após elas terem se tornado irrelevantes ou esquecidas. Paralelamente ocorre um aumento da confiança em uma estratégia de poder centrada em táticas de ameaça, coerção e fraude. Correspondentemente, há o afastamento de uma estratégia de persuasão e das táticas de mediação, de minimização de diferenças e de aprimoramento do entendimento mútuo e da boa-vontade.

Assim, podem ser relacionados como as principais particularidades dos processos competitivos que tendem a perpetuar e a intensificar o conflito:

1. Comunicação pobre, deficitária e não confiante entre as partes conflitantes.
2. O primeiro fator estimula a visão de que a solução do conflito pode apenas ser imposta por um ou outro lado por meio de força superior, fraude ou esperteza.
3. Essa percepção leva a uma atitude hostil que aumenta a sensibilidade com relação às diferenças e ameaças enquanto minimiza a percepção de similaridades.

Um conflito destrutivo também se caracteriza por maus julgamentos e por percepções equivocadas, uma vez que a percepção de qualquer ato é determinada tanto pela nossa visão do ato em si, como pela nossa visão do contexto no qual o ato ocorre. Os contextos dos atos sociais são frequentemente não percebidos de imediato e geralmente não são óbvios. Na medida em que as situações presentes e as experiências passadas de quem age e de quem percebe são diferentes, não é surpresa que os dois indivíduos interpretem o mesmo ato de maneira bastante diferente.

Da mesma forma, é possível perceber que as pessoas tendem a agir em conformidade com suas crenças; o contrário também é vislumbrado, isto é, as pessoas tendem a construir suas crenças e atitudes de acordo com suas ações. Essa pressão por autoconsistência poderá ser a causa de um envolvimento inconsciente no conflito e da sua consequente intensificação, uma vez que as ações de cada indivíduo precisam ser justificadas para ele mesmo e para os outros.

7 O ANDAMENTO DO CONFLITO PRODUTIVO

Partindo do procedimento verificado nos conflitos destrutivos é possível traçar um paralelo comparando-o com o andamento de um conflito produtivo. Os



conflitos produtivos, ou seja, aqueles que oferecem possibilidades de crescimento evitando a estagnação social e do qual os conflitantes saem com índice de satisfação considerável, são aqueles nos quais se verifica um pensamento criativo.

Esse pensamento criativo nasce de um processo que consiste em várias fases que são descritas de maneira diferente por vários autores. Apesar de existirem divergências na caracterização das fases, existe consenso na sugestão de uma sequência que abrange: **(1)** um primeiro momento que permite o reconhecimento de um problema que seja suficientemente estimulante para motivar esforços em ser resolvido; **(2)** posteriormente ocorre um período de esforço concentrado para resolver o problema por meio de ações rotineiras, prontamente disponíveis ou habituais; **(3)** depois uma experiência de frustração, tensão e desconforto que se segue à falha de tais processos de resolução de problemas e leva a um desvio temporário em relação a ele; **(4)** na sequência ocorre a percepção do problema de uma perspectiva diferente e sua reformulação de modo que permita novas orientações para o surgimento de uma resposta; **(5)** adiante ocorre o aparecimento de uma tentativa de solução em um momento de perspicácia, frequentemente acompanhado de uma sensação de alegria; **(6)** surge, então, a elaboração da solução e seu teste de realidade; e finalmente **(7)** a comunicação da solução àqueles que têm interesse na mesma.

Nesse contexto, a motivação ideal é a insatisfação das coisas no estado no qual elas se encontram e a liberdade, combinada com a confiança de enfrentar o ambiente sem medo excessivo aliada à capacidade de persistir ainda que existam obstáculos. Essa é uma das funções do conflito: gerar a motivação para resolver o problema.

Assim, os solucionadores criativos de conflitos possuem como características: inteligência, disposição para viver diversas experiências, um interesse por ideias, gosto pelo novo e complexo, receptividade a metáforas e analogias, grande capacidade de fazer associações remotas, independência de julgamento e a habilidade de jogar com ideias (DEUTSCH, 2004, p. 62).

Por conseguinte, a resolução cooperativa de problemas é um dos resultados de conflitos construtivos e nasce de um contexto cooperativo que depende da interação entre os conflitantes e dos fatores sociais, culturais, temporais, econômicos e emocionais. Nesse contexto cooperativo o conflito é visto como um problema comum, “mais um problema” que precisa ser resolvido.

Além dos componentes gerais lançados anteriormente existem fatores específicos que, conforme Deutsch (2004, p. 68 e seguintes), afetam o andamento do conflito e podem significar um resultado positivo ou não, uma relação de cooperação ou de competição, construtiva ou destrutiva: a) o processo por meio do qual o conflito é tratado; b) relacionamento prévio entre as partes; c) a natureza do conflito; d) o tamanho do conflito; e) rigidez e centralidade das questões; g) o número e a interdependência das questões; h) consenso na importância de diferentes questões; i) consciência das questões; j) características das partes em conflito; k) terceiros; l) a regulamentação do conflito.

Nestes termos, na regulamentação do conflito, conforme Dahrendorf (1991, p. 226), é preciso que se verifique:



1) Ao menos que cada parte seja internamente coerente de maneira suficiente e estável para agir como uma unidade organizada, de forma que as ações de seus componentes sejam controladas e unificadas em relação ao conflito, é evidente que a regulamentação não pode ser efetivamente desenvolvida ou mantida.

2) Em segundo lugar, cada parte de um conflito deve querer reconhecer a legitimidade da outra e comprometer-se a aceitar o resultado do conflito regulamentado, mesmo que seja considerado desfavorável ao seu interesse.

3) Terceiro, deve ser notado que os conflitos que são regulamentados pouco provavelmente serão sem precedentes.

4) Finalmente, e talvez o mais importante, a regulamentação do conflito está mais propensa a ser desenvolvida quando ambos os lados de um conflito são partes de uma mesma comunidade.

Porém, para que o conflito seja regulamentado e essa regulamentação efetivamente funcione como meio facilitador na sua resolução é preciso que essas regras sejam claras, certas, consistentes e conhecidas, e, principalmente, que sejam aceitas por todos os envolvidos. Também se faz necessário que as violações a tais regras sejam rapidamente conhecidas por outras pessoas significativas, que haja aprovação social relevante para a adesão e desaprovação social movida pela violação das mesmas. O passado deve testemunhar as vantagens da aprovação dessas regras, e no futuro deve existir previsão de possibilidade de empregá-las.

8 CONCLUSÃO

As interações humanas se dão de infinitas maneiras, quer seja no contato entre pessoas, numa troca de olhares, num cumprimento, quer seja num diálogo que se desenvolva e resulte numa relação mais íntima. Mas é possível afirmar que cada uma delas pode desencadear um conflito¹⁸, pois no momento em que algo não der perfeitamente certo para alguma das partes, a semente da discórdia é plantada. Esta permanecerá em forma de conflito latente até que outra atitude que não atenda aos papéis sociais desencadeie no conflito propriamente dito (emergente), por fim, espera-se o devido comprometimento e a busca por solução (manifesto).

O conflito não é, necessariamente, algo negativo. A partir da análise de fatores que o desencadearam é possível encontrar muitas respostas que auxiliem na resolução do problema. A oposição de ideias pode gerar grande sabedoria. Porém, mesmo podendo o conflito se tornar algo positivo existem certas precauções que podem ser tomadas, por exemplo: adotar um sistema de vida saudável, procurar manter o equilíbrio nas atividades cotidianas, possuir uma atitude positiva e serena em relação à vida, valorizar a opinião alheia e tentar encarar uma mudança negativa como um sistema de superação de dificuldades (VINYAMATA, 2005, p. 23). Se, contudo, o conflito for inevitável e venha ocorrer, devemos ter alternativas para tratá-lo.

18 "... a oposição é um elemento próprio da relação; está intrinsecamente entrelaçada com os outros motivos da existência da relação" (SIMMEL, 1983, p. 127).



A mediação se mostra eficaz para o tratamento de muitos tipos de litígios. Por outro lado, não é adequada para tratar todos os tipos de conflitos existentes. Nela ocorre o tratamento de disputas em relações preexistentes, que precisam ser mantidas, por isso que se procura restabelecer a comunicação entre os litigantes.

A utilização de meios alternativos de composição de conflitos é uma tendência mundial que não é estimulada somente em virtude das “crises da justiça”, mas também porque faz parte da evolução da sociedade, que se faz por meio da participação e da solidariedade, pela busca do consenso. A mediação é uma estratégia para despolarizar a comunicação. Procura-se o meio¹⁹ termo, ou seja, uma média, um ponto de acordo.

Retomando a lenda de Homero podemos ainda fazer uma última análise. Por que será que Zeus designou um humano para encerrar a disputa? Páris foi o escolhido, pois era um indivíduo sem poderes divinos e por ser assim, passível de erro. Todos somos seres humanos e, por assim ser, passíveis de errar. É muita responsabilidade para uma pessoa (juiz – ser humano) decidir o rumo da vida de outras, por isso a mediação surge como alternativa, para que cada um se responsabilize pelas suas escolhas, sem culpar os outros por suas batalhas derrotadas.

Os conflitantes insatisfeitos com as conclusões sentem que perderam, nesse caso os conflitos são chamados de destrutivos. Por outro lado, existem os construtivos, que são aqueles nos quais todos saem com a sensação de satisfação e percebem que seus anseios foram atendidos. Esse processo é gerador de ganhadores, e ocorre devido à comunicação aberta e honesta, também provoca a minimização das diferenças entre os participantes. Já no caso de um processo competitivo, tem-se a escassez da comunicação, bem como, a polarização dos sentimentos com relação ao outro.

Além disso, o conflito destrutivo não gera crescimento, muito pelo contrário, pode acarretar uma estagnação social. A falta de comunicação pode resultar em maus julgamentos e percepções equivocadas do outro. Pois, os indivíduos percebem a mesma atitude de maneiras diferentes, cada um interpreta como considera melhor ou mais vantajoso.

Paralelamente tem-se o conflito com resultados produtivos, que, por sua vez, é facilitador da evolução social. Através da utilização de pensamentos criativos, provocadores de motivação, se pode chegar a uma resposta. Ou seja, em um contexto de cooperação entre os envolvidos, nasce o conflito construtivo. Essa noção da palavra conflito deve ser multiplicada, para que a sociedade atinja uma consciência colaborativa em relação às diferenças de opinião. E assim, por meio de uma cultura vinda do consenso espera-se tornar a vida em sociedade uma experiência mais enriquecedora.

19 “O termo “mediação” procede do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio. Derivada da palavra *mediare* também a expressão *mediatione* e toda uma série de outras palavras.” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 147).



REFERÊNCIAS

- BARROS, Aidil J. S.; LEHFELD, Neide A.S. *Fundamentos de metodologia científica: um guia para a iniciação científica*. 2. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2000.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENLGER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- CASTALDI SAMPAIO, Lia Regina; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.
- COSER, Lewis A. *Le funzioni del conflitto sociale*. Milano: Feltrinelli, 1967.
- DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria social*. Tradução de Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.
- DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, negociação e mediação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 3, 2004.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Tradução Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- MARILLAC, Luisa de. *O Direito entre togas, capas e anéis*. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2009.
- MORENO, Cláudio. *Troia: o romance de uma guerra*. Porto Alegre: L&PM, 2004.
- LEAL, Monia. *Manual de metodologia de pesquisa para direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.
- MOORE, Christopher W. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2003.
- RECES, Renato. *Sociologia do direito*. Barueri, SP: Manole, 2004.
- SIMMEL, Georg. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no Tratamento dos Conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Editora Método, 2008.
- VARGAS, Lúcia Dias. *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*. Coimbra: Almedina, 2006.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2008.
- VINYAMATA, Eduard (e colaboradores). *Aprender a partir do conflito: Patologia e Educação*. Porto Alegre: Artmed, 2005.



CAPÍTULO III

O CONFLITO E OS MEIOS DE SOLUÇÃO: REFLEXÕES SOBRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO¹

Luzia Klunk²

1 INTRODUÇÃO

Com o passar dos tempos e a evolução da organização da sociedade, os conflitos foram sendo resolvidos de diferentes maneiras, conforme a forma que melhor aprouve aos cidadãos em cada época.

Com efeito, inicialmente não existia uma organização estatal e o mais forte vencida através da força. Após, com a institucionalização do Estado, surge a forma hierarquizada de solução de conflito. Ou seja, foi entregue ao Estado o poder de solucionar o litígio. Ocorre que, atualmente o Estado não dá conta da demanda crescente da sociedade. A crítica à atuação do estado na solução de conflitos se deve ao fato do excesso de burocratização dos serviços, morosidade, custos elevados e má qualidade da prestação jurisdicional, frente a demandas contemporâneas produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente.

Assim, diante da ineficiência e insuficiência do aparato estatal, criam-se mecanismos alternativos para a solução de conflitos. A atual busca dos meios alternativos para solução de conflitos considera que o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos é a autocomposição, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz.

Dessa forma, vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Na autocomposição, os envolvidos revelam os problemas que os envolvem, sem a preocupação de fixar posições específicas, mas sim o interesse genuíno de cada um.

A revelação dos problemas e dificuldades dos envolvidos, bem como a orientação em torno dos interesses subjacentes, leva a tomada de decisões dando um consentimento informado (ainda quando decidam não entrar em acordo). Para

1 Texto produzido a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto.

2 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Prof^a Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto. Advogada.



uma mediação e uma conciliação exitosa, faz-se mister estar motivado a participar, fazer-se responsável por si mesmo, estar disposto a discordar e estar disposto a concordar.

Para isso, as partes devem conhecer os métodos e finalidades da autocomposição, bem como os traços distintos entre a conciliação e a mediação.

Portanto, torna-se fundamental o esclarecimento às partes, aos agentes e a todos os cidadãos acerca dos benefícios da conciliação e da mediação, além das políticas públicas de incentivo.

Considerando essas premissas, observa-se que organismos e instituição estão desenvolvendo campanhas e projetos de conscientização, estímulo, incentivo e esclarecimento acerca dos meios alternativos de solução de conflitos. Resta claro que a conciliação e a mediação apresentam grandes vantagens, por proporcionar a solução de relacionamento e não somente do problema emergente.

A partir disso, traça-se um comparativo sobre os conceitos de mediação e conciliação, atuais meios de solução de conflitos alternativos, rápidos e eficazes, bem como sobre as atividades e posturas dos mediadores e conciliadores, finalizando com um apanhado acerca da necessária política de incentivo à autocomposição.

2 O CONFLITO E OS MEIOS DE SOLUÇÃO

Muito antes do surgimento do Estado, os conflitos interpessoais eram resolvidos por intermédio da autotutela, em que vigia o aforismo da “lei do mais forte”. Com o advento da organização social corporificada no Estado, passou-se da justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares, dando a sua solução para os conflitos.

Dessa forma, está inserido no papel do Estado o dever de distribuir a justiça e aplicar o direito. Porém, verifica-se uma desatualização do sistema jurídico processual e uma profunda ineficiência e insuficiência do aparato estatal (MORAIS, 1999, p. 105).

A tutela jurisdicional é um meio heterocompositivo de solução de conflitos, em que a solução do conflito é imposta por um terceiro imparcial. O terceiro substitui as partes em litígio, aplicando coercitivamente a solução, pondo fim ao conflito que lhe é apresentado por elas (CALMON, 2008, p. 38)³. Ocorre que, esta decisão impositiva e que leva tempo demasiado para ser posta, muitas vezes não é cumprida pelas partes, não alcançando o objetivo da propositura da ação.

Por isso, nos dias atuais, tem se intensificado as críticas à justiça estatal, apontando para um crescente movimento de fortalecimento da justiça privada, buscando a criação de mecanismos alternativos para a solução de conflitos (LEITE,

3 Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 125): Jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado.



2008, p. 17-18). Portanto, ao longo dos anos, ocorreram transformações profundas na sociedade.

Para Moraes (1999, p. 106),

Vivemos, por isso, um momento de desacomodação interna, onde há um aumento extenso e intenso de reivindicações de acesso à Justiça, quantitativamente e qualitativamente falando, em contraposição a instrumentos jurisdicionais notoriamente insuficientes e ineficientes para atender e satisfazer subjetiva e objetivamente o conjunto de demandas que lhe são propostas.

Conforme Spengler (2010, p. 25),

Atualmente, a tarefa de “dizer o Direito” encontra limites na precariedade da jurisdição moderna, incapaz de responder às demandas contemporâneas produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, permitindo o aumento da exploração econômica, caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer-lhes respostas a partir dos parâmetros tradicionais.

Spengler (2010, p. 39) ainda aponta que a desregulação estatal, a lentidão em dar respostas a demandas cada vez mais rápidas, a incapacidade do Estado em ocupar seu espaço, dá margem ao “surgimento do Direito inoficial e do Direito marginal, enfim, ao descolamento entre a legislação posta e a realidade social”. Portanto, os cidadãos, que não podem esperar pela morosa resposta estatal, são amparados por forças inoficiais de solução do conflito. Para a autora, o Direito marginal surge como uma força perversa, pois o conflito é resolvido por lideranças que atuam na criminalidade e contra os princípios constitucionais, éticos e morais.

Assim, a ausência do poder estatal dá margem à participação de lideranças mal-intencionadas na solução de conflitos em determinados grupos. Ou seja, a ausência estatal trouxe a criação do Direito Inoficial, tendo como lideranças os representantes de grupos, ora voltados para a solução de conflitos através da criminalidade (o Direito marginal, verificado nos presídios, determinadas favelas), ora atendendo as demandas sociais seguindo princípios éticos e morais (mediação comunitária, etc.).

Por isso, embora os instrumentos jurisdicionais sejam notoriamente insuficientes e ineficientes para atender as demandas, não se pode eliminar uma organização e um centro de poder para reger as relações.

Por essa razão, há de se atender às garantias estabelecidas na Constituição Federal e, para atendê-las, deve-se criar um instituto estruturado em atos complexos, com ampla possibilidade de participação de todos os juridicamente interessados.



Porém, não pode ser uma pesada estrutura, capaz de manter longa a relação jurídico-processual, como ocorre atualmente. A solução estaria em criar métodos regulamentados e alternativos de solução de conflitos, com maior participação da sociedade.

Dessa forma, é objetivo da sociedade atingir a pacificação contínua, evitando, eliminando ou resolvendo o maior número possível de conflitos. Segundo Calmon (2008, p. 48),

É evidente que todos procuram uma saída para a denominada crise do judiciário, que já ultrapassou os limites do tolerável e tem provocado sérios danos sociais, sobretudo se forem observados em conjunto os reflexos na área cível e criminal.

Lorentz (2002, p. 22) descreve três ondas renovatórias da atual fase processual de acesso à justiça: a) ampliação da assistência judiciária aos necessitados; b) interesses metaindividuais (coletivos e difusos); e c) “o modo de ser do processo, tentando simplificá-lo, racionalizá-lo, aumentar a conciliação, equidade, de modo a ter uma Justiça acessível e participativa”.

Percebe-se a importância e a necessidade de ampliação do acesso ao judiciário de todas as pessoas, da participação efetiva da coletividade, da simplificação e efetividade na solução de conflitos.

Dessa forma, a crise do Judiciário, refletida na má qualidade da prestação jurisdicional, burocracia excessiva do Judiciário, complexidade do direito processual, falta de recursos financeiros dos demandantes, falta de informação dos cidadãos acerca dos seus direitos, dificuldades de se lidar com direitos difusos, fator tempo, já que normalmente os processos são lentos, leva a utilização de meios alternativos para solução de conflitos.

Importante frisar que o art. 5º da CF assegura a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação⁴.

4 O Princípio da celeridade é muito utilizado nas decisões judiciais. Vejamos a jurisprudência do STF:

Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva. Impetração contra decisão monocrática que, em habeas corpus requerido ao STJ, indeferiu a liminar. Não ocorrência de flagrante constrangimento ilegal. Aplicação da Súmula 691. *Writ* não conhecido. Celeridade no julgamento. CF, art. 5º, inciso LXXVIII. Demora não imputável à defesa. Excesso de prazo configurado. Ordem concedida de ofício. 1. Em princípio, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão de relator que, em *habeas corpus* requerido ao Tribunal Superior, indefere liminar se o caso não é de flagrante constrangimento ilegal. Precedentes. 2. A Constituição Federal determina, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. 3. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 4. No caso, a custódia instrumental do paciente já beira 2 (dois) anos, sem que o processo tenha retomado sua marcha validamente. Prazo alongado que não é de ser debitado decisivamente à defesa. 5. A gravidade da increpação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, porém, de ofício. (HC



Assim, o avanço tecnológico da sociedade e a exigência de rapidez da resolução das demandas refletem na atual busca dos meios alternativos para solução de conflitos, em que se considera que o meio mais autêntico e genuíno é a autocomposição, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz. Para Calmon (2008, p. 6),

a busca do consenso é quase sempre o primeiro passo adotado por pessoas naturais e jurídicas, antes de partirem para a solução heterocompositiva, normalmente mais cara e complexa. O diálogo informal é intrínseco à natureza humana, mas há muitas oportunidades em que a impossibilidade ou o desgaste da relação é tão acentuado que o diálogo não logra sequer ser iniciado e, ainda que os primeiros contatos sejam realizados, nem sempre se chega ao acordo.

Ou seja, o desgaste natural de uma relação que traz um conflito, muitas vezes impossibilita a iniciação de um diálogo. A partir disso, surgem mecanismos apropriados que visam à obtenção da autocomposição. Com o objetivo de incentivar, auxiliar e facilitar o diálogo, visando ao escopo maior de chegar ao consenso, criam-se mecanismos com a colaboração de um terceiro imparcial. Calmon (2008, p. 6-7) refere que

os mecanismos para obtenção de autocomposição não se constituem em um negócio jurídico, mas em um simples ato (ainda que complexo) que pode ter consequências jurídicas. Daí seu estudo ser multidisciplinar, envolvendo áreas não jurídicas.

Assim, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. A mediação, portanto, pode organizar as relações sociais, auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas com autonomia, reduzindo a dependência de um terceiro (juiz), possibilitando o entendimento mútuo e o consenso. Dessa forma, a mediação apresenta inúmeras vantagens, como a rapidez, confidencialidade, menores custos, grande possibilidade de êxito e qualidade da decisão acordada. Nesse sentido Morais (1999, p. 108) refere que esses meios alternativos

104667, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28-02-2011 PUBLIC 01-03-2011)

Agravo Regimental. Decisão do presidente do Tribunal **a quo** para que o agravo de instrumento tenha processamento nos próprios autos. Ofensa ao devido processo legal. Alegação de que o recurso deve ser formado por instrumento devidamente instruído com cópia de todas as peças necessárias. Retorno à origem para tal fim. Excessivo formalismo. Dispensa. Princípios da economia e da celeridade processual. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AI 467070 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-185 DIVULG 30-09-2010 PUBLIC 01-10-2010 EMENT VOL-02417-04 PP-00852)

Percebe-se que a aplicação do princípio na maioria das vezes ocorre quando já decorrido um grande lapso temporal, o que é mais um exemplo de ineficiência do poder judiciário.



prezam pela confiança, pois os procedimentos, diferentemente dos judiciais, não são públicos, mas secretos. Informalidade, pois os poucos procedimentos existentes revestem-se de escasso formalismo. Flexibilidade, já que as soluções não se encontram predispostas em lei, e há a faculdade de se fazer justiça em cada caso pelas suas peculiaridades. Economia que, embora diversos, em comparação aos custos de se litigar dentro do sistema formal, apresentam-se reduzidos. Justiça nas decisões, já que a resolução da pendenga se dá de forma adaptada ao que as partes almejam. E apresentam-se promissores tendo em vista as experiências satisfatórias dos países que já os implementaram.

Percebe-se, então, que a maioria dos conflitos decorre da ausência de diálogo entre as partes. A imposição de uma decisão pode não ser a melhor forma de pacificação entre as partes e tampouco o meio mais eficaz de cumprimento da sentença final.

Portanto, diante de enorme gama de ações decorrentes de conflitos que não puderam ser resolvidos na esfera extrajudicial, porque a relação restou desgastada, a mediação e a conciliação surgem como mecanismos a permitir o diálogo entre as partes para se chegar ao consenso, bem como com maior rapidez na resposta a demanda, frente à ineficiência e insuficiência do aparato estatal.

3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Diante desse novo aparato de projetos de lei tramitando e estudos acerca das formas alternativas de solução de conflitos, frente à desatualização do sistema jurídico processual atual, surge a mediação e a conciliação e a necessária distinção desses conceitos.

Têm-se a mediação e a conciliação como formas diversas de interferência de um terceiro para a solução da demanda.

Conforme Morais (1999, p. 145), através do instituto da mediação,

busca-se solucionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado e neutro. Este terceiro denomina-se mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas.

Para Calmon (2008, p. 119),

Mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito



a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado. Para que haja mediação as partes devem negociar. Portanto, ou a mediação interfere em uma negociação sem perspectiva de resultado positivo, ou interfere em uma disputa sem diálogo com vistas a proporcionar o início de uma negociação profícua. À simples interferência para auxiliar, facilitar e/ou incentivar a autocomposição denomina-se mediação.

Silva (2008, p. 25), por sua vez, refere que

O objetivo da mediação é a responsabilização dos protagonistas, capazes de elaborar, eles mesmos, acordos duráveis. O trunfo da mediação é a restauração do diálogo e da comunicação, alcançando sua pacificação duradoura. Não é instituto jurídico, mas simplesmente técnica de solução alternativa de conflitos.

Portanto, a mediação é o meio de solução de conflitos pelo qual um terceiro apresenta ferramentas e técnicas de comunicação para as partes chegarem ao consenso.

A conciliação, por sua vez, é a técnica na qual o conciliador pode apresentar propostas de acordo, ou seja, “na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo” (SPENGLER, 2010, p. 36).

Conforme Silva (2008, p. 26),

A conciliação tem suas próprias características onde, além de administração do conflito por um terceiro neutro e imparcial, este mesmo conciliador, diferentemente do mediador, tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria às partes.

Saback (2009, p. 2) conceitua conciliação, assim como elucida no que constituem suas atividades:

A conciliação constitui forma de heterocomposição, com intervenção de um terceiro conciliador, junto aos litigantes, com o intuito de levá-los à autocomposição. [...] As atividades conciliatórias constituem um inteligente trabalho de negociação em que o conciliador se põe na condição de intermediador das propostas visando à obtenção de



consenso entre os litigantes, através de mútuas deliberações acerca do direito material que entendem possuir.

Segundo Calmon (2008, p. 142), a conciliação é a

atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a se autocomporem, adotando, porém, metodologia que permite a apresentação de proposição por parte do conciliador, preferindo-se, ainda, utilizar este vocábulo exclusivamente quando esta atividade é praticada diretamente pelo juiz ou por pessoa que faça parte da estrutura judiciária especificamente destinada a este fim.

Assim, a conciliação é atividade controlada pelo Judiciário (juiz) e na qual o conciliador, além de facilitar o diálogo entre as partes e incentivar que cheguem ao consenso, também apresenta sua sugestão de proposta de acordo. A conciliação tem por escopo a só solução do conflito que é concretamente apresentado nas petições das partes. Portanto, embora os dois institutos tenham por finalidade a autocomposição, eles diferenciam-se em muitos aspectos. Conforme Calmon (2008, p. 144),

a principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo.

De acordo com Almeida (2009, p. 95),

a mediação propõe uma mudança paradigmática no contexto da resolução de conflitos: sentar-se à mesa de negociações para trabalhar arduamente no atendimento das demandas de todos os envolvidos no desacordo. Na conciliação, as partes sentam-se à mesa em busca, exclusivamente, do atendimento de suas demandas pessoais [...] As pessoas envolvidas nas mesas de mediação são convidadas, antes mesmo do início do processo (pré-mediação), a trabalharem em busca de satisfação e benefício mútuo.

E, ainda, segundo Morais (2010, p. 18),



Esta [a conciliação] se mostra como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, em que um terceiro ajuda as partes a construírem um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que visa facilitar a comunicação entre os envolvidos.

Dessa forma, as principais distinções entre a conciliação e a mediação estão na forma e ambiente de realização, ou seja, enquanto que a mediação é ato realizado fora do âmbito do judiciário, na qual o mediador apenas facilita a comunicação entre as partes, dita regras de organização para a elaboração do acordo pelas partes, a conciliação é realizada com fiscalização e controle de um juiz e tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução. Assim, ambas tem como fito resolver pendências, todavia, diferenciam-se.

Mas a diferença fundamental entre conciliação e mediação reside no conteúdo de cada instituto. Segundo Spengler (2010, p. 36-37).

Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, e porventura ele já existe. Na conciliação, se resolve o conflito exposto pelas partes em analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre no sentido de forçar o acordo. A conciliação se apresenta, assim, como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, que conta com a participação de um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação pelo fato de que na segunda o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, esse apresenta total satisfação dos mediados.

A mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor. É radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação sequer nos mínimos gestos. As pessoas estão tão impregnadas do espírito e da lógica da dominação que terminam, até sem saber, sendo absolutamente invasoras do espaço alheio.

Portanto, faz-se a crítica à conciliação no sentido de que o conciliador, por poder sugerir uma proposta de acordo, muitas vezes pressiona as partes forçando um



acordo com o objetivo de “desafogar o Judiciário”, e analisando a demanda de forma superficial, já que não é parte, possibilitando inclusive que se realize a conciliação parcialmente.

A mediação, por sua vez, permite que as partes restabeçam o diálogo e se entendam se isso for possível. Dessa forma, quando as partes por conta própria decidem o que é melhor para o restabelecimento da paz e da boa relação entre elas, a decisão torna-se muito mais eficaz.

Embora essa crítica à conciliação quando comparada à mediação, ambos os meios de solução de conflitos permitem que a demanda seja resolvida com mais rapidez, menos custos e maior efetividade no cumprimento do acordo. Portanto, os dois institutos têm apresentado resultados animadores para as partes, motivo pelo qual estão sendo a alternativa que se mostra mais viável atualmente.

Diante do exposto, pode-se concluir que a mediação e a conciliação são meios de solução de conflitos mais autênticos e genuínos, pois utilizam-se da autocomposição, diferenciando-se na forma e método, sobretudo na conduta dos mediadores e conciliadores, o que trata-se a seguir.

4 A FUNÇÃO DO MEDIADOR E DO CONCILIADOR

A mediação é o meio de solução de conflitos pelo qual um terceiro apresenta ferramentas e técnicas de comunicação para as partes chegarem ao consenso. A conciliação, por sua vez, é a técnica na qual o conciliador pode apresentar propostas de acordo.

Portanto, torna-se necessário a exata definição das condutas dos mediadores e dos conciliadores, para se preservar a diferenciação dos institutos.

Segundo Calmon (2008, p. 123-124),

o papel do mediador é o de um facilitador, educador ou comunicador, que ajuda a clarificar questões, identificar e manejar sentimentos, gerar opções e, assim se espera, chegar a um acordo sem a necessidade de uma batalha adversarial nos tribunais. (..) É papel do mediador ser facilitador, criador de canais de comunicação, tradutor e transmissor de informações, reformulador, diferenciador de posição e interesses, criador de opções e agente da realidade.

Já para Silva (2008, p. 25),

ele aproxima as partes, procura identificar os pontos controvertidos e facilitar o acordo, sem fazer sugestões. É um ato privado que pode ter a participação dos advogados das partes.



Lorentz (2002, p. 35), por sua vez, refere que

O mediador nunca impõe sentenças, mas sim regras de comunicação, desvendando o conflito que se apresenta, na superfície, para chegar até a sua parte oculta, que é, na realidade, muito maior do que a visível. Só assim é possível alcançar os verdadeiros motivos de uma disputa, os reais interesses em jogo.

Portanto, a mediação é uma técnica de solução de conflitos sem imposição de sentenças ou de laudos e com um profissional que auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo.

Segundo Morais (1999, p. 153), o mediador,

utilizando-se da autoridade a ele conferida pelas partes, deve restabelecer a comunicação entre estas. Sua função primordial é de um facilitador, eis que deve proporcionar às partes as soluções as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para seu conflito. É função também do mediador conduzir as negociações.

Dessa forma, o mediador instrui as partes da forma mais conveniente a se portarem perante o curso do processo a fim de obterem a sua efetiva concretização e o acordo final.

Caberá às partes exclusivamente a função de preocuparem-se com a matéria em discussão, pois o mediador responsabiliza-se pelo andamento das atividades. É um facilitador do diálogo entre as partes, conduzindo-as a encontrarem o consenso.

“O mediador não tem poder legal para decidir, não é necessariamente advogado, emprega a palavra para ajudar, põe em foco o presente e o futuro (não o passado), ajuda a solucionar e não impor a justiça, não aconselha, não faz uso de autoridade” (CALMON, 2008, p. 123-124).

Diante disso, conclui-se que o mediador deve possuir uma série de habilidades. Deve possuir facilidade de comunicação para se fazer claro quanto ao procedimento e aos objetivos da mediação, ser imparcial e ter competência. “É consenso que compete ao mediador conhecer o direito material relativo ao mérito da questão em discussão” (CALMON, 2008, p. 154).

Nesse sentido, discute-se acerca da necessária habilitação do mediador como profissional com formação acadêmica em bacharelado em Direito. Ocorre que, por vezes são os profissionais de outras áreas que mais possuem o necessário discernimento e facilidade de comunicação para condução da mediação. Portanto, não haverá de ser obrigatório tal requisito, exigindo-se apenas certas qualificações, treinamento e experiência em mediação. “É essencial que os mediadores nomeados possuam o treinamento e a experiência requisitados” (CALMON, 2008, p. 160).



As condutas do conciliador, por sua vez, também devem ser pautadas no diálogo e imparcialidade. Além do mais, o conciliador sugere, interfere, aconselha. Conforme Júnior (2002, p. 119), “para que o acordo possa ser alcançado é necessário que o conciliador possa promover a aproximação dele com as partes e destas entre si”.

Para ele (JÚNIOR, 2002, p. 119), “nós, com nossa postura verbal e não verbal (tom de voz, forma de olhar, postura corporal), criamos um ambiente mais tenso ou mais tranquilo”.

Enfim, percebe-se que a conduta tanto dos mediadores como dos conciliadores deve ser de tranquilidade e harmonia, e que eles devem possuir treinamento e a experiência. Cabe a eles produzir um estado emocional calmo para proporcionar um ambiente de diálogo entre as partes.

Salienta-se que os mediadores e conciliadores devem tornar claro às partes o procedimento e os objetivos da autocomposição, da mediação e da conciliação. Além disso, é fundamental políticas de incentivo à autocomposição. A mudança de comportamento dos agentes da Justiça, de todos os seus usuários, dos operadores do Direito e da sociedade depende da conscientização e da cultura do entendimento e do diálogo.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO

A mediação e conciliação apresentam inúmeras vantagens, como a rapidez, confidencialidade, menores custos, grande possibilidade de êxito e qualidade da decisão acordada. Além disso, e para o sucesso desses mecanismos, são fundamentais os fatores políticos dos programas de mediação e conciliação, sobretudo no que diz respeito à participação da sociedade nas decisões importantes sobre os conflitos. “Torna-se claro que, ao serem oferecidas diversas alternativas à solução dos conflitos, amplia-se a possibilidade de participação social no sistema de decisões” (CALMON, 2008, p. 125).

Conforme Lorentz (2002, p. 30-31),

as reformas tanto processuais quanto judiciais jamais irão substituir as reformas políticas, sociais e econômicas, ou seja: tais problemas congênicos da sociedade escapam às estreitas questões do acesso à Justiça, pois são questões mais profundas. Assim, por maiores que sejam as reformas, não só judiciais, para melhoria do acesso à justiça, mas também extrajudiciais visando ao mesmo intento, estas são panaceias para soluções de inúmeros problemas políticos e econômicos da sociedade.

Atualmente verificam-se políticas de incentivo à mediação pacífica já criada nos bairros e vilas (o Direito Inoficial, já referido, criado pela falta de alcance do Estado). O Estado, diante da constatação de que as formas alternativas, como a mediação e a



conciliação, são mais eficazes e rápidas, agora busca aproximação com as medidas tomadas pelos cidadãos na resolução de seus conflitos.

Ainda, percebem-se movimentos de instituições políticas, sociais e universitárias na busca de novos mecanismos de resolução das demandas. As organizações estão angariando projetos para a solução alternativa dos conflitos.

A conciliação tem recebido grande destaque no meio jurídico, sendo objeto de recente campanha do Conselho Nacional de Justiça sob o título “Conciliar é legal”⁵. O projeto tem como objetivo promover, através da cultura da conciliação, a mudança de comportamento dos cidadãos. É uma campanha de conscientização.

Além disso, desde 2007, o TRT da 4ª Região está engajado na Semana da Conciliação, movimento incentivado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e realizado no mês de dezembro. A Justiça do Trabalho gaúcha realiza, ainda, a Semana Regional da Conciliação. Milhares de audiências serão realizadas especificamente com vistas à solução conciliada dos processos.

O objetivo do TRT da 4ª Região, com essa atividade, é incentivar as práticas conciliatórias, proporcionando às partes envolvidas na ação trabalhista um espaço qualificado que permite a construção de solução efetiva e mais célere, evitando uma série de possíveis incidentes processuais e delongas⁶.

Ainda, estão sendo desenvolvidos projetos universitários acerca da mediação, como, por exemplo, o projeto de pesquisa intitulado “**Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz**” da Universidade de Santa Cruz do Sul, o qual busca a paz social através de outros meios de responder aos conflitos sociais que possam gerar celeridade e eficácia⁷.

5 Este movimento tem como objetivo promover, através da cultura da conciliação, a mudança de comportamento dos agentes da justiça, de todos os seus usuários, dos operadores do Direito e da sociedade. Além disso, pretende-se mudar comportamentos e induzir na sociedade a cultura de que um entendimento entre as partes é sempre o melhor caminho para o encerramento de um conflito, trazendo inúmeros benefícios para todos os envolvidos, com uma maior satisfação das pessoas envolvidas e diminuição do tempo na solução dos conflitos (SILVA, 2008, p. 26).

6 Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=120903&action=2&destaque=false>>. Acesso em: jul. 2011.

7 **MEDIAÇÃO DE CONFLITOS PARA UMA JUSTIÇA RÁPIDA E EFICAZ** Coordenador(es): FABIANA MARION SPENGLER **Resumo:** O Poder Judiciário é a instituição para a qual, tradicionalmente, os conflitantes se reportam para resolver seus conflitos. Porém, é visível a crise pela qual passa a jurisdição, uma crise de eficiência e de identidade. Crise que vai além da falta de estrutura, de pessoal treinado para lidar com a conflituosidade atual e da lentidão dos procedimentos. A crise da jurisdição atualmente também se dá quando a qualidade e a eficácia das decisões que, prolatadas pelo magistrado – terceiro que diz o direito –, nem sempre são exequíveis e em outras oportunidades não tratam o conflito de forma adequada produzindo a paz do direito, mas não a afetiva “pacificação social”. Deste modo, se torna necessário a busca por outros meios de responder aos conflitos sociais que possam gerar celeridade e eficácia. Para tanto é que se propõe investigar a construção de um modelo de tratamento de conflitos capaz de lidar com a atual complexidade, assentada e, ao mesmo tempo, voltada à potencialização do consenso que possibilite à sociedade a reapropriação do conflito não para negá-lo, uma vez que é inerente aos homens, mas para responder a ele por meio de construções autônomas e consensuadas. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, incluídos nesses últimos algumas práticas de ADR (Alternative Dispute Resolution) como a mediação. Disponível em: <http://www.polo.unisc.br/portal/pt/mestrado-e-doutorado-em-direito/projetos-de-pesquisa.html>. Acesso em: jul. 2011.



Ainda, a “Casa de Mediação”, iniciativa pioneira a ser instalada no Brasil, visa oferecer atendimento para mediação de conflitos junto à comunidade, e, principalmente, democratizar o acesso à justiça. O projeto foi criado pela OAB/RS, por meio da sua Comissão de Mediação e Práticas Restaurativas (CEMPR), e foi viabilizado financeiramente a partir de convênio firmado com a Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça⁸.

Portanto, são inúmeros os esforços sociais na busca do acesso ao direito e à justiça, para tornar as demandas mais rapidamente resolvidas e com respostas mais efetivas e concretas.

A iniciativa dos órgãos e instituições é fundamental para que os meios alternativos de solução de conflitos beneficiem a sociedade, valorizando o Direito Inoficial que traz consigo a ética e a boa conduta dos cidadãos, chegando à solução pacífica através do consenso.

Com efeito, sem a intervenção estatal e de órgãos legalmente constituídos e com autorização do poder público, poderíamos estar caminhando para a utilização do Direito Marginal para a solução dos conflitos. Ou seja, os poderes inoficiais perversos, pautados por condutas criminosas, devem ser evitados, mantendo-se um centro de poder, embora com diferentes atitudes frente às atualmente existentes. Assim, a reação do Estado, diante da sua ineficiência (a crise do Judiciário), deve ser de incentivo às políticas públicas e não de maior afastamento (SPENGLER, 2010).

Diante do exposto, resta claro que atualmente busca-se encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativa pacífica. Busca-se o aprimoramento da atividade judicial, envolvendo a melhoria da máquina judiciária estatal e o aperfeiçoamento do processo, mas, sobretudo, com a aplicação da política que se apresenta, tendo como prioridade o verdadeiro acesso de todo cidadão à justiça.

Assim, percebe-se um movimento crescente acerca do tema, principalmente nas diversas instituições que estão construindo projetos de promoção à mediação e conciliação, bem como diante da existência de inúmeros projetos de lei tramitando e estudos acerca das formas alternativas de solução de conflitos.

De fato, o principal desafio que a mediação enfrenta não é o de gerar relações calorosas e aconchegantes, sociedades isentas de conflito ou uma ordem de mundo harmoniosa [...] talvez o seu principal desafio seja encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativa pacífica. (SPENGLER, 2010, p. 350)

Assim, é fundamental falar sobre a conciliação e a mediação, ampliando-se a

⁸ A estrutura foi oficialmente inaugurada no dia 16 de março e está localizada no Centro de Porto Alegre (Rua dos Andradas, n. 1261 – 9º andar). [...] O papel da Casa de Mediação é de acolhimento e identificação prévia das necessidades de quem a procura. Assim, será avaliada a situação das partes e feito o devido encaminhamento para os mediadores. O objetivo é estimular o diálogo entre as partes, a fim de que possam resolver os problemas de maneira pacífica e orientada. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/noticia_ler.php?id=8020>. Acesso em: jul. 2011.



possibilidade de participação social no sistema de decisões e criando-se políticas públicas de incentivo, conscientização e esclarecimento sobre esses métodos.

6 CONCLUSÃO

“Concluindo-se, pode-se observar que, à medida que diminui a presença e a participação do Estado em determinados espaços sociais, a tendência é o aumento da organização e da aplicação de regras criadas pelo cidadão objetivando o tratamento de conflitos” (SPENGLER, 2010, p. 100).

Assim, a prestação jurisdicional tardia, delongada no tempo, não atende mais aos avanços tecnológicos da sociedade. A inefetividade da prestação estatal afastou os cidadãos e fez surgir formas alternativas de solução de conflitos. A mediação e a conciliação se apresentam como modelos de autocomposição, diferenciados pela forma e pelo ambiente de desenvolvimento. Suas principais características são a cooperação, a confidencialidade, a ênfase no futuro e a economia de dinheiro, tempo e energia.

Conforme Silva (2008, p. 21),

A adoção de meios alternativos de solução de litígios está associada a processos e movimentos de informalização e desjudicialização da justiça, à sua simplicidade e celeridade processual, através do recurso a meios informais para melhorar os procedimentos judiciais e à transferência de competências para instâncias não judiciais, o que não leva ao enfraquecimento do Poder Judiciário.

A proposta de política nacional de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição representa uma contribuição para crescimento e mudança social, para vencer a crise da justiça e consolidar um sistema de efetiva resolução dos conflitos, reforçando a comunicação entre seus envolvidos, transformando o papel do Estado de extremo intervencionismo para o de incentivador e supervisor do diálogo, culminando com o fortalecimento do escopo maior, a pacificação social (CALMON, 2008).

Assim, o poder não deve ser exterminado, mais sim centralizado, utilizando, fiscalizando e regulando as alternativas já aplicadas pelos cidadãos para a solução dos conflitos (conciliação e mediação). Portanto, as funções do Estado estão sofrendo profunda reestruturação.

A partir disso, percebe-se que é fundamental na atualidade o estabelecimento da diferenciação do papel do mediador e do papel do conciliador.

Nesse sentido, conclui-se que o mediador desenvolve um papel de observador e condutor da negociação e do diálogo. O conciliador, por sua vez, além de incentivar a comunicação, assim como o mediador, pode sugerir formas de composição do litígio.



Cabe a eles produzir um estado emocional calmo para proporcionar um ambiente de diálogo entre as partes.

Torna-se fundamental o esclarecimento às partes, aos agentes e a todos os cidadãos acerca dessa diferenciação e também sobre os benefícios do consenso.

Ou seja, considerando a crise da justiça e a eficiência própria das soluções autocompositivas, é imprescindível que o Estado adote medidas de incentivo à sua realização, promovendo uma política pública de incentivo à utilização em larga escala dos mecanismos para obtenção da autocomposição⁹. Percebe-se um incentivo às políticas públicas de conscientização de que o consenso é a melhor forma de resolução de conflitos, pois é rápido e eficaz, em virtude da participação efetiva das partes envolvidas.

A participação social no sistema de decisões é ampliada pelos projetos atualmente desenvolvidos por instituições e grupos constituídos, motivo que leva a sociedade a acreditar mais na pacificação e harmonia, enfrentando a crise de legitimidade estatal. Ganham corpo, dessa forma, as alternativas à solução de controvérsias desenvolvidas em espaços públicos e alcançadas pelas partes envolvidas no conflito.

O ponto principal está no alcance da justiça pela sociedade, que atualmente está diante de uma gama enorme de legislação que não é efetivamente aplicada e fiscalizada.

Portanto, “podemos, efetivamente, dizer que a temática aqui tratada gira ao redor de um tópico fundamental, qual seja, a do acesso à justiça, qualificado pelo acesso ao Direito” (MORAIS, 1999, p. 215).

REFERÊNCIAS

- AGNES, C., HELFER, I. *Normas para apresentação de trabalhos acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.
- ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, P. B., SOUZA, L. M. (Org.) *Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUNIOR, F. L. M.; ANDRADE, A. M. R. *Manual de conciliação*. Curitiba: Juruá, 2002.
- LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos extrajudicial de solução de conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2002.

⁹ CALMON, 2008, p. 7.



MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Prefácio ou: de como o debate acerca do tratamento de conflitos ganha novos contornos! In: SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à mediação*. Ijuí: UNIJUÍ, 2010.

MORAIS, J. L. B., SPENGLER, F. M. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OAB/RS. *Casa de Mediação abre inscrições para seleção de profissionais*. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/noticia_ler.php?id=8020>. Acesso em: jul. 2011.

SABACK, Themis. *A prática conciliatória nos juizados especiais*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/22246/2/A-PRATICA-CONCILIATORIA-NOS-JUIZADOS-ESPECIAIS/pagina2.html>>. Acesso em: jul. 2011.

SANSANA, Maureen Cristina. *Fator econômico como inviabilizador do exercício de direitos*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19083>>. Acesso em: jun. 2011.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à mediação*. Ijuí: UNIJUÍ, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz*. Disponível em: <<http://www.polo.unisc.br/portal/pt/mestrado-e-doutorado-em-direito/projetos-de-pesquisa.html>>. Acesso em: jul. 2011.

SPENGLER, F. M; SPENGLER NETO, T. (Org). *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SPENGLER, F. M; SPENGLER NETO, T. Considerações sobre o tratamento de conflitos sociais: do consenso hobbesiano induzido ao consenso construído pela prática da mediação. In: DOS REIS, J. R.; LEAL, R. G. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Tomo 10.

STF. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em jul. 2011.

TRT4. *Justiça do Trabalho gaúcha mobilizada em torno da conciliação*. Disponível em <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=120903&action=2&destaque=false>>. Acesso em: jul. 2011.



CAPÍTULO IV

A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR DA JUSTIÇA¹

Dhieimy Quelem Waltrich²

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, muito se fala sobre as formas alternativas de solução de conflitos, principalmente no que diz respeito à mediação, que contribui diretamente na construção de uma justiça mais democrática e cidadã. É inegável que a mediação é um eficaz instrumento de pacificação social e democratização do acesso à justiça, por esse motivo o presente artigo visa entender um pouco mais sobre esse importante e interessante mecanismo que teve origem nos EUA e atualmente completa cerca de 40 anos de existência.

A Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, veio controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República; sendo que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ n. 70, de 18 de março de 2009.

O direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; de forma que cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional,

1 O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, do Programa Pesquisador Gaúcho da FAPERGS, Edital 02/2011, coordenado pela professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e do qual faz parte a autora como bolsista voluntária. O artigo também teve respaldo nas discussões surgidas a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto.

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC –, bolsista UNISC, voluntária junto ao projeto de extensão “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” e do projeto de pesquisa: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, do Programa Pesquisador Gaúcho da FAPERGS, Edital 02/2011, ambos coordenados pela professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Profª Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED –, com ênfase em Direito Humanos; advogada. Endereço eletrônico: dhieimy@yahoo.com.br. Currículo lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4452841J9>>



não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Considerando, portanto, a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, foi sendo sedimentado o entendimento de que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no País tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

Dessa forma, imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais. Ademais, a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos se faz mister para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça entende que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos devem servir de princípio e base para a criação de juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

Os novos métodos consensuais de resolução dos conflitos são modelos de interação social que fogem daquele modelo impositivo, antagônico, e dá espaço para o vínculo participativo, dialógico e cooperativo.

Nesse viés, pode-se observar que a globalização e suas consequências são fatores determinantes para a necessária reconsideração do sistema jurídico clássico pensado para regular uma sociedade internacional dividida em Estados-nação (SPENGLER, 2010, p. 73).

De fato, a globalização trouxe alguns prejuízos notáveis, mas os benefícios que vieram em sua bagagem não podem ser esquecidos. No que tange à informação, só lhe cabem elogios, haja vista que o Estado veio a se estabelecer no meio da comunidade, sendo possível a agilidade na resolução dos conflitos, bem como a atuação da sociedade se elevou em grande escala.

Quando se faz referência aos modelos trazidos pela mediação, deve ser deixado de lado o modelo penalizador e assistencialista do Estado, haja vista que o mediador leva os mediandos ao caminho da cooperação, do respeito, da inclusão e da solidariedade, contribuindo de fato para a efetiva democratização do acesso à justiça.

Por vezes pode-se falar que a mediação é uma nova forma de agir do governo, à medida que diminui a presença e a participação do Estado em determinados espaços sociais, a tendência é o aumento da organização e da aplicação de regras criadas pelo cidadão objetivando o tratamento de conflitos (SPENGLER, 2010, p. 100).



Cansados de tanta inefetividade estatal, seja no que tange aos processos legislativos que são de uma morosidade extrema, ou da ausência de aplicabilidade destas mesmas leis pelo Judiciário, “aspiramos a uma sociedad que no sea únicamente sociedad civil sino que llegue a ser una buena sociedad” (ETZIONI, 2001, p. 15).

Diante dos modelos propostos de participação da sociedade, necessária é a abertura das instituições à participação popular, que poderão ter do poder no núcleo estratégico; agir de forma a estabelecer o controle social e ainda instituir arranjos institucionais que organizem a participação nas diferentes esferas governamentais, e que estas sejam dinâmicas o suficiente para absorver as tendências cambiantes inerentes à democracia.

Ao fazermos uma análise da realidade do Poder Judiciário como meio de acesso à justiça, percebemos inúmeros elementos e situações que dificulta o acesso das comunidades de baixa renda à resolução de seus conflitos. Dentre esses elementos percebemos a onerosidade das demandas efetuadas e sua insuficiência em estimular os indivíduos a uma análise dos conflitos e sua autorresolução.

A pobreza é o maior dos flagelos que a humanidade enfrenta no início do novo milênio. Flagelo de enorme magnitude e complexidade, associada à exclusão e à desigualdade social. A desigualdade entre os ricos e os pobres é expressa na estimativa de que os 10% mais abastados usufruem 54% da renda mundial, enquanto os 40% mais pobres ficam com apenas 5% (SCHMIDT apud LEAL, 2006, p. 1755).

Como consequência dessa realidade, desenvolve-se conflitos que são peculiares e constantes nas comunidades mais carentes, dentre eles percebem-se problemas com ameaça de morte, conflitos conjugais, violência doméstica e dificuldade com a disciplina dos filhos.

A mediação comunitária como um meio de resolução de conflitos apresenta plausíveis vantagens envolvendo essas comunidades de baixa renda, devolvendo a autonomia desenvolvida nas partes conflitantes que agora passam a praticar a análise de seus próprios conflitos e as soluções possíveis para seus próprios problemas.

2 A CRISE JURISDICIONAL E O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

As crises por que passa o modo estatal de dizer o direito – jurisdição – refletem não apenas questão de natureza estrutural, fruto da escassez de recursos, como inaptações de caráter tecnológico – aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores jurídicos – que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de temas que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos pólos das relações jurídicas, por outro (BOLZAN DE MORAIS apud SPENLGER; CESAR LUCAS, 2008, p. 62).

Assim, as crises da jurisdição fazem parte de um quadro cada vez mais intrincado de problemas que são propostos à análise, tendo-se como paradigma a continuidade da ideia de Estado de Direito – e por consequência do direito como seu mecanismo



privilegiado – como instrumento apto, eficaz e indispensável para o tratamento dos litígios, e que se ligam umbilicalmente ao trato do problema relativo à transformação do Estado contemporâneo (BOLZAN DE MORAIS apud SPENLGER; CESAR LUCAS, 2008, p. 62).

Devido a essa assertiva é que deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito. Em decorrência das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente. Em termos de jurisdição, os limites territoriais do Judiciário, até então organizados de modo preciso, têm seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes, e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação. Quanto maior a velocidade desse processo, mais o judiciário é atravessado pelas justiça emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas “inoficiais” de tratamento de conflitos. (BOLZAN, 2008, p. 76-77).

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e no ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não precisavam de uma ação do “Estado” para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas, tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na *prática* (CAPELLETI, 1988, p. 9).

Embora o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão



final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos (CAPELLETI, 1988, p. 9).

Nesta esteira de continuidade estatal, é necessária uma abordagem acerca do pluralismo jurídico que aponta na sociedade contemporânea, pluralismo no que tange à diversidade de fontes e não a análise do pluralismo de ordenamentos jurídicos.

Na linguagem política, pluralismo é o termo empregado para definir uma concepção que propõe como modelo social uma composição de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a tarefa de limitar, controlar e contrastar até o ponto de eliminar o centro de poder dominante, historicamente identificado como Estado (SPENGLER, 2010, p. 77).

O contexto abrangido por tal conceito vem a traçar uma oposição à concentração e unificação do poder, características próprias do estado moderno. O que precisa ser dito é que o objetivo do pluralismo jurídico não é tirar o lugar do Estado, nem mesmo minimizar seus fundamentos, mas sim o reconhecimento de que ele é uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade.

Consoante o panorama esfacelado do Judiciário no País, e na perspectiva da mediação comunitária, o direito fundamental ao acesso à justiça deve ser apreciado sob a perspectiva de que o devido “acesso” é o encontro da justiça propriamente dita, ou seja, o equilíbrio dos fatos alcançados com base na verdade e na igualdade, possibilitando que cada um obtenha aquilo que lhe é devido, que não necessariamente deve adentrar na esfera do Poder Judiciário por meio de uma ação judicial.

A mediação comunitária é um processo democrático de solução de conflitos, na medida em que possibilita o acesso à justiça a maior parte da população. Além de possibilitar essa resolução, oferece aos cidadãos o sentimento de inclusão social, pois os mesmos participarão ativamente na tentativa de resolução de seus litígios através da escolha da melhor alternativa para adequar-se ao caso concreto.

Cumprе salientar que não é cabível entendermos a mediação comunitária como um substituto do Poder Judiciário, mas sim como auxiliador do mesmo, que devolve à comunidade a competência de solucionar e tratar de suas contendas, haja vista que aqui o termo mais adequado não é “fazer justiça”, e sim proceder à satisfação das partes pela sua efetiva participação.

Ainda, não se deve levar em conta a quantidade de conflitos solucionados, mas sim a qualidade em que foram respaldados, verificando-se, assim, a importância de cada um e sua repercussão para a vida da sociedade a partir de sua resolução.

A contribuição da mediação comunitária para um maior acesso à justiça por parte dos mais necessitados é bastante grande. Desse modo, contata-se que o surgimento do processo de mediação destinada à comunidade de baixa renda contribui para uma maior valorização das raízes comunitárias, que se veem valorizadas e assistidas pelo Estado, possuindo a resolução dos seus conflitos a partir de diálogos e acordos.

Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas



a partir da globalização cultural, política, econômica) são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário (SPENGLER, 2010, p. 102).

3 A MEDIAÇÃO: ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

É possível reafirmar que as duas últimas décadas do século passado foram as da mediação. Especialmente entre os anos de 1980 e 1990, pôde-se vislumbrar a sua explosão: em todos os lugares falava-se de mediação. O que ocorreu foi a banalização do termo, empregando-o para todo o propósito, a torto e a direito. A função “mediação” não se exprime somente nas relações interpessoais, mas naquelas que cada um pode ter das instituições e, entre outras, com as administrações destas últimas. Assim, não há somente o emprego – bastante intempestivo – do termo “mediação”; existe uma preocupação cada vez mais expressa de encontrar meios para resolver o problema real: uma enorme dificuldade de se comunicar; dificuldade esta paradoxal numa época em que a mídia experimenta um desenvolvimento extraordinário (SPENGLER, 2010, p. 316).

A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal (WARAT, 1998, p. 5). Na mediação todos somos iguais enquanto humanos, respeitando as características de cada indivíduo, não sendo possível qualquer espécie de julgamento, as partes não são nominadas como autor – réu - vítima – agressor, são denominados como “mediandos”.

A mediação é geralmente definida como interferência – em uma negociação ou em um conflito – de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. (MOORE, 1998, p. 28).

A cooperação faz parte do procedimento, no qual se devolve às partes o poder de falar, de escutar, para que eles sejam os atuantes na sessão, que de fato façam alguma coisa para a satisfação de seus interesses. O mediador não está ali para resolver nada, mas sim para fazer com que os mediados sintam suas emoções e toquem seus corações.

Através deste instituto, busca-se selecionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado. Esse terceiro denomina-se



mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas. Com auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e as fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos nas funções jurisdicionais. (BOLZAN, 2008, p. 134).

Nesta esteira de atuação, deve-se tomar o cuidado para não nos fecharmos no academicismo e nos desvincularmos da prática, já que temos a responsabilidade de viver, que pode ser entendida como a responsabilidade social, em que tudo que fizemos deve repercutir em nossas vidas.

Justamente por isso a mediação surge como espaço democrático, uma vez que trabalha com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior às partes, se coloca no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso num pertencer comum. Isso se dá porque a mediação não é uma ciência, mas uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para discuti-lo. A mediação, porém, suscita um paradoxo composto pelo fato de dizer ao juiz que não desempenhe o papel que disseram ser seu, isto é, deixar de decidir e adjudicar para propô-la. Consequentemente, o que se pede é que pacifique sem decidir, quando seu papel é tradicionalmente o de decidir sem, necessariamente, pacificar. (SPENGLER, apud RESTA, p. 320).

Não se pode confundir mediação com conciliação, são dois instrumentos diversos, com peculiaridades específicas, de fato, para uma boa sessão de mediação deve-se esquecer a conciliação, de forma que se pode traçar um paralelo ilustrativo de suas oposições:

Conciliação	Mediação
Acordo	Satisfação
Problemas	Pessoas
Conflitos	Conflitos objetivos e subjetivos
Objetivos	Subjacente
Manifesto	Cooperar
Conceder	Isenção – Apropriação
Sugestão não vinculante	Autorresolução



Se comparada à decisão judicial, à composição consensuada entre as partes, percebe-se que a primeira tem por base uma linguagem terceira normativamente regulada. Ao contrário, a mediação desmancha a lide, decompõe-na nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem as suas identidades construídas antagonicamente. A mediação pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, para que se transformem em algo de bom à sua vitalidade interior (SPENGLER, 2010, p. 320).

O tratamento do conflito pela mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas, que vão da negociação à terapia. Os contextos nos quais é possível aplicá-la são vários: mediação judicial, mediação no Direito do Trabalho, no Direito Familiar, na escola, dentre outros. Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento (SPENGLER, 2010, p. 319).

O projeto de lei que tende a alterar o Código de Processo Civil vem a submeter todos os processos de matéria cível à mediação, de forma que não se vai mais prezar pela qualidade das sessões, e sim em quantidade, desvirtuando, portanto, o método. Ademais, se o Tribunal quer quantidade em vez de qualidade, não deve adentrar na mediação, pois corre o sério risco de ter o retorno da maioria de seus acordos para que seja realizada a execução.

Quando se trata de definir o conjunto de informações e técnicas que compõem a mediação, pode-se traçar um panorama das “escolas” que deram fundamentação ao seu surgimento. Existe a mediação acordista/Harvard, que reduz que a comunicação para ser efetiva deve ser negociada, privilegiando o bom senso; trabalhando com as pessoas a partir de seus discursos e motivações, as motivações de ordem subjetiva e emocionais não costumam ser abordadas. Não envolve relacionamentos, e é indicado para relações comerciais e contratuais.

Já a mediação transformativa/comunicacional, necessariamente, envolve um relacionamento. Nessas sessões, o mediador deve ser gentil com as pessoas e firme com os problemas, deve-se tentar dar às partes a possibilidade de superar os impasses, separar as pessoas do problema, redefinindo os interesses que se pretende com a solução do conflito. Aqui o acordo é tido como uma possibilidade e não mais como o modelo harvardiano que tem o acordo como objetivo principal.

A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça fala da função social da mediação, que é dar à sociedade outra forma de resolução dos conflitos, não fazendo qualquer menção à possibilidade de desafogar o judiciário. Ademais, o mediador deve ter formação contínua, no sentido de que cada mediação deve servir para seu crescimento, melhorando sua agenda de trabalho.

Na mediação as partes não devem falar de seus direitos, e sim de suas necessidades, o mediador não resolve nada, ele atende as pessoas, não se projeta o passado, mas o futuro, não se fala de dependência, mas de emancipação, aqui o linguajar processual fica somente na regularização dos termos do acordo, dando às partes o reconhecimento de suas expressões; e uma necessária evolução, não se busca a justiça, e sim a satisfação pessoal dos mediandos.



Que relacionamento vocês querem ter a partir de agora? Essa é uma pergunta que pode dar início aos trabalhos acerca da problemática envolvida, haja vista que os mediandos irão refletir acerca do futuro desejado, esquecendo dos traumas do passado e passando a um patamar superior de elucidação dos fatos.

A presença dos advogados na sessão é imprescindível, haja vista que poderão elucidar qualquer dúvida de caráter técnico, além de que o respeito às necessidades dos mediandos vai dar emancipação para se manifestarem, de forma que o mediador prossiga na sessão sem ter de fazer o papel de mediador e de assistente técnico dos mediandos.

No tocante às etapas da sessão, vale lembrar que o mediador não deve redigir os termos do acordo, que deve ser redigido por uma terceira pessoa, com conhecimentos jurídicos, para uma melhor disposição dos termos acordados. Após a leitura de seu conteúdo o termo será levado à homologação judicial, não devendo, contudo, ser tarefa do mediador. Sabe-se também da necessidade de registros para a análise estatística dos procedimentos, de forma que se deve evitar ao máximo o uso de formulários, valendo-se do mínimo possível.

O ideal também seria um único juiz destinado à homologação dos acordos realizados; sabe-se da impossibilidade, em muitos casos, devido ao déficit estatal em dispor de recursos para o andamento da máquina pública. A ideia de um juiz específico serve como respaldo para uma melhor uniformização dos termos e entendimentos, evitando-se, assim, a redefinição a cada troca de juiz, dos termos utilizados na composição dos termos acordados.

Por fim, pode-se concluir que a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça, tem como principais objetivos a adequada formação dos mediadores, a responsabilidade social e a pacificação da sociedade como um todo.

4 A COMUNIDADE E SEU PAPEL NO FORTALECIMENTO DAS RELAÇÕES HUMANAS

Segundo Warat (2004, p. 67),

A mediação é:

A inscrição do amor no conflito

Uma forma de realização da autonomia

Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos

Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades

Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade



Um paradigma cultural e um paradigma específico do Direito

Um modo particular de terapia

Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia.

Partindo-se desta amplitude visionária, a análise dos efeitos e contribuições que a comunidade possui quando da realização da mediação comunitária ganha grande enfoque. Ademais, a existência de comunidades concretas permite a instauração de uma ordem específica, gerando um maior entendimento da realidade da própria comunidade. Sem olvidar que não existe somente a comunidade da vila, mas sim há, além disso, a comunidade de trabalho, a comunidade de fé, dentre outras, todas determinadas pelo tipo de relação existente. Porém, todos esses tipos de comunidade devem tornar-se vivos a fim de viabilizar um conjunto de comunidades concretas, associações de comunidades de vários tipos. Para tanto, é necessário que cada comunidade em particular possua alto grau de autodeterminação e autonomia, poder e substância, de forma que as associações de comunidades também são uma realidade e, desse modo, seus representantes não buscarão refúgio nos parlamentos atuais, mas permanecerão diretamente vinculados a esta substância concreta da comunidade (BUBER, 2008, p. 83).

A luta por uma sociedade mais justa e menos excludente já é antiga. Na busca de alternativas para mudar o quadro social muitas foram as manifestações que marcaram os séculos. O capitalismo, contudo, sempre mostrou as suas garras e, neste momento, está amparado por um forte aliado – os meios de comunicação/informação – que desconcertam a sociedade, alterando sua rotina e espaço por meio de seus tempos instantâneos e especulações transnacionais desencadeadas pela globalização hegemônica (ZEIFERT, 2003, p. 161).

O capital social passa, assim, a colaborar na organização da sociedade civil: uma orientação estratégica que deve ser adotada para além das conhecidas razões de democracia e de cidadania, por motivos econômicos. Depreende-se daí que o desenvolvimento do Estado e a superação das ideias neoliberais só ocorrerão no momento em que o capital social, capital empresarial e capital humano unirem-se na busca da emancipação social (ZEIFERT, 2003, p. 167).

Las comunidades son los principales entes sociales que alimentan las relaciones basadas en fines (Yo-Tú), mientras que el mercado es el reino de relaciones basadas en medios (Yo-cosas). La relación estado-ciudadano también tiende a ser instrumental. (...) En pocas palabras, las comunidades constituyen uno de los componentes principales de la buena sociedad. (ETZIONI, 2000, p. 23).

A sociedade nada mais é do que “uma associação de homens unidos por um determinado propósito, que possuem interesses comuns e se congregam a fim de servirem a estes interesses comuns e atingirem este fim”; trata-se de uma convenção



fundada sobre uma decisão. A comunidade, a seu tempo, é a união de homens ligados pela própria essência e pela vontade essencial, uma união que é o resultado de um processo natural e não algo imposto; é algo baseado em sua origem comum, costumes, propriedades, etc (BUBBER, 2008, p. 83).

A jurisdição formal é, por excelência, palco da justiça da Modernidade, já que inspirada em princípios universais baseados em imperativos de uma razão profundamente intrínseca a todos os seres humanos. Essa é a justiça que, codificada, aplica o mesmo procedimento a casos tão diferentes, com base em deduções racionais advindas das autoridades da lei ou dos precedentes. Nas democracias ocidentais, a legitimidade do parlamento está no procedimento democrático por meio do qual os membros são eleitos. O pressuposto é que os indivíduos são livres e racionais, capazes de eleger seus representantes. Essa lógica, quando transferida para resolução de disputa, é a de que, quando em conflito, os indivíduos – sujeitos de direitos – provocam o Estado para “dizer o direito” no caso concreto. Nessa esfera, os representantes desse estado legítimo são os juizes que, com imparcialidade e saber jurídico, aplicarão a lei, que fora expedida pelo parlamento democrático, ao caso concreto. (FALSARELLA, 2003, p. 62).

Assim, a mediação comunitária não surge em razão da procura suprimida, mas em razão da consciência dos direitos, e, mais ainda, da consciência de que tais direitos podem ser satisfeitos de forma autocompositiva, ou seja, de forma que quem irá decidir serão as próprias pessoas envolvidas.

O debate contemporâneo entre filósofos liberais e comunitaristas parece polarizar-se em oposição: indivíduo e comunidade. As teorias políticas liberais são inseparáveis do individualismo moderno ao valorizarem o indivíduo em relação ao grupo social e por se oporem às visões coletivistas da política que tendem a valorizar o grupo social e não o indivíduo. Esse fato conduziu a críticas ferozes por parte dos filósofos comunitaristas tecendo uma questão bastante complexa, na qual se pode encontrar pelo menos três dimensões, ou perspectivas, de abordagem: antropológica, em que se critica a concepção liberal de um sujeito descomprometido e atomizado; normativa, ao se questionar o princípio moral sobre o qual se rege a moral política –valorização da liberdade individual; e sociológica, porque a sociedade liberal induz os membros da sua sociedade a uma atitude individualista, egocêntrica que tem efeitos desestruturantes sobre a identidade individual e do grupo.³

Boaventura de Sousa Santos, tratando da modernidade, faz consideração ao que seja pós-modernidade, simplificando a polêmica que há em sua existência.

3 GONÇALVES, Gisela. Comunitarismo ou liberalismo. Disponível em: < <http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html> > Acesso em: 30 jul.2011.



O paradigma da modernidade constituiu-se antes do modo de produção capitalista ter se tornado dominante e extinguir-se-á antes de esse último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. (...) Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas, como o déficit no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, na falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação. (SANTOS, 2005, p.76).

Deve-se contudo ter bem claro que a mediação não vem inibir a atuação do Poder Judiciário, nem mesmo fortalecer a ideia do Estado mínimo, pelo contrário, o Judiciário é essencial à considerável parcela dos conflitos. O que a Mediação Comunitária preza é o estímulo ao diálogo, à consciência de que o cidadão pode solucionar seu conflito de forma amigável, sem necessidade de recorrer ao Judiciário. Daí ser mais fácil o cidadão cumprir o acordo que ele mesmo firmou, com condições alargadas e mais conveniente, que cumprir uma decisão que um terceiro, que nada conhecia de sua realidade, impôs.

Os objetivos da mediação são eminentemente quatro: a solução dos conflitos, a prevenção da má administração dos conflitos, a inclusão social e a paz social. A prioridade imediata é a própria solução do conflito, aparente e oculto, levado à mediação. O que é preciso se destacar é que somente se chega à solução do conflito com o estabelecimento de um diálogo. Não há, como já amplamente explicitado, qualquer imposição de decisão.

A busca pelo diálogo para a solução do conflito deve ser considerado com o um ponto de extrema importância, tendo em vista que é a partir da discussão sobre seus direitos e a resolução realizada pelas próprias pessoas da comunidade que se faz possível constituir uma Justiça realmente cidadã. É por isso que, no processo de mediação, o mediador esclarece que as pessoas envolvidas têm o poder de decisão do conflito que foi levado ao debate, não o mediador. É exatamente por essa razão que os acordos tendem a ser cumpridos, porque são as próprias partes envolvidas que decidem o que é melhor, em uma relação em que ambas saem ganhando, em que o foco da questão é retirado de si e transferido para uma situação geral: família, bairro, sociedade.

A mediação estimula a prevenção da má administração do conflito, pois incentiva: a avaliação das responsabilidades de cada um naquele momento (evitando atribuições de culpa); a conscientização da adequação de atitudes, dos direitos e deveres e da participação de cada indivíduo e para a concretização desses direitos e para as mudanças desses comportamentos; a transformação da visão



negativa para a visão positiva dos conflitos (percepção do momento do conflito como oportunidade para o crescimento pessoal e aprimoramento da relação); e, finalmente, o incentivo ao diálogo, possibilitando a comunicação pacífica entre as partes criando uma cultura do 'encontro por meio da fala', facilitando a obtenção e o cumprimento de possíveis acordos. (SALES, 2007, p.36).

Dessa forma, o cidadão se vê possuidor de direitos e deveres que ele mesmo reconhece, e, para chegar à melhor solução, dialoga, ainda que intermediado por alguém, mas discute qual a melhor estratégia de resolução da diferença. O mediando é corresponsável pelo acordo, não mero espectador.

Como disse Gláucia Falsarella (2003, p. 86):

Tal qual um pastor que, em sua tarefa religiosa, dedica-se a atender às necessidades espirituais, o mediador comunitário deve ouvir as partes, reconhecer os seus clamores e suas emoções e, ao fornecer um ambiente seguro, permitir que as raízes do conflito floresçam. Nesse sentido, há um aspecto restaurativo na justiça comunitária, pelo qual os disputantes podem reconhecer uns aos outros e, desenvolvendo aptidões para a comunicação, trabalham na direção de cura dos danos causados pelo conflito, assim como na aptidão para evitar problemas futuros.

Nessa esteira é que a mediação comunitária se apresenta como forma que ultrapassa a simples eficácia na resolução de conflitos, sendo capaz de gerar o diálogo cidadão, dando ensejo ao surgimento de uma justiça cidadã. A percepção do outro, a aceitação, a informalidade, a oitiva, são características que garantem a viabilidade de uma justiça baseada no fomento da cidadania.

Baseada nessa ideia da solução tradicional, bem como da possibilidade de se estabelecer uma justiça eficaz, que fomente a cidadania, surgiu, em diversas comunidades, uma organização em que pessoas da própria localidade, líderes, se propõem, em regra voluntariamente, a colaborar com a pacificação social e cidadania, como facilitadores do diálogo na busca da pacificação. No Estado do Rio Grande do Sul, a última criação de "casa" de mediação se deu na cidade de Passo Fundo.

O propósito principal desse projeto é garantir o acesso à justiça, num território vulnerável, como são os bairros Zachia e Valinhos, por meio de medidas de descentralização, urbanização e recuperação dos espaços públicos com a efetiva participação dos agentes políticos da própria comunidade. Ao sensibilizar, mobilizar e selecionar os agentes comunitários, formando-os a partir da ação integrada de uma equipe multidisciplinar com sustentação da PMPF e do Ministério da Justiça, o presente projeto irá proporcionar a solução de conflitos envolvendo vizinhos, casais, adultos e jovens, sobretudo aquelas brigas e polêmicas que ocorrem junto ao ambiente escolar. Nesses termos, a Justiça Comunitária é uma ação que visa contribuir



para a democratização do acesso à justiça por meio da mobilização e capacitação de agentes comunitários preparados na gestão de conflitos. A execução do Projeto Estruturação de Núcleo de Justiça Comunitária em Passo Fundo/RS tem por objetivo oferecer à comunidade dos bairros Zachia e Valinhos um serviço de mediação de conflitos desenvolvido por agentes comunitários. Assim, o presente projeto vincula-se ao PRONASCI na medida em que seus fundamentos teóricos e a respectiva base instrumental relacionam-se ao enfrentamento da criminalidade em Passo Fundo, à medida que vincula as políticas de segurança às ações sociais envolvendo várias Secretarias da PMPF, bem como a prioridade à prevenção dos atos infracionais, buscando alcançar as causas que levam a população à prática de tais delitos. Nesses termos, a repercussão do projeto, entre tantas outras, estará centrada na promoção dos direitos humanos, intensificando uma cultura de paz, sem preconceitos de gênero, étnico, geracional, de orientação sexual e de diversidade cultural. Além disso, o projeto irá fortalecer as redes sociais e comunitárias já existentes na região em foco, tal como: o trabalho já desenvolvido pelas Associações de Moradores, pelos Agentes Comunitários de Saúde, pela direção, professores e funcionários da Escola Municipal, buscando sempre criar mecanismos comunitários de promoção da segurança e da convivência pacífica entre os moradores. Por fim, o projeto estabelecerá interfaces com as famílias expostas às práticas de violências, cujos filhos são os adolescentes e os jovens, respectivamente, egressos do CASE e do sistema prisional, buscando dialogar com as políticas públicas existentes no município no sentido da inclusão das mesmas em projetos educativos, esportivos e profissionalizantes, ou seja, participação e inclusão em programas capazes de responder, de modo consistente e permanente, às demandas das vítimas da criminalidade por intermédio de apoio psicológico, jurídico e social.⁴

5 CONCLUSÃO

É visível que a sociedade não pode mais contar tão somente com o auxílio da justiça estatal para usufruir e contar com os serviços públicos, tendo em vista a realidade contemporânea, plural e fragmentada em que se vive, que exige cada vez mais uma concepção de direito que se adapte a essas características.

No tocante à realização da Justiça, a Mediação Comunitária é capaz de oferecer uma justiça cidadã, alterando-se a visão negativa que se tem acerca do conflito, com fundamento da alteridade e na percepção do todo. Ademais, é possível, a partir da Mediação Comunitária, desenvolver o senso no ser humano de que ele faz parte de um contexto maior, bem como que é capaz de reconhecer seus direitos e deveres, chegando, por conseguinte, à resolução dos conflitos.

Sob esse prisma, a jurisdição, enquanto modelo estatal regulatório, é necessária à manutenção da ordem, contudo não pode ser encarada como única possibilidade de resolução de conflitos. Contudo, é preciso que se reconheça que o monopólio da Jurisdição deve ceder espaço às alterações promovidas pelos métodos alternativos

4 Vinculação do projeto com as diretrizes do PRONASCI. Disponível em: < <http://justicacomunitariapf.blogspot.com/p/projeto.html> >, acesso em: 30 jul. 2011.



de resolução dos conflitos, para que se “devolva” à comunidade, parte desta competência, nos espaços onde os cidadãos constroem suas relações.

De fato, a solidariedade é inserida no diálogo, sendo que as pessoas discutem seus problemas, e o conflito deixa de ser algo negativo, que afasta as pessoas, e passa a ser algo pelo qual as pessoas lutam para mudar.

Ao contrário dos ritos da justiça comum, que se mostra aos olhos dos membros da sociedade como lenta, burocrática, sem humanidade, a mediação promove a participação direta da comunidade, resgatando e valorizando o perfil do mediador, bem como o poder de voz dos mediandos. É por isso que novos mecanismos estão sendo utilizados como forma autêntica e democrática na resolução de litígios, oriundos dessa ausência de justiça estatal, como a mediação comunitária. Ela fomenta a participação dos cidadãos na tomada de decisões, facilita o acesso à justiça, como também promove a responsabilização dos sujeitos e auxilia na educação comunitária.

Portanto, a mediação comunitária é uma prática emancipatória na medida em que revela no cidadão a capacidade que o mesmo possui de, por si só, reconhecer direitos e deveres e administrá-los. A mediação transfere a capacidade de determinação do Estado para os cidadãos, além de colocá-los como corresponsáveis pelo conflito existente e pela harmonia coletiva.

A Justiça Comunitária, podendo assim ser chamada, é uma justiça em que as pessoas envolvidas, seja mediadores ou mediandos, têm a noção e a responsabilidade de que são atores de suas próprias vidas e de que fazem parte de uma coletividade, fomentando a participação social.

REFERÊNCIAS

BLOG JUSTIÇA COMUNITÁRIA em Passo Fundo, disponível em: < <http://justicacomunitariapf.blogspot.com/>> acesso em: 30 jul. 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José de Luis. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente. In: SPENGLER, F; CESAR LUCAS, D. *Conflito, jurisdição e direitos humanos*: (des) apontamentos sobre o novo cenário social. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem*: alternativas à jurisdição. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BUBBER, Martin. *Sobre comunidade*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

ETZIONI, Amitai. *La tercera vía hacia una buena sociedad*. Propuestas desde el comunitarismo. Prólogo de José Pérez Adán. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FALSARELLA, Foley Gláucia. *Justiça comunitária, por uma justiça de emancipação*. Minas Gerais: Fórum, 2003.

GONÇALVES, Gisela. *Comunitarismo ou liberalismo*. Disponível em: < <http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>> Acesso em: 30 jul.2011.



MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: ARTMED, 1998.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice - social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Editora Cortez, 1996.

SCHMIDT, João P. Exclusão, inclusão, e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, R; REIS, J.R. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. Tomo 6.

SPENGLER, Fabiana. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998.

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

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. A globalização alternativa como estratégia de desenvolvimento Estado-nação. *Desenvolvimento em questão*, Ijuí, n.1, 2003, p. 151-168.



CAPÍTULO V

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO EFETIVADORES DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA¹

Tamires Becker Ferreira²

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O mundo está em constante transformação, porém, nas últimas décadas essa transformação tem se dado de forma mais acelerada, de modo que a própria sociedade não consegue acompanhar a evolução. Paradigmas foram quebrados, e, dessa forma, o direito brasileiro viu-se obrigado a também sofrer uma mudança radical.

Neste cenário da crise estatal, pode se destacar a globalização como uma das vilãs, pois foi a responsável pelo estreitamento nas relações entre os Estados. À primeira vista, tal estreitamento nas relações pode parecer trazer apenas benefícios, todavia, em virtude disso, o ente estatal acabou perdendo parte da sua autonomia e soberania, e a jurisdição (que antes possuía limites bem definidos) acabou sendo ampliada, no intento de abarcar demandas que transcendessem ao território antes limitado (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 76-80).

Por outro lado, ao perder parte de sua soberania, o Estado teve que acatar direitos estipulados no plano internacional, os quais superavam a ideologia individualista vivenciada, o que acabou pondo fim ao engessamento do ordenamento jurídico brasileiro até então conhecido, trazendo a exigência de efetivação de novos direitos, o que culminou com a necessidade de modificação da Carta Magna. (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 76-80).

O direito do século XX já não conseguia mais atender às demandas de uma sociedade tão complexa e conflituosa e foi neste momento que a Constituição Federal de 1988 surgiu, representando o avanço tão necessário no ordenamento jurídico pátrio (CARDOSO, [200? b], p. 21).

Conforme bem declarado por Humberto Theodoro Junior,

1 Texto produzido a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto.

2 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Prof^ª Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto. Advogada.



[...] no século XX, todavia, o coletivo ou social passou a ser a tônica da política governamental e legislativa em todos os países do mundo civilizado, mesmo naqueles em que a ideologia se rotulava de capitalista e liberal ou neoliberal. A política constitucional deixou, então, de atuar como simples tarefa de declarar direitos, tal como prevalecera nos séculos XVIII e XIX. As Cartas contemporâneas, refletindo a consciência social dominante, voltaram-se para a efetivação dos direitos fundamentais. Assumiu-se, dessa maneira, o encargo não só de defini-los e declará-los, mas também, e principalmente, de garanti-los, tornando-os efetivo e realmente acessíveis a todos. O Estado Social de Direito pôs-se a braços com a tarefa nova de criar mecanismos práticos de operação dos direitos fundamentais. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 05).

Deste modo, a Carta Magna brasileira passou a desafiar a estrutura deste direito arcaico ao trazer consigo finalidades sociais específicas, positivadas em seus artigos 3º e 170, dentre elas a solidariedade entre os indivíduos da sociedade, a fim de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, na qual todos são responsáveis por:

Art. 3º. I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Antes de se continuar o estudo do tema proposto, importante destacar as lições do nobre doutrinador Ferdinand Lassalle, para o qual existem dois tipos de constituições, a real e a jurídica. A real é formada por fatores reais de poder, ao passo que a jurídica é tida como um mero pedaço de papel. Ou seja, uma constituição não pode jamais ser imposta ao seu povo, ao contrário, ela deve emanar de fatos históricos, pois, só assim, será efetiva e respeitada por todos (HESSE, 1991, p. 9-32).

[...] em outros termos, somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de razão de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. [...]. As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las. (HESSE, 1991, p. 16-17).



Diante do exposto, pode-se classificar a Constituição brasileira como real, uma vez que emanou da vontade do povo, o qual clamava por democracia³. Ela surgiu atenta aos fatos históricos brasileiros anteriores e paralelos à sua criação e trouxe, em seu bojo, a nova era do direito brasileiro, ao acatar a nova ordem jurídica mundial, voltada aos direitos fundamentais e sociais, o que faz com que seja a constituição mais respeitada e efetiva dentre todas as anteriores.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS INOVAÇÕES: O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E O ACESSO À JUSTIÇA

Destarte, pode-se dizer que a partir da CF/88 surgiram novos direitos, os direitos sociais e fundamentais, dentre eles o acesso à justiça e a solidariedade. A Carta Magna mostra a que veio já em seu preâmbulo, no qual dá conta da nova ideologia trazida pelo novo Princípio da Solidariedade, também encontrado no artigo 3º, conforme anteriormente mencionado.

Por ser um princípio relativamente novo, existem dúvidas acerca de como deve ser interpretado o Princípio da Solidariedade. Aqui trabalhar-se-á com duas hipóteses, o princípio da solidariedade enquanto garantidor da dignidade da pessoa humana; e enquanto efetivador da nova gama de direitos trazidos pela Constituição Federal, intitulados direitos e garantias fundamentais e sociais, os quais se confundem com a dignidade da pessoa humana, pois, uma vez efetivados, garantem aquela.

Importa destacar que tal princípio, ao afirmar que todos são responsáveis pela efetivação do bem-estar social, visa afastar o individualismo existente nas relações inter-pessoais, oriundo dos séculos anteriores. Entretanto, ele não pode ser entendido como um princípio que visa à caridade, pois seu real objetivo é “pensar a solidariedade como veículo condutor da concretização dos direitos sociais. É por meio de uma democracia realizada solidariamente que a sociedade se encontra na sua missão social” (REIS; FONTANA, 2010, p. 3327).

A solidariedade não é mais um aparato estatal para se exigir desenvolvimento social, mas, sim, um contributo moral constante na Constituição atual, que necessita se construir em preceito usual de todos os setores da sociedade, a fim de rechaçar o excesso de individualismo a buscar a realização equilibrada dos direitos sociais. (REIS; FONTANA, 2010, p. 3331).

3 O clamor por democracia, à época, era imensurável, haja vista ser a Constituição de 1988 precedida pela ditadura militar. A Constituição de 1988 é considerada um marco na história do Brasil, pois instituiu a democracia após anos de ditadura. Dentre as sete Constituições que o Brasil teve (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 e uma emenda, que é considerada por alguns como uma Constituição, a Emenda Constitucional n. 1, de 1969), três foram ditatoriais, as de 1937, 1946 e 1967, sendo que nesta última, antecessora da atual, foi instaurado o Ato Institucional n. 5, que representou o momento máximo de ditadura no Brasil. Nesse sentido, ver BERNI, Duílio Landell de Moura. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 201-209.



Embora possa existir divergência a respeito do que tal princípio visa garantir, não há dúvida que seu foco é ampliar a responsabilidade de efetivação, antes concentrada na figura do Estado, a toda a sociedade:

[...] a Carta Magna traça um compromisso não apenas do Estado para com o cidadão. Traça, também, um liame entre os próprios cidadãos, fulcrado no princípio de que todos devem cooperar para o bem-estar coletivo, ou seja, se solidarizando com a obrigação do Estado Social Democrático. (CARDOSO, [200? a], p. 2).

Ao afirmar que o Princípio-Valor da Solidariedade objetiva que todos unam esforços no intento de cooperar para o bem-estar coletivo, resta evidente que a solidariedade não se resume, apenas, a garantir condições para a dignidade da pessoa humana, mas, também, a garantir os direitos sociais e fundamentais.

Assim como o Princípio-Valor da Solidariedade, a democracia, também considerada um valor, está intrinsecamente ligada à qualidade de vida de todos, à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual deve ser sempre defendida por toda a sociedade (REIS; FONTANA, 2010, p. 3325).

No mesmo diapasão, o acesso à justiça tem relação direta com a dignidade da pessoa humana, pois é um dos garantidores da democracia. Desse modo, o acesso à justiça pode ser considerado um sinônimo de democracia, uma vez que a solidifica.

[...] o acesso à justiça complementa a necessária providência quanto à qualidade de vida de todos, já que a sustentabilidade do Estado de Direito, mormente o caráter democrático, é, também, um contributo social. (REIS; FONTANA, 2010, p. 3317).

Além de sinônimo da democracia, o acesso à justiça é considerado uma garantia fundamental, positivado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, o qual prevê o respectivo direito de acesso à justiça a todas as pessoas enquanto indivíduos ou coletividade. Assim, enquanto direito fundamental, é responsabilidade de todos a sua efetivação.

Ocorre que a sociedade muitas vezes não cumpre sua parte, seja por impossibilidade ou por confiar que o Estado irá cumprir com todas as suas obrigações. O Estado, por sua vez, não consegue efetivar sozinho todos os direitos sociais. É nesse cenário, no qual todos são responsáveis, que o acesso à justiça, como tantos outros direitos sociais e fundamentais, foi ficando para trás, esquecido, ou não, pelo Estado, que já não possuía mais meios e condições de efetivar essa garantia fundamental.

Assim, conseqüentemente, o acesso à justiça voltou a fazer parte das discussões de “estudiosos e operadores jurídicos como um tema de grande relevância na



sociedade moderna, já que esta situação revela-se altamente paradoxal, na medida em que temos um acesso possível, mas altamente improvável” (VIAL, 2005, p. 68).

A questão da crise do acesso à justiça se deve a inúmeros fatores e não somente à incapacidade do Estado de provê-la aos cidadãos. Todavia, aqui não se busca estudar as causas que culminaram com a problemática da crise de acesso à justiça.

Não obstante, para melhor entendimento do estudo proposto na sequência, faz-se extremamente necessário estabelecer que existe diferença entre os conceitos de acesso à justiça e acesso à jurisdição e esclarecê-la.

Nesse sentido, tem-se que o acesso à jurisdição configura-se como um meio de se atingir o acesso à justiça, pois representa a mera possibilidade de demandar o Judiciário, na busca por justiça.

Por seu turno, o acesso à justiça ultrapassa a simples possibilidade de demandar em juízo, a faculdade de movimentar o Poder Judiciário. O conceito de acesso à justiça vai além, possui um caráter mais abrangente – ele transpõe a barreira do acesso à máquina do Poder Judiciário – na medida em que visa que o maior número de pessoas tenha acesso não só ao Judiciário, mas também a uma prestação jurídica de forma adequada e justa⁴ (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 39).

Corrobora desse entendimento o doutrinador Kazuo Watanabe, para o qual, o Princípio do Acesso à Justiça não assegura “apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 1996, p. 20).

Em suma, o acesso à justiça não se limita a proporcionar às partes o direito de demandar em juízo, mas oferece, também, o direito a uma prestação jurisdicional que combine celeridade com as garantias, princípios e direitos do devido processo legal, duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa, dentre outros. Ou seja, o acesso à justiça oferece ao cidadão uma prestação jurisdicional justa. Destarte,

[...] *acesso á justiça* não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso ao juízo [...].

O acesso à justiça é, pois, a ideia central que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípios do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade

4 Para melhor entendimento sobre acesso à justiça, ver, também, LIMA FILHO, Francisco das C. Os movimentos de acesso à justiça nos diferentes períodos históricos. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, MS, v. 2, n. 4, jul./dez. 2000. p. 32. Disponível em: <<http://www.unigran.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011.



de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. (grifado no original) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 39-40).

Este é também o entendimento de Vial (2005, p. 69-70) para a qual o acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal,

[...] é elevado à categoria de direito fundamental, conforme prevê o art. 60, §4º, inc. IV da CF/88, e por isso não pode significar mera admissão ao processo, ou acesso ao judiciário. A expressão é mais abrangente. Toda a estruturação do sistema judiciário brasileiro tem sua base no texto constitucional, e a preocupação fundamental com o acesso à justiça deve produzir uma igualdade “in concreto” e não simbólica, muito embora saibamos da dificuldade de implementarmos uma efetiva igualdade em um contexto paradoxal como o nosso.

Cientes de que o acesso à justiça não se restringe somente ao acesso ao poder judiciário, mas também o acesso a uma ordem moral, que parte do pressuposto justo/injusto. Nesse sentido, Watanabe demonstra que o acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais, não basta o acesso ao Poder Judiciário enquanto instituição, mas também na viabilização de atender a uma expectativa, ou seja, o acesso à ordem jurídica justa.

Uma vez esclarecida a diferença entre os conceitos de acesso à justiça e à jurisdição, pode-se concluir que, hoje, a busca é pela efetivação do acesso à justiça, pelo alcance da ordem jurídica justa, principalmente no que diz respeito com a morosidade processual.

E isso porque o Estado, baseado nas três famosas “ondas” de autoria dos doutrinadores Bryan Garth e Mauro Capelletti, já ultrapassou as barreiras de acesso ao Poder Judiciário, persistindo, quase que unicamente, o problema do acesso à ordem jurídica justa.

Os três momentos distintos que cuidaram em trazer soluções para promover o acesso à justiça são divididos em três ondas. A primeira é marcada pela assistência judiciária gratuita, a segunda, diz respeito à representação dos direitos difusos, e, por fim, a terceira, chamada de enfoque de acesso à justiça, abarca as duas ondas anteriores (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

Assim, uma vez vencida (ainda que talvez não totalmente, ou não nos padrões esperados) a questão do acesso de todos ao seu direito de demandar e se defender em juízo, a preocupação atual reside na questão do acesso à justiça, principalmente em relação à morosidade processual.

O maior desafio dos operadores do direito tem sido conciliar as garantias do



devido processo legal, duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa, com a celeridade processual. Garantir a segurança jurídica e, ao mesmo passo, prestar uma justiça em tempo hábil tem sido uma árdua tarefa, um verdadeiro desafio, uma arte, consolidada apenas por aqueles dotados de muita habilidade.

Nesse sentido, para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o tempo configura-se em um dos obstáculos a serem combatidos para que se consiga alcançar a justiça, uma vez “que a justiça que não cumpre com suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20-21).

Do mesmo modo, Humberto Theodoro Júnior entende que, “mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 11).

Por fim, Roger Perrot, citado pelo doutrinador supra, compartilha desse ponto de vista, e deixa implícita a necessidade de novas políticas públicas para a efetivação do acesso à justiça, haja vista que acredita que “continua a existir um descompasso entre a demanda e a oferta dos serviços judiciários, frustrando a garantia constitucional de acesso à justiça” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 11).

Assim, cientes da necessidade de modificação da realidade a fim de se efetivar o acesso à justiça, bem como do significado do Princípio da Solidariedade, não restam dúvidas que é dever de todos e de cada um fazer o que estiver ao seu alcance para garantir o objetivo comum de acesso à justiça.

Todavia, é evidente que o indivíduo sozinho pouco pode fazer para modificar essa situação. Cabe a ele “apenas”⁵ trabalhar para evitar o demandismo exacerbado hodiernamente existente, o qual é um dos principais vilões da crise do acesso à justiça.

Entretanto, tais medidas individuais, como a retomada do diálogo⁶ entre as pessoas a fim de se evitar um litígio, e, talvez, realizar acordos antes mesmo de se levar tal contenda ao Judiciário; ou, a retomada para si do poder de decidir suas próprias vidas⁷, não é o suficiente para resolver a problemática hoje instaurada.

5 Diz-se apenas entre aspas, pois a possibilidade de o indivíduo trabalhar na prevenção ou resolução dos conflitos por sua própria conta é uma pequena parte de tudo o que tem a ser feito para realmente modificar este cenário de crise. Todavia, embora possa parecer apenas uma pequena parcela, deve-se ressaltar que o demandismo exacerbado é um dos maiores vilões (se não o maior) da problemática de morosidade no Poder Judiciário.

6 A fala é um marco na história do homem, pois é o que nos diferencia dos animais. Porém, esta capacidade de dialogar, tão importante para nos caracterizar como homens, como seres racionais, tem sido cada vez menos explorada e praticada no cotidiano, provavelmente em função das modificações que a globalização e a “evolução” (até onde pode ser considerada como evolução?) impuseram em nossas vidas, alterando radicalmente a rotina das pessoas que cada vez possuem menos tempo para conversar e tentar resolver seus problemas de forma racional.

7 Neste sentido, importa destacar que ao proibir a autotutela, o Estado evocou para si a tarefa de dizer o direito das pessoas. Aqui não se defende que deve existir a autotutela, mas sim que alguns casos menores poderiam sim ser resolvidos entre as pessoas, desde que não se fizesse uso da força. Nesse diapasão, importa trazer à baila os ensinamentos de Nalini, para o qual, a partir da proibição da autotutela, o Poder Judiciário passou, gradativamente, a ser visto como



Diante desta situação, questiona-se quem detém o poder, quem é capaz de modificar essa problemática. Por evidente que o Estado também é o responsável por garantir o efetivo acesso à justiça. Ocorre que o Estado também não tem se mostrado eficaz no cumprimento de suas tarefas, dentre elas, assegurar a concretização do Princípio do Acesso à Justiça.

Nesta senda, calha referir que a retomada dessa velha discussão sobre acesso à justiça (já trabalhada por Garth e Capelletti) inspirou novas políticas públicas. E isso porque, uma vez que o Estado não consegue efetivar todos os direitos sociais e garantias fundamentais por ele criados, surgem as demandas sociais que, por sua vez, transformam-se em políticas públicas.

3 DEMANDAS SOCIAIS, MOVIMENTOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: UM CLAMOR SOCIAL REGIDO PELO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

As demandas sociais, de forma geral, são fruto de necessidades previstas pelo Estado, mas por ele não efetivadas ou efetivadas de forma insuficiente e não satisfatória, ou então, oriundas de novas necessidades, até então não previstas e, por conseguinte, não positivadas e, desse modo, não supridas pelo ente estatal.

[...] os movimentos sociais tanto podem atuar pressionando o poder estatal para que garanta a efetivação de direitos outrora alcançados, como na luta e mobilização pela conquista de novos direitos que venham a suprir suas necessidades. (CUSTÓDIO; MENDES, 2010, p. 2976).

É no intento de atender a interesses comuns que grupos de pessoas se unem, formando, desse modo, os movimentos sociais. Para Gohn (2004, p. 251-252), os movimentos sociais são:

[...] ações sociopolíticas construídas por atores sociais coletivos pertencentes a diferentes classes e camadas sociais, articuladas em certos cenários da conjuntura socioeconômica e política de um país, criando um campo político de força social na sociedade civil.

[...]

[...] as ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva para o movimento, a partir dos interesses

a última trincheira, um lugar para as partes serem vistas, ouvidas e fazerem justiça. Discorre ele que: "recorrer à Justiça parece a única alternativa para quem vê falhar o cumprimento espontâneo das obrigações e a quebra dos compromissos em todas as esferas. O Judiciário seria a *última trincheira*, aquela que resta quando tudo o mais falhou." In: NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 109.



em comum.

Apesar de serem formados por atores coletivos, provenientes de diferentes classes e camadas sociais, os movimentos sociais possuem uma identidade coletiva, pois seus indivíduos encontram-se unidos pelo interesse comum. Diante disso, resta evidente que o Princípio da Solidariedade é intrínseco a esses novos movimentos.

[...] as práticas e valores dos movimentos sociais são pautados pelo princípio da solidariedade, sendo um valor intrínseco dos novos movimentos sociais.

[...]

[...] a solidariedade é um princípio de referência interior do movimento, advindo da igualdade de experiências, de conflitos, interesses e carências submetidas a seus membros e que os torna, sob uma visão externa, iguais. (CUSTÓDIO; MENDES, 2010, p. 2963-2964).

Percebe-se que os movimentos sociais são pautados pelo Princípio da Solidariedade na medida em que os atores entendem a importância da participação de todos os integrantes, inclusive na tomada de decisões⁸. Dessa forma, pode-se dizer que os movimentos sociais guarnecem e incentivam a democracia, haja vista necessitarem e defenderem a participação ativa de todos os integrantes:

O princípio da democracia nos movimentos sociais não se apresenta apenas em suas práticas, mas está presente no íntimo de seus membros, que percebem o outro como igual, reconhecendo cada um como componente de um todo, valorizando a participação de cada membro no conjunto coletivo. (CUSTÓDIO; MENDES, 2010, p. 2974).

Conforme mencionado anteriormente, os movimentos sociais são oriundos de grupos de pessoas com interesses comuns. Os objetivos perseguidos pelos movimentos sociais em sua maioria acabam obtendo êxito e transformando-se em políticas públicas, as quais, via de regra, devolvem ao Estado o poder de exercer sua função estatal e, dessa forma, cumprir seu papel em relação à demanda social em questão.

⁸ Neste sentido, ver também VIOLA; MAINWARING, p. 159, para os quais: “Os movimentos valorizam graus elevados de participação nas decisões internas e buscam bases consensuais de decisão (em contraste com a busca de uma maioria simples). Rejeitam as relações elitistas e hierarquizadas, valorizam a solidariedade e preferem a expressividade pessoal, em lugar das relações instrumentais, favorecendo a cooperação em lugar da competição”. Em: VIOLA, Eduardo; MAINWARING, Scott. Novos movimentos sociais, cultura, política e democracia: Brasil e Argentina. In: SCHERER-WARREN, Ilse; KRISCHKE, Paulo J. (Org.). *Uma revolução no cotidiano? Os novos movimentos sociais na América Latina*. São Paulo: Brasiliense, 1987.



Neste sentido, cumpre salientar que os movimentos sociais atuam no campo político. Ou seja, não é competência dos movimentos exercer a função estatal, eles não detêm poder para isso. Limitam-se a fiscalizar e reivindicar que o Estado cumpra com sua função (CUSTÓDIO; MENDES, 2010, p. 2964-2965).

Corrobora deste entendimento o doutrinador Vieira (2004, p. 395), para o qual o campo de atuação dos movimentos sociais é o espaço político, uma vez que

[...] a função dos movimentos sociais não é o exercício do poder, mas lutar pela delimitação e orientação da ação do poder estatal, para que ele cumpra as tarefas para as quais ele existe como instituição responsável para gerir as necessidades objetivas, desempenhando-as a partir do interesse coletivo.

Deste modo, como os movimentos sociais somente atuam na esfera política, para que os objetivos por eles perseguidos sejam efetivados, é necessário que o Estado passe a intervir, concretizando as propostas trazidas pelos movimentos.

As políticas públicas são um instrumento de concretização das reivindicações dos movimentos sociais, na medida em que

[...] são ações de Governo, portanto, são revestidas da autoridade soberana do poder público. Dispõem sobre “o que fazer” (*ações*), “aonde chegar” (*metas* ou objetivos relacionados ao estado de coisas que se pretende alterar) e “como fazer” (*estratégias de ação*). (RODRIGUES, 2010, p. 53).

Nesta senda, importante definir que

[...] política pública é o *processo* pelo qual os diversos grupos que compõem a sociedade – cujos interesses, valores e objetivos são divergentes – tomam decisões coletivas, que condicionam o conjunto dessa sociedade. Quando decisões coletivas são tomadas, elas se convertem em algo a ser compartilhado, isto é, em uma política comum. (RODRIGUES, 2010, p. 13).

Diante do conceito acima transcrito, resta evidente que as políticas públicas são oriundas da atividade política de diversos grupos, ou seja, dos movimentos sociais. Como são fruto de ações políticas, tornam-se necessárias ações estratégicas a fim de se implementar e concretizar os objetivos e reivindicações por elas trazidos. Assim, as



[...] políticas públicas resultam, portanto, da atividade política, envolvem mais de uma decisão política e requerem várias ações estratégicas destinadas a implementar objetivos desejados.

Constituem um conjunto articulado de ações, decisões e incentivos que buscam alterar uma realidade em resposta a demandas e interesses envolvidos. Essas ações são desencadeadas por atores que lidam com algum problema público e são desenvolvidas por instituições públicas governamentais pelo processo político (legislativo, judiciário, tribunais de contas, ministério público etc.) que as condicionam. O objetivo é assegurar que o desempenho dessas instituições esteja a serviço do interesse público e submetido ao controle democrático. (RODRIGUES, 2010, p. 52 - 53).

Destarte, uma vez vencidas as explicações do que vem a ser um movimento social e no que consistem as políticas públicas, torna-se clarividente que a mediação é uma política pública criada em resposta à preocupação com a efetivação do acesso à justiça.

Ou seja, conforme abordado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo o princípio e garantia fundamental do acesso à justiça. Uma vez que o Estado não conseguiu cumprir com seu papel de efetivar e garantir tal direito, surgiram movimentos sociais focados na concretização do acesso à justiça.

Tal preocupação com o assunto tomou proporções maiores, de modo que os movimentos sociais em prol da efetivação do acesso à justiça deram origem à política pública da mediação como resposta ao clamor por uma ordem jurídica justa.

Essa colocação torna possível a conclusão de que os movimentos sociais também são fontes do direito, pois

A incapacidade estatal de gerar normas capazes de atender às necessidades sociais implica necessariamente “alargamento dos centros de produção jurídica”, ganhando destaque os movimentos sociais como representantes das necessidades coletivas. (CUSTÓDIO; MENDES, 2010, p. 2975).

Nesse mesmo sentido, assevera Wolkmer (2001, p. 240) que,

Na medida em que os movimentos sociais são encarados, quer como sujeitos detentores de uma nova cidadania apta a lutar e fazer valer direitos já conquistados, quer como nova fonte de legitimação da produção jurídica, nada mais natural do que equipará-los à categoria de ‘novos sujeitos coletivos de Direito’.



Diante do exposto, conclui-se que os movimentos sociais, também considerados fonte do direito, deram origem à política pública da mediação, mecanismo alternativo de solução das controvérsias, o qual surgiu diante do clamor por uma nova ordem jurídica justa.

Nesta seara, dada a importância que a mediação assumiu hodiernamente, o estudo seguirá na análise do novo instituto da mediação, seu conceito, objetivos, características e espécies, especificamente a mediação comunitária.

4 A MEDIAÇÃO E SUA MODALIDADE DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO MEIOS EFETIVADORES DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E DA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

A história da mediação no Brasil é marcada pela existência de dois projetos, os quais foram unificados e passaram de casa em casa (Senado Federal e Câmara dos Deputados) esperando por uma aprovação que até hoje não ocorreu.

Em 1998, foi criada no Brasil a Comissão de Mediação, a qual foi instituída por Sálvio Figueiredo, e era a encarregada da redação do anteprojeto que instituiria a Mediação no País. Em virtude da paralisação do projeto da comissão e frente à existência do Projeto de Lei n. 4.827/98, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, o qual também versava sobre a mediação, a Secretaria de Reforma do Judiciário, então responsável pelo anteprojeto elaborado pela Comissão de Mediação, convocou o Instituto Brasileiro de Direito Processual, bem como os responsáveis pela redação do Projeto de Zulaiê, a fim de unificar a redação de ambos os projetos, uma vez que se destinavam a regular a mesma matéria (CALMON, 2010, p. 8-9).

Após a fusão dos textos e as inúmeras reuniões realizadas pela Secretaria de Reforma do Judiciário, esta entregou a versão final do projeto ao Senador Pedro Simon, relator do Projeto Zulaiê junto ao Senado (CALMON, 2010, p. 9).

Conforme afirma o doutrinador Petrônio Calmon, este talvez tenha sido o maior erro na história da mediação no Brasil, haja vista que, como o texto já havia sido aprovado na Câmara dos Deputados, restava apenas que ele fosse apresentado como

[...] substitutivo do Senado Federal. Esse erro custou caro. O Senador demorou muito em estudos e aceitou sugestões e pressões de pessoas que claramente demonstravam interesses egoístas de prevalecer suas ideias isoladas. Além disso, vários setores da sociedade tentaram influenciar, desde psicólogos, que não queriam que os mediadores fossem advogados, até juízes que até hoje querem manter uma espécie de monopólio judicial da conciliação. (CALMON, 2010, p. 9).

Em virtude deste erro, o projeto sofreu diversas modificações, tendo retornado à Câmara dos Deputados (depois de admitido no Senado Federal) somente em 13



de julho de 2006, quase dez anos após o início dos trabalhos (CALMON, 2010, p. 9).

Embora o projeto tenha sido admitido no Senado Federal e seu texto aprovado de pronto pelo relator da câmara, depois de mais de doze anos de discussões, o projeto ainda não foi finalizado, ainda não foi aprovado.

Diante deste breve esboço histórico trazido à baila, resta evidente que a mediação é um instituto considerado “informal”, uma vez que ainda não foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Em virtude disso, infelizmente, esse mecanismo continua sendo conhecido por apenas uma pequena parcela da população, o que faz com que ainda não seja utilizado em larga escala.

Todavia, em que pese seja um mecanismo desconhecido pela maioria e ainda que sua aplicação seja reduzida, já vem mostrando resultados positivos nas comunidades que vêm utilizando este instituto como uma forma alternativa de tratar os conflitos, como é o caso da comarca de Santa Cruz do Sul/RS.

Tal questão fica comprovada pelo fato de o anteprojeto do novo Código de Processo Civil trazer em seus artigos a preocupação com a instauração da previsão de utilização da mediação, mesmo com a pendente aprovação do Projeto de Lei da Mediação, conforme anteriormente referido.

E isso porque a mediação traz uma proposta diferente, inovadora e eficiente. A palavra mediação é oriunda do latim, *mediare*, e significa “mediar, dividir ao meio ou intervir” (SALES, 2004, p. 23).

Esta é a tarefa do mediador. O mediador deve ser um terceiro, imparcial, que se coloca entre as partes para mediar o diálogo entre elas. Ele é, na verdade, um facilitador, pois incentiva os mediados a aprimorar ou restabelecer uma comunicação, um diálogo, a fim de fazer com que as próprias partes encontrem uma solução para seus problemas, haja vista que, ao mediador, não é permitido sugerir soluções, ao contrário do conciliador.

Mediação é a intervenção de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos no conflito, facilitando o diálogo ou incentivando o diálogo inexistente, com vistas a que as próprias partes encontrem a melhor forma de acomodar ambos os interesses, resolvendo não somente o conflito latente, quanto a própria relação antes desgastada, permitindo sua continuidade pacífica. (CALMON, 2007, p. 109).

Antes de continuar o estudo acerca da mediação, importante transcrever o sucinto, mas completo, conceito trabalhado por Santos (2008, p. 8-9), para o qual

A mediação é um método autocompositivo de prevenção e resolução de conflitos entre dois ou mais indivíduos, desenvolvida mediante a intervenção não decisória de um terceiro imparcial – o mediador –, que se vale de técnicas de comunicação para facilitar o diálogo



entre os conflitantes – os mediados –, contribuindo deste modo para que possam compreender e satisfazer seus interesses, necessidades e possibilidades, e, se possível, para que se tornem capazes de estruturar um acordo mutuamente aceitável.

Uma das principais características da mediação é que a difere de todos os outros meios de resolução de conflitos é a questão do incentivo do diálogo. A mediação pode ser tida como uma criadora de comunicação entre as partes, pois seu objetivo maior é fazer com que as pessoas trabalhem a questão da comunicação e o interesse em resolver sozinhas seus próprios problemas (SALES, 2004, p. 27).

Deste modo, o mediador atua como uma figura que somente irá conduzir o diálogo entre as partes, fazendo intervenções quando estas forem necessárias (principalmente para se manter a ordem) e realizando perguntas no intento de que a conversa flua, no fito de que os mediados sintam-se à vontade para contar o problema, desabafar, falar de seus medos, angústias e descontentamentos, até que, livres de todos esses sentimentos que os prendiam, possam encontrar uma solução, sozinhos, e que seja a melhor para todos os envolvidos.

Ao passo que na mediação cabe ao mediador a tarefa de propiciar e incentivar a comunicação entre as partes, facilitando-a no intento de que os mediados conquistem a autocomposição sem que ocorra qualquer sugestão por parte do mediador, ao juiz de direito cabe, primeiramente, ouvir as partes e, após, fazer sugestões de acordos ou impor sua decisão. Logo,

[...] enquanto em juízo tudo se movimenta em torno do magistrado (autoridade que tem poder de decidir e de dizer quem ganha e quem perde o processo), na mediação, os conflitantes se responsabilizam pelo tratamento do litígio. A figura do mediador não possui papel central; via de regra, possui papel secundário, poder de decisão limitado ou não oficial; ele não pode unilateralmente obrigar as partes a resolverem a contenda ou impor decisão. Deve mediá-las ou reconciliar os interesses conflitivos, conduzindo para que elas concluam com o seu impulso a melhor solução. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2009, p. 154).

Diante do exposto, resta evidente que dentre os objetivos que permeiam a mediação destacam-se a solução e a prevenção de conflitos, a inclusão social e a paz social.

O processo de mediação apresenta grande complexidade, sendo difícil delimitar seus objetivos principais. Através da atividade da mediação, podem ser percebidos mais evidentemente quatro objetivos: solução dos problemas (pela visão positiva de conflito e da participação ativa das partes via diálogo, configurando a responsabilidade pela solução), prevenção de conflitos, inclusão social (conscientização de direitos, acesso à justiça) e paz social. (SALES, 2004, p. 27).



No que tange à mediação, importa referir que esta não foi criada somente no intento de resolver a problemática do acesso à justiça, principalmente no que diz respeito à celeridade processual.

Esta política pública foi pensada como algo maior e diferente de tudo o que fora visto até então. E isso porque ela visa proporcionar à população um modo diferente de resolver e tratar seus conflitos. A mediação volta sua atenção e preocupação para o tratamento do conflito existente entre as partes envolvidas.

Embora seu objetivo maior não seja a celeridade processual, e sim o tratamento do conflito, a mediação acaba agindo, inevitavelmente, diretamente na questão do tempo do processo, contribuindo para que este seja mais célere e assim, consequentemente, a prestação jurisdicional também.

Isto posto, torna-se fácil compreender o motivo pelo qual a mediação é, também, considerada uma política pública de solução para a problemática do acesso à justiça, pois oferece uma ordem jurídica mais justa a todos, não só pela celeridade que traz consigo, mas também, e principalmente, pela qualidade do serviço prestado, o qual dispensa maior atenção e cuidado ao litígio apresentado.

Assim como os processos judiciais são regidos e orientados por princípios balizadores tanto do procedimentalismo quanto na questão de valores a serem observados, a mediação também é regida por alguns princípios, os quais podem variar, havendo, no entanto, um grupo de princípios os quais são inerentes a todas as modalidades de mediação.

Embora não possua um procedimento específico que a torne engessada, permitindo, deste modo, ao mediador criar e conduzir as sessões de acordo com as necessidades das partes, todas as modalidades de mediação devem observar e respeitar os princípios da “liberdade das partes, não competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo, confidencialidade no processo” (SALES, 2004, p. 44).

O presente artigo não se destina a estudar os princípios que regem a mediação, motivo pelo qual limitar-se-á à simples citação dos princípios reguladores do instituto. Por outro lado, mister destacar que o Princípio da Solidariedade, já conceituado no início do trabalho, também pode ser encontrado na mediação de uma forma geral, ainda que não esteja listado dentre os princípios de observância obrigatória.

Nesta senda, imperioso salientar que o Princípio da Solidariedade está, de certa forma, inserido na mediação, haja vista que, nesta forma de resolução de conflitos, é imprescindível a participação ativa dos envolvidos, pois somente a partir de sua efetiva participação e contribuição a mediação poderá atingir seu objetivo e retribuir aos participantes com uma resposta positiva ao conflito por eles apresentado.

Para que a mediação tenha um resultado positivo para todos que dela participam, é necessário que cada um faça sua parte, seja no interesse por dialogar e resolver a pendência, seja na paciência e educação para ouvir o que o outro tem a dizer, na humildade em reconhecer suas falhas ou na prestatividade ao ceder (de



forma positiva que não venha a prejudicar nenhuma das partes envolvidas), sugerir (soluções, acordos, etc.) e aceitar formas de resolver o litígio.

Em suma, na mediação todos são responsáveis pelo sucesso dela e cabe a cada um fazer a sua parte para que se obtenha um resultado positivo, assim como ocorre com as garantias e direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, cuja efetivação, conforme já explicado anteriormente, é de responsabilidade não só do ente estatal, mas, também, de todos os cidadãos.

No que diz respeito à mediação comunitária, tem-se que esta apresenta todas as características gerais da mediação. Ela é realizada por um mediador, um terceiro independente e imparcial que deve incentivar a resolução e prevenção de conflitos, além da criação de laços entre os mediandos. O mediador tem o papel de mostrar às partes que elas possuem capacidade para resolver seus problemas por si próprias, além de levar à comunidade o sentimento de inclusão social, de cidadania e de participação na vida social (SALES, 2004, p. 134).

A mediação comunitária possui como objetivo desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz. Busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica e contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz. (SALES, 2004, p. 135).

O que diferencia a mediação comunitária das demais é o seu local de atuação e a figura do mediador. Em relação ao local, tem-se que a mediação comunitária é realizada na própria comunidade, ou em um local próximo a ela, o que facilita o acesso das pessoas à prestação jurisdicional, as aproxima do meio alternativo de autocomposição e, conseqüentemente, da democracia.

Ainda neste sentido, tem-se que a mediação comunitária visa atender, principalmente, aos problemas existentes na comunidade, tentando resolvê-los, num primeiro momento, a partir da mediação, para, somente após, recorrer ao Poder Judiciário, caso se faça necessário.

Dentre os objetivos perseguidos pela mediação comunitária estão:

[...] resolver e prevenir conflitos através do diálogo, desafogar o Poder Judiciário, diminuir a violência nas comunidades, conscientizar dos direitos, promover o exercício da cidadania, da democracia, facilitar o acesso à Justiça por parte dos necessitados e promover a paz social. (SALES, 2004, p. 145).



Diante dos objetivos supra listados, resta evidente o motivo pelo qual a escolha do mediador nas mediações comunitárias se dá de forma diferenciada. Enquanto nas mediações realizadas fora do âmbito da comunidade geralmente os envolvidos não conhecem o mediador, na mediação comunitária é imprescindível que o mediador seja alguém da comunidade, conhecedor dos problemas locais e próximo da realidade não só das partes, mas de toda a comunidade. A proximidade é extremamente importante, pois conduz naturalmente ao vínculo social efetivo entre os membros da comunidade e o mediador (SALES, 2004, p. 136-144).

Importa ressaltar, no entanto, que, mesmo sendo um membro da própria comunidade, o mediador deve ser capacitado para atuar como tal. Aqui insurge-se a questão da imparcialidade, condição de capacidade para se atuar como mediador. Nesse sentido, tem-se que, ainda que o mediador venha a ser um pouco parcial em virtude de sua proximidade com as partes, esta parcialidade não será excessiva ao ponto de prejudicar a mediação. Além disso, tem-se notado que a própria comunidade não se opõe a este fato, pois, por ser uma pessoa escolhida a partir dos membros da comunidade, esta vê no mediador uma pessoa neutra.

Em regra, quando o mediador é escolhido a partir de membros da própria comunidade, nem sempre a sua posição é imparcial, contudo, sua atuação é considerada por todos como justa. Ocorre que, por estar inserido na rede social, o mediador tem um contato anterior com as partes, por relações de parentesco, de vizinhança ou de convívio social. Essas relações apesar de afetarem, em maior ou menor grau, a parcialidade do mediador, são irrelevantes no âmbito comunitário, pois a própria comunidade reconhece o mediador como uma figura neutra. Isso ocorre de forma mais acentuada nos programas em que a própria comunidade escolhe o mediador ou legitima sua escolha. (VEDANA, 2003, p. 271).

Uma vez conceituado o instituto da mediação comunitária, bem como destacado seus objetivos e atribuições do mediador, resta evidente que o Princípio da Solidariedade encontra-se de forma ainda mais marcante nesta modalidade de mediação.

E isso porque, conforme anteriormente citado, a mediação comunitária preocupa-se em conscientizar os membros da comunidade de seus direitos e deveres, tornando todos e cada um dos membros responsável pela manutenção da paz e do bem-estar social, da resolução e prevenção de conflitos e pelo fim da violência.

Cabe ao mediador instigar os moradores da localidade a fazerem sua parte para garantir o bem comum, seja na proteção da comunidade ou em esforços voltados para a prosperidade. Esta figura do terceiro imparcial tem a missão de difundir o ideal de compartilhamento de responsabilidades, e conscientizar que todos os membros são responsáveis pelos problemas existentes na comunidade, ou seja, pregar o Princípio da Solidariedade.



Neste sentido, Jean-François Six brilhantemente ensina que

[...] a cidadania existe quando o indivíduo aceita suspender seu ponto de vista privado para levar em consideração o bem comum, e um mediador em sua cidade ou subúrbio, é alguém que suscita este gosto do bem comum em todos os cidadãos e uma real responsabilidade de suas partes perante sua cidade e seus habitantes. (SIX, 2001, p. 172).

Ainda no tocante ao Princípio da Solidariedade, extremamente importante trazer as lições de Sales (2004, p. 153), a qual entende a efetivação do Princípio da Solidariedade humana como sendo a base da mediação, especialmente em relação à mediação comunitária. Em suas palavras,

A mediação comunitária, portanto, representa a coesão e a solidariedade social, desejando a efetividade da democracia. A mediação comunitária aglomera as comunidades periféricas em busca da solução e prevenção dos seus conflitos, almejando a paz social, com base na solidariedade humana.

Ainda em relação à mediação comunitária, mas agora sob outro enfoque, oportuno tecer comentários sobre seu auxílio à efetivação do acesso à justiça. A mediação comunitária efetiva o acesso à justiça em vários sentidos e não só no que diz com a celeridade/morosidade processual, mas também por contribuir com a democratização (a qual, conforme explicado no início do trabalho, deve ser tida como sinônimo de acesso à justiça) e aproximação dos menos favorecidos aos seus direitos, especialmente à prestação jurisdicional.

Nesse contexto, a prática da mediação comunitária vem ganhando força como via facilitadora da democratização do acesso à justiça por parte do segmento da população que mais afetado pelos obstáculos que lhes são impostos pela crise nacional de administração da justiça, quais sejam: os indivíduos social e economicamente menos favorecidos, geralmente residentes em favelas e bairros periféricos do país. (SANTOS, 2008, p. 8).

Por mais contraditório que pareça, a mediação comunitária também auxilia na efetivação do acesso à justiça na medida em que os componentes da comunidade passam a exercer maior autonomia sobre seus problemas, sobre seus conflitos, de modo que tomam uma posição ativa no sentido de resolvê-los por si próprios, sem buscar o auxílio do Poder Judiciário, o qual já não comporta mais o elevado número



de demandas judiciais.

Ao resolver os seus conflitos sem o auxílio do Judiciário, a comunidade torna-se menos dependente do assistencialismo estatal, aumenta sua coesão interna e promove o empoderamento de seus membros, pela noção de que eles mesmos podem resolver seus próprios conflitos. (VEDANA, 2003, p. 264).

Em virtude disso, ao resolver os problemas no âmbito particular da comunidade, estas demandas deixam de aportar ao Judiciário, reduzindo significativamente o número de novas demandas, contribuindo, assim, diretamente para com as outras pessoas que ainda dependem do auxílio do ente estatal para resolver seus litígios, proporcionando a elas, por fim, um efetivo acesso à justiça, na medida em que a morosidade já não será mais tão excessiva.

[...] se os conflitos forem resolvidos através da mediação e sendo as partes orientadas sobre as consequências de seus atos, pode-se evitar milhares de ações que atravancam os foros do País. Elabora-se aí uma cultura preventiva. (SALES, 2004, p. 141).

Assim, uma vez vencidas todas as considerações a que se propunha o presente estudo, passa-se às considerações finais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, constata-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo inúmeros direitos sociais e garantias fundamentais, dentre elas o direito-garantia de acesso à justiça. Não obstante, em seu preâmbulo a nova Carta Magna solidificou o Princípio da Solidariedade, o qual transmite a todos os cidadãos (além do ente estatal) a responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais e garantias fundamentais nela previstos.

Tendo em vista que o ente estatal não conseguiu proporcionar o acesso à justiça (acesso à ordem jurídica justa e não somente ao direito de poder demandar em juízo, de alcançar o Poder Judiciário), passaram a surgir movimentos sociais que clamavam pela efetivação dessa garantia fundamental.

Tais movimentos sociais transformaram-se na política pública da mediação, um meio alternativo de tratamento e solução dos conflitos. A mediação, por sua vez, embora não tenha sido criada no intento de resolver a problemática da morosidade no Poder Judiciário, acabou se transformando em um instrumento eficaz na implementação da celeridade. Desse modo, ao tornar mais célere a prestação jurisdicional e, ao dar um tratamento mais adequado ao conflito, tornou-se um ícone no assunto efetivação do acesso à justiça.

Dentre as modalidades da mediação, destaca-se a comunitária, a qual,



permeada pelo Princípio da Solidariedade, faz com que os membros da comunidade responsabilizem-se pelos problemas locais, promovendo, desse modo, a paz e a inclusão social. Não obstante, a mediação comunitária é também responsável pelo processo de democratização, na medida em que conscientiza os cidadãos de seus direitos e deveres, aproximando-os, assim, do seu direito de demandar em juízo e, conseqüentemente, do acesso à justiça e à jurisdição.

Ao mesmo tempo, a mediação comunitária auxilia no empoderamento da comunidade, na medida em que os membros passam a enxergar o poder que detêm de resolver suas próprias controvérsias, o que contribui, diretamente, para a efetivação do acesso à justiça, não só pela aproximação dessas pessoas à prestação jurisdicional, mas pelo tratamento adequado que é dado aos conflitos apresentados, bem como pelo fato de contribuir para o desatramentamento do Poder Judiciário.

Destarte, resta evidente que a mediação, e, especialmente a mediação comunitária, são exemplos de políticas públicas que realmente contribuem para a efetivação do acesso à justiça. Tais políticas, auxiliares do Poder Judiciário, em atendimento ao Princípio da Solidariedade, devem ser incentivadas e defendidas por todos, pois só assim teremos efetivada a nossa garantia fundamental de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BERNI, Duílio Landell de Moura. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Prefácio. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). *Mediação enquanto política pública* [recurso eletrônico]: a teoria, a prática, o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Disponível em: <<http://www.unisc.br/edunisc>>.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Os compromissos constitucionais republicanos e sua implicação em sistema positivo de solidariedade*. [S.l.: s.n., 200?a]. Disponível em: <<http://www.principiodasolidariedade.com.br>>. Acesso em: 08 jun. 2011.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma*. [S.l.: s.n., 200?b]. Disponível em: <<http://www.principiodasolidariedade.com.br>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido



Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; MENDES, Susiane Formentin. Movimentos sociais, novos direitos e democracia. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Tomo10.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. *Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S. Fabris, 1991.

LIMA FILHO, Francisco das C. Os movimentos de acesso à justiça nos diferentes períodos históricos. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, MS v.2, n.4, jul./dez.2000. Disponível em: <<http://www.unigran.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

REIS, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Tomo 10.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010 – (Folha Explica).

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Mediação comunitária: estratégias de operacionalização e difusão de um mecanismo alternativo de democratização do acesso à justiça no Brasil*. In: ANAIS DO CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO (1.). Florianópolis: Dom Quixote, 20-22 ago. 2008. Disponível em <<http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo51.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2011.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A mediação como alternativa no tratamento de conflitos: por uma cidadania autônoma e responsável. In: LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Trabalho, constituição e cidadania: reflexões acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação* [recurso eletrônico]. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: < <http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>>

VIAL, Sandra Regina Martini. Acesso à Justiça: aspectos históricos, sociológicos e jurídicos. In: RODRIGUES, Hugo Thamir (Coord.). *Direito constitucional e políticas públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.



VIEIRA, Luiz Vicente. *Os movimentos sociais e o espaço autônomo do "Político": O resgate de um conceito a partir de Rosseau e Carl Schmitt*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

VIOLA, Eduardo; MAINWARING, Scott. Novos movimentos sociais, cultura, política e democracia: Brasil e Argentina. In: SCHERER-WARREN, Ilse; KRISCHKE, Paulo J. (Org.). *Uma revolução no cotidiano? Os novos movimentos sociais na América Latina*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.



CAPÍTULO VI

MEDIAÇÃO: DA TEORIA À PRÁTICA¹

Alex Kniphoff dos Santos²

1 INTRODUÇÃO

Estamos passando por um momento crítico e, ao mesmo tempo, muito importante dentro do Poder Judiciário, pois o Judiciário encontra-se extremamente lotado de processos, além de haver muitos recursos cabíveis dentro dos processos, o que faz com que a lentidão para resolver um conflito demore ainda mais. A demanda processual é maior do que a capacidade de resolvê-los, por isso a mediação vem trazer ao mundo Jurídico uma opção viável, legal e constitucional de viabilizar, de forma paralela, e solucionar os processos de forma rápida, ágil e econômica para o Estado. O texto abordará alguns conceitos sobre mediação, formação de um mediador, assim como sua sistematização, e, de forma resumida, o Projeto de Lei que alteraria o Código de Processo Civil.

É possível dizer que as duas últimas décadas do século passado foram as da mediação. Especialmente entre os anos de 1980 a 1990, se pode vislumbrar a sua explosão: em todos os lugares falava-se de mediação. O que ocorreu foi a banalização do termo, utilizando-o para todo propósito, a torto e a direito. Todavia, a função “mediação” não se exprime somente nas relações interpessoais, mas naquelas que cada um pode ter com as instituições e, entre outras, com as administrações destas últimas. Assim, não há somente o emprego – bastante intempestivo – do termo “mediação”; existe uma preocupação cada vez mais expressa de achar meios para responder ao problema real: uma enorme dificuldade de se comunicar; dificuldade esta paradoxal numa época em que a mídia conhece um extremo desenvolvimento. Entretanto, a multiplicação de mídias não é sinônimo de real “mediação”. O emprego múltiplo desta palavra – e de seu conteúdo – testemunha, no final das contas, a necessidade imperiosa, hoje, de situar a mediação na nossa sociedade, de inseri-la, e profundamente (SIX, 2001, p. 27-28).



1 Texto produzido a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto, e da prática realizada junto ao projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos sociais”, financiado pela UNISC em parceria com o TJ/RS.

2 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC –, bolsista PROBEX junto ao projeto de extensão supra mencionado. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Prof^a Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto.

2 FORMAÇÃO DE MEDIADOR JUDICIAL

Baseado nisso, com auxílio da mídia e com o aumento de pesquisas sobre o tema, pode ocorrer ainda algumas distorções em comparação com as funções tradicionais dentro da área Jurídica e o Procedimento de Mediação, o que, obviamente, afetaria a qualidade e a efetividade dos cursos oferecidos nesta área de mediador judicial. Portanto, é comum ouvir por parte dos advogados que, no exercício dos seus afazeres profissionais, mediam conflitos regularmente com seus clientes e oponentes, que o “ato de mediar” é algo inato ao indivíduo, como se tal função se tornasse impossível de ser aprendida, mediante regular formação curricular.

Tais comparações, nas quais, lamentavelmente, fala-se que mediar um conflito entre duas partes que têm seus interesses controvertidos com o outro é algo que qualquer pessoa possa realizar não condiz com a realidade. É justamente o oposto, pois o mediador tem um papel importantíssimo, e é através dele que as partes se aproximam, estabelecendo um ambiente de cooperação mútua que propicie a extinção dos conflitos existentes entre elas. Essas funções requerem do mediador um conhecimento de uma série de conceitos, técnicas e metodologias oriundas das mais diversas áreas do saber.

2.1 Perfil de um mediador

O mediador requer uma grande capacidade de comunicação, uma postura de cordialidade, empatia, seriedade, paciência e lealdade nas tratativas das negociações, equilíbrio pessoal e criatividade, e um grande conhecimento em técnicas e métodos não adversariais de conflitos. E, nesse aspecto, torna-se mais claro o papel importante na formação de mediadores, pois nesta formação um dos pontos principais que precisam ser tratados é a questão cultural da sociedade, que é litigar por seus interesses, e pôr em prática uma cultura pacificadora, que traz à tona uma maneira mais tranquila de se obter uma solução nos conflitos de interesses. Isso passa aos mediadores em formação a transformação cultural que se deseja, para que nas mediações essa técnica possa ser aplicada efetivamente sem criar aos mediandos dúvidas sobre o que optar e qual postura adotar.

Através dessa visão na formação de mediadores, o que se espera é que o curso não seja compreendido como uma mera função mecanicista, em que aprender técnicas e métodos se tornem os pontos mais relevantes do aprendizado. É preciso tratar de uma questão muito mais complexa e profunda, na qual as pessoas entendam que mediar acentua uma cultura totalmente diferente da qual estamos acostumados a viver, uma cultura de paz.

É preciso ter por parte dos organizadores do curso de formação de mediadores critérios de seleção, pois é visível que não é qualquer pessoa que possui características para estar apto ao ato de mediar, que seja avaliado através de uma prova de conhecimentos gerais, ou uma entrevista, para fins de conhecer a personalidade e experiência de cada candidato. E neste curso é preciso um intensivo de aulas referente ao conceito geral de mediação, tanto na teoria como na prática, uma formação inicial, como observadores em sessões de mediações, até o momento



que o aluno em formação se torne capaz de dirigir sozinho e de forma satisfatória um processo dessa natureza. Ainda mais importante é depois de realizada a mediação, tanto simulada como real, é fundamental apontar os erros ocorridos, os pontos que foram abordados, as técnicas que foram utilizadas para obter o acordo ou não, ou seja, realizar uma discussão com o orientador das mediações referente à sua conduta mediante o conflito apresentado. Esse diálogo tem um papel extremamente importante, pois essa reflexão, por parte dos mediadores, só vem a somar e, com isso, aprimorar sua capacidade de resolução de conflitos mediante as partes envolvidas (PINHO, 2008, p. 91-93).

3 SESSÃO DE MEDIAÇÃO E O PAPEL DO MEDIADOR

Passando esse processo de formação de mediadores, é preciso, inicialmente, ao realizar uma sessão de mediação, para bem entender o processo que irá conduzir, uma breve leitura do processo, para melhor aproveitar o tempo e ter um breve conhecimento do que se trata tal processo que foi designado à mediação. Dando continuidade à sessão, as partes estando lado a lado, e diante do mediador, o mesmo dará abertura ao procedimento explicando de forma simples, clara e objetiva, qual o significado da mediação, a importância da mediação diante do conflito apresentado, focando a rapidez e facilidade de se realizar um acordo. Também lembrando a voluntariedade das partes em mediar, não esquecendo de informar que o acordo obtido nesta sessão terá o mesmo efeito de uma sentença dada por um Juiz de Direito, pois, posteriormente, esse acordo será homologado, tendo validade total.

O mediador tem um papel de controlar os ânimos durante a mediação, pois é natural que as partes se alterem, atuando como orientador imparcial na discussão e assegurando a todos a oportunidade de expor suas versões dos fatos. É indispensável que o mediador conquiste a confiança dos mediados para que possam expor suas confidencialidades mais particulares, visando sempre à solução dos conflitos em pauta (TARTUCE, 2008, p. 230-32).

Desse modo, podemos adiantar o tema mostrando que os mediadores, de certa forma, não necessitam, obrigatoriamente, ter uma formação jurídica, pois o mediador requer uma formação social, com treinamentos interdisciplinares, que tenha facilidade e conhecimento específico em comunicações, psicologia humana, sociologia, filosofia e direito. Esses são os pontos fundamentais que o mediador precisa ter, além de treinar para aprimorar seus conhecimentos sociais para o procedimento da mediação, fazendo com que se torne uma fonte de solução de problema, sem induzir as partes para chegarem a um acordo, mas sim que conduza-as para, elas próprias, chegarem a um acordo, que seja essencial para ambos os envolvidos, que é o principal foco da mediação.

Nota-se claramente uma variedade de profissionais que estão se tornando mediadores, pois a mediação em si é uma área que possibilita essa variação, porém os operadores do direito, de certa maneira, correspondem a um significativo número



dentro dessa formação, o que se mostra pertinente, considerando sua aptidão técnica para a formulação de acordos exequíveis. Ou seja, os profissionais do direito possuem um conhecimento mais propício para levar o acordo realizado entre as partes para os termos jurídicos, que, posteriormente, será homologado por um Juiz de Direito, tendo o acordo valor de sentença (TARTUCE, 2008, p.234).

Um dos momentos importantes na mediação é o questionamento: o mediador precisa perguntar algo que não ficou claro por parte dos mediandos. As perguntas têm a função de acolher os mediandos para esclarecer os sentimentos, interesses e questões envolvidas no conflito, até mesmo para realizar uma lista de opções de solução de acordos e para testá-los. Normalmente, as perguntas são feitas construídas com base em: o quê, quando, onde, quanto e quem.

O mediador tem que focar no ouvir, depois no perguntar, ao invés de dar algum conselho, ele deve questionar. Perguntas apropriadas apoiam e complementam o processo de escuta e reconhecimento. Perguntar esclarece, sem ofender. A pergunta protege o mediador da pressa em julgar o outro, ou da mania de dar conselhos. Por meio da pergunta é possível auxiliar os mediandos a narrar e a melhor interpretar o seu próprio comportamento.

Os autores continuam afirmando que essa é uma sugestão importante para aprimorar a arte do perguntar: se você não tem uma pergunta não a faça. Nunca faça uma afirmação como pergunta. Esse ato cria confusão e ressentimento, porque tais perguntas podem ser ouvidas, inevitavelmente, como sarcásticas ou mesquinhas. A dificuldade se dá porque compartilhar nossos sentimentos e pedir são duas coisas que temos dificuldade de fazer de modo direto, uma vez que nos sentimos vulneráveis quando procedemos assim. A saída para quem se sente vulnerável é fazer uma pergunta que pode se transformar num ataque, porque isso traz mais segurança. Porém, essa pergunta feita em tom sarcástico faz estragos, uma vez que o ouvinte em vez de focar nos sentimentos ou no pedido, foca no sarcasmo e no ataque feito de maneira implícita na pergunta. Assim, a mensagem verdadeira não é compreendida e nem absorvida (SPENGLER, 2010, p. 63).

3.1 Passo a passo de uma mediação

Segue a seguir uma lista dos passos que o mediador pode utilizar durante a sessão de mediação, fazendo com que exista uma sistematização (AZEVEDO, 2009, p. 208-211). Esses pontos descrevem cada momento da mediação, de forma bem clara e bem discriminada.

Formulário de observação do mediador

Declaração de abertura:

- Apresentou-se
- Confirmou os nomes e como as partes preferem ser chamadas
- Explicou o propósito da mediação
- Explicou o papel do mediador



- Informou as regras básicas
- Ordem da discussão
- Sem interrupções
- Confidencialidade
- Nenhum registro escrito ou gravação
- Exceção (conferiu perguntas a respeito de direitos e responsabilidades)
- Explicou o objetivo de um acordo escrito
- Discutiu o tempo
- Explicou as reuniões individuais
- Oportunidade para perguntas

Habilidades interpessoais:

- Neutro/sem preconceitos
- Criou um ambiente positivo
- Paciente, perseverante
- Deixou as partes à vontade
- Usou uma linguagem apropriada para os usuários
- Empático
- Acessível
- Articulado (Senso de Humor)

Habilidades em escutar:

- Não interrompeu
- Esperou o relato completo da história
- Concentrou-se
- Escutou ativamente
- Entendeu as questões
- Identificou interesses e sentimentos
- Formulou questões abertas
- Reformulou asserções para identificação de preocupações subjacentes
- Captou informação suficiente
- Recontextualizou
- Auxiliou cada uma das partes a ouvir a outra
- Demonstrou paciência

Estruturando questões e interesses:

- Resumiu as questões e os interesses
- Estruturou as questões claramente
- Reestruturou questões e interesses para discussão
- Reconheceu sentimentos
- Selecionou as questões para discussão
- Planejou a agenda cuidadosamente

Lidando com o conflito:

- Manteve-se calmo e atento
- Manteve controle da reunião
- Estabeleceu o tom
- Evitou termos agressivos



- Atentou-se para a resolução, não no que ocorreu
- Usou voz, contato visual, gestos
- Usou o silêncio
- Reformulou acusações como necessidades ou pedidos
- Usou monólogos apropriadamente
- Modelou um bom comportamento de negociação
- Ensinou habilidades de negociação

Estratégias para acordo:

- Foi prospectivo
- Atuou como catalisador
- Orientou
- Persuadiu
- Usou questões “e se”
- Fez verificações (ou testes) de realidade
- Ganhou impulso ao encontrar algum ponto de acordo
- Buscou definir princípios gerais e consensuais
- Auxiliou as partes a encontrar interesses comuns
- Identificou necessidades e interesses
- Foi criativo
- Assistiu as partes a desenvolver opções
- *Brainstorming* (chuva de ideias)/Outros Métodos

Preconceito:

- Foi objetivo
- Evitou adotar o ponto de vista de uma das partes
- Evitou a linguagem de uma das partes
- Usou uma linguagem imparcial
- Não realizou julgamentos
- Compartilhou evidências com ambas as partes
- Lidou com diferenças culturais

Reuniões individuais:

- Explicou a reunião individual novamente para ambos
- Controlou o tempo
- Explicou o propósito
- Reiterou confidencialidade na abertura
- Pediu para compartilhar informação no encerramento

Advogados:

- Esclareceu as funções dos advogados na mediação
- Estimulou comportamento produtivo
- Controlou a participação de forma eficiente (com estímulo da atuação do advogado como solucionador de questões)

Termo de mediação:

- Testou viabilidade de execução
- Verificou a igualdade dos termos do acordo



- Redigido com clareza e especificidade
- Utilizou informação de ambas as partes
- Escreveu na presença de ambas as partes (quando apropriado)
- Utilizou a linguagem das partes
- Verificou o entendimento das partes
- Leu o texto para as partes antes de oferecê-lo para assinatura
- Verificou se todas as partes envolvidas assinaram
- Se necessário pagamento (Definiu claramente quem paga e quem recebe; Especificou o montante e a forma de pagamento; Definiu o local e o momento do pagamento)

Encerrando a mediação:

- Entregou os acordos assinados para as partes
- Mencionou o processo de execução
- Agradeceu às partes pelo que realizaram, como por exemplo:
- Compareceram, ouviram...
- Outro bom comportamento de negociação
- Geraram boas ideias, buscaram o consenso...
- Instou-as a retornarem, se necessário.

4 MEDIAÇÃO

O processo de mediação, como outros referentes a métodos apropriados de solução de controvérsias, apresenta como propriedade a presença do contraditório, permitindo-se que todos os participantes possam atuar de modo a tentar resolver uma disputa. Na etapa de mediação fica evidenciado que o que se busca, sobretudo, é que as próprias partes cheguem a uma solução. Por isso, a mediação é um mecanismo autocompositivo, isto é, a solução não é dada por um terceiro. Difere, também, pela informalidade. De fato, na mediação o processo vai se moldando conforme a participação e interesse das partes. Isto é, vai se construindo segundo o envolvimento e a participação de todos interessados na resolução da controvérsia.

É um processo, portanto, com peculiaridades. Todavia, deve-se entendê-lo como uma continuidade, ou seja, todo o seu desenvolvimento se efetua sem que se visualize claramente uma compartimentalização em etapas. Embora seja possível verificar diferentes fases do processo, no âmbito da mediação, em rigor, o que se verifica é um caminhar altamente variável conforme o envolvimento pessoal das partes no processo. Dessa forma, pelo seu próprio cunho informal, não se pode estipular, com precisão, que o processo irá se desenrolar de um determinado modo.

4.1 Fases de uma mediação

Nesse contexto, podemos dividir o processo de mediação em cinco fases: I) declaração de abertura; II) exposição de razões pelas partes; III) identificação de questões, interesses e sentimentos; IV) esclarecimento acerca de questões, interesses



e sentimentos; e V) resolução de questões.

As fases da mediação são recomendadas por um necessário desencadeamento lógico entre cada uma. Assim, conforme se vai adquirindo experiência, o mediador saberá manejar tais etapas do processo de modo tão natural que poderá melhor adequá-las às questões controvertidas. Um mediador experiente, em rigor, sabe fazê-lo sem que as partes nem sequer percebam que estão caminhando para outra etapa do processo.

O mediador precisa buscar se centrar no caso em questão, conversando, se possível, com o eventual comediador (alguns programas de mediações judiciais fornecem ao mediador uma rápida abordagem sobre o assunto que será abordado na mediação). Obviamente, seja interessante que de forma antecipada o mediador já saiba sobre o que será discutido na sessão a seguir, pois é recomendado não pedir às partes envolvidas que apresentem o problema que os trouxeram até a mediação, de uma petição inicial ou contestação. Isso, de certa forma, para não constranger os envolvidos tanto quanto já estão.

A mediação é um processo bastante dinâmico em que o serviço e suas formalidades são examinados sob uma perspectiva das necessidades do usuário, pois todo planejamento deve ocorrer da melhor forma para satisfazer às expectativas dos usuários. Afinal, o que se deseja é fazer com que as partes saiam satisfeitas da mediação. A mediação, como qualquer outra forma de solução de problemas, precisa ter ética, pois os mediandos precisam ter plenas informações quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserida, isso facilita a concretização de acordo (AZEVEDO, 2009, p. 84-85).

4.2 Conceitos de mediação por diversos autores

Logo então, é importante termos uma definição apropriada sobre o que é mediação, ter o seu conceito bem claro e bem entendido. Para isso temos alguns conceitos de pesquisadores sobre o tema em pauta.

Mediação é um método extrajudicial, não adversarial, de solução de conflitos através do diálogo. É um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes. (EGGER, 2002, p.60).



Cooley e Lubet (2001, p. 23) afirmam que a mediação “pode ser definida como um processo no qual uma parte neutra ajuda os contendores a chegar a um acerto voluntário de suas diferenças mediante um acordo que define seu futuro comprometimento”.

A mediação, embora não disciplinada na legislação brasileira, envolve a tentativa das partes em litígio para resolver suas pendências com o auxílio de um terceiro, necessariamente neutro e imparcial, que desenvolve uma atividade consultiva, procurando quebrar o gelo entre as partes que, permanecem com o poder de pôr fim à querela mediante propostas e soluções próprias. (LEMOS, 2001, p.81).

Haynes e Marodin (1996, p.11) comentam que a “mediação é um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito”. A mediação é de origem muito antiga, tendo sido utilizada, principalmente, antes do monopólio da jurisdição pelo Estado (MOORE, 1998, p. 63).

Rozane Cachapuz: a mediação é um instituto bastante antigo; sua existência remonta aos idos de 3000 a.C, na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados. Os romanos formaram uma cultura jurídica que influi, ainda hoje, em nossa legislação. Na antiga Roma, o arcaico *Diritto Fecciali*, isto é, direito proveniente da fé, em seu aspecto religioso, era a manifestação de uma justiça incipiente, onde a mediação aparece na resolução dos conflitos existentes. O direito romano já previa o procedimento *in iure* e o *in iudicio*, que significavam, na presença do juiz, o primeiro, e do mediador ou árbitro, o segundo. No antigo ordenamento ático e, posteriormente, no ordenamento romano republicano, a mediação não era reconhecida como instituto de direito, mas sim, como regra de mera cortesia (MOORE, 1998, p. 64).

Na China, de Confúcio, que viveu cerca de 550-479 a.C., a justiça era administrada segundo o *li*, que representava o ideal de comportamento permanente de todos os homens. Quando essa regra era quebrada, evitava-se o processo, pois ele era considerado desonroso, na medida em que atentava conta a paz social. Era necessário procurar sempre o compromisso, a conciliação, a solução negociada que acomodasse uma e outra parte. É possível visualizar, nessa época, o uso da mediação que continua sendo utilizada na China como meio de resolução de disputa.

Os chineses, na Antiguidade, influenciados pelas ideias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. Confúcio acreditava ser possível construir-se um paraíso na Terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão



moral e acordos, e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder (MOORE, 1998. p. 64).

No início dessa era, o Japão modelou seu direito sobre o da China. As regras de comportamento, chamadas *giri*, em japonês, apresentam muitas analogias com o *li* chinês. A atmosfera conciliatória sempre esteve presente no Japão. Como se vê, a mediação não é nenhuma novidade, ela sempre foi utilizada na resolução de disputas no decorrer dos séculos, embora de forma desestruturada (MOORE, 1998, p. 65).

Enquanto um sistema estruturado (objeto do presente estudo), a mediação mostrou-se de forma mais enfática, a partir do século XX, sobretudo nos Estados Unidos, como forma alternativa de resolução de conflitos de interesses. Desde então, ela tem sido amplamente utilizada em vários países como: França, Inglaterra, Irlanda, Japão, Noruega, Bélgica, Alemanha, entre outros. Foi, portanto, a partir do século passado, principalmente nos EUA, como uma forma de descongestionar os tribunais, diminuir custos, acelerar as resoluções de disputas, que a mediação foi resgatada de períodos longínquos da história da humanidade, para se inserir no contexto jurídico atual, como uma alternativa eficiente para os problemas existentes no campo do Direito.

A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim, a sua resolução pelas próprias partes, que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo. (WARAT, 2001).

Nesse sentido, dos ensinamentos do eminente Professor Warat (2001), colhe-se: o grande segredo, da mediação, como todo segredo, é muito simples, tão simples que passa despercebido. Não digo tentemos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema.

Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação.

Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa).



O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem para si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas. Quando as pessoas interpretam (interpretar é redefinir), escondem-se ou tentam dominar (ou ambas as coisas). Quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem.

Os sentimentos sentem-se em silêncio, nos corpos vazios de pensamentos. As pessoas, em geral, fogem do silêncio. Escondem-se no escândalo das palavras. Teatralizam os sentimentos, para não senti-los. O sentimento sentido é sempre aristocrático, precisa da elegância do silêncio. As coisas simples e vitais, como o amor, entendem-se pelo silêncio que as expressam. A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor, tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. “Essa é a meta da mediação.” (WARAT, 2004, p.26).

Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito –, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo. Cabe, portanto ao mediador colaborar com os mediados para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns.

A mediação é tida como um método em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é também, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

A mediação passa por um momento importante, em que temos que levar em conta todos os detalhes, que podem fazer a diferença no final. Um exemplo é o encontro das partes para a sessão de mediação, no qual o mediador deve cumprimentar cada uma das partes e fazer com que elas se sintam à vontade e bem confortáveis, pois o momento para elas é tenso; no entanto, não deve conversar muito, porque, dessa maneira, ultrapassaria seu grau de objetividade. Deve tomar cuidado também para não se direcionar mais para uma das partes, pois isso poderá constranger a outra parte, e, também, colocar em questão a imparcialidade do mediador.

A mediação tende a produzir excelentes resultados, porque as partes acreditam que aquele terceiro facilitador está ali para auxiliar na melhor opção para ambos. A mediação funciona enquanto as partes confiarem no mediador, pois, de forma indireta, existe um vínculo do mediador com as partes presentes, o que facilita a mediação, por não existir uma hierarquia declarada, ao contrário de uma audiência, na qual o Juiz está presente e é por ele que a sentença será pronunciada. Portanto, o mediador ao iniciar uma sessão precisa ser muito cuidadoso, e não esperar que as partes o lembrem de toda a introdução realizada por ele no início da sessão, pois corre-se o risco de durante a mediação alguma das partes violar algumas das regras acordadas no início da sessão, que é ouvir com atenção o que a outra parte tem a



falar, respeitar, sem agressão física ou verbal, manter um tom de voz adequado, ou seja, disponibilizar ao outro condições para ambos saírem com o acordo realizado sem que ocorra mais e novos atritos (AZEVEDO, 2009, p. 94-96).

5 INTERVENÇÃO POR PARTE DO MEDIADOR

Há momentos no processo de mediação em que a intervenção do mediador pode até mesmo prejudicar o andamento do processo. Trata-se de casos em que, via de regra, ao final da mediação, as partes estão se comunicando bem. Assim, a intervenção do mediador, nessa ocasião, pode vir a interromper essas reflexões e, por conseguinte, atrasar o entendimento das partes. Deve-se evitar intervir quando as partes, sozinhas, trocam informações novas com facilidade e conduzem uma comunicação eficiente, cumprindo as regras estabelecidas no início do processo. Nesses momentos, as partes mostram que se sentem dispostas a negociar para chegar a uma solução do conflito, caminhando em direção a um possível acordo.

A atuação do mediador é desnecessária e pode, erroneamente, transmitir a mensagem de que elas não estão fazendo o que deveriam fazer. O ideal é que, nessa fase final da mediação em que as partes já estejam se comunicando bem, o mediador permaneça apenas acompanhando o diálogo. Vale ressaltar que isso tende a ocorrer com mais frequência ao final da mediação. Deixar que as partes dialoguem livremente sem que estejam prontas para isso, por exemplo no início da mediação, pode também ser contraproducente. Também não se deve intervir quando uma ou mais partes no processo comunicam-se com um tom emocional mais forte, porém permanecem conversando de forma produtiva.

Quando há trocas de informações entre as partes, mesmo que essas informações sejam transmitidas de forma emocionalmente carregada – desde que isso não chegue a prejudicar a comunicação – é recomendado que o mediador aguarde os ânimos acalmarem por si só. Nesses momentos de forte expressão emocional, há importantes ganhos de empoderamento pela parte que o protagoniza e um bom grau de reconhecimento pela outra parte. Esta, na medida em que percebe que o conflito afeta emocionalmente a primeira parte, geralmente procura ouvi-la com mais atenção e atribui maior legitimidade ao que é dito.

Ocasionalmente, após um momento de expressão com alto teor emocional, um silêncio mais ou menos breve arrebatada as partes. É importante que o mediador não se deixe enganar por esse silêncio: nem sempre ele significa que as partes chegaram a um impasse. É bastante provável que o silêncio ocorra porque as partes estão pensando sobre o que foi dito. Assim, apesar de caladas, elas podem estar dando saltos de reconhecimento e compreendendo melhor o conflito. Nesses casos, a intervenção do mediador distrai as partes de suas reflexões e pode prejudicar o andamento do processo. Às vezes, as partes discutem uma questão que para o mediador não é importante. Mesmo assim, ele deve deixar as partes dialogarem a respeito dela, visto que, se elas decidiram falar sobre isso, é porque, para elas, tem alguma importância. O diálogo sobre essas questões pode vir a afetar, colateralmente



e de maneira positiva, o desenvolvimento da relação social em conflito.

Deve-se salientar, todavia, que não é interessante as partes gastarem muito tempo discutindo uma questão cuja compreensão não evolui. Nesse momento, o mediador deve agir com razoabilidade e perceber quando a discussão deixou de trazer benefícios à solução do conflito (AZEVEDO, 2009, p.160).

5.1 Mediação x campo jurídico

A mediação possui um pressuposto que não podemos deixar de lado, que deve ser considerado um campo coexistente, porém de maneira separada do campo jurídico. Pois entre eles, de certa forma, existe autonomia, porém essa autonomia é relativa e não absoluta. De fato, por um lado, é preciso que os sistemas de justiça e mediação “conversem”, entendendo que não são dois mundo distintos um do outro. Por outro lado, é fundamental que cada campo fale da sua forma, que utilize a sua linguagem, defenda seus conceitos de forma respeitosa para com o outro (SPENGLER, 2010, p. 339).

A mediação busca a verdade dos fatos; o processo não oferece essa comunicação bilateral, pois as relações processuais são todas indiretas, vinculadas à representação dos profissionais e endereçadas a um terceiro dotado do poder de decisão (SPENGLER, 2010, p. 340).

O fim da mediação é exatamente responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade e da outridade, encontrar, com o auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses das partes e conduza à paz social (TORRES, 2005, p. 171).

Para chegar a esse fim, existem duas formas básicas de mediação: mandatória e voluntária. A mandatória é aquela que decorre de determinação legal ou da vontade previamente definida contratualmente pelas partes. Voluntária é aquela definida pelas partes, em comum acordo, quando da existência do impasse. Não pode ser imposta a nenhuma delas (BOLZAN DE MORAIS, 1999, p. 164).

A privacidade é uma das características da mediação, uma vez que o processo é desenvolvido em ambiente secreto e somente será divulgado se esta for a vontade das partes. O mediador é compromissado a zelar pela privacidade para que assim se desenvolvam os trabalhos. Essa característica somente será desconsiderada quando o interesse público se sobrepor ao das partes, ou seja, quando a quebra da privacidade for determinada por decisão legal ou judicial, ou ainda por uma atitude de política pública.

A economia financeira e de tempo também se sobressai como marco importante, pois, ao contrário dos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos, os litígios levados à discussão através da mediação tendem a ser resolvidos em tempo menor, o que acarreta uma diminuição do custo indireto, eis que, quanto mais se alongar a pendência, maiores serão os gastos com a sua resolução (BOLZAN DE MORAIS, 1999, p. 147-149).



5.2 Projeto de Lei

Um ponto muito favorável à mediação, que não podemos deixar de mencionar e destacar, é a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Trata-se de um ato normativo que busca aperfeiçoar e incentivar mecanismos consensuais de solução de conflitos, evitando, dessa maneira, a excessiva judicialização dos conflitos de interesses.

Isso mostra a fragilidade do sistema, uma fragilidade que pode se fortalecer com a sua homologação, com isso é de se elogiar esse projeto de lei que visa instituir o novo Código de Processo Civil. Com efeito, veio a atribuir maior importância à mediação, além de trazer dispositivos tendentes a sistematizar referidos mecanismos em todo território nacional.

De acordo com o projeto em apreço, permite-se que os tribunais criem setores de conciliação e mediação destinados a estimular a autocomposição, e, além disso, ressalta a importância do estímulo à realização de mediação por todos os Magistrados, Advogados, Defensores Públicos e Membros do Ministério Público, o que, via de regra, teria que se realizar uma dinâmica de alteração ou aperfeiçoamento de cultura, ou talvez um seminário para os profissionais do Direito acima mencionados, pois acarretaria numa mudança relevante para o Sistema Judiciário brasileiro.

Com a efetividade plena desse projeto, certamente, o novo Código de Processo Civil será fonte de amadurecimento nos tribunais. Além disso, o projeto merece nossos aplausos, inclusive pela busca de sistematização dos institutos de conciliação e mediação (GRANADO e ALVIM, 2010).

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 164.
- COOLEY, John W.; LUBET, Steven. *Advocacia de arbitragem*. Brasília: UnB, 2001.
- EGGER, Idemar. Justiça Privada: formas alternativas de resolução de conflitos. *Revista JUSTILEX*, Brasília, ano I, n. 12, p. 60, dez. 2002.
- GRANADO, Daniel Willian; ALVIM, Eduardo Arruda. Novo CPC sistematiza conciliação e mediação. *Revista Consultor Jurídico*, 22 jun. 2010.
- HAYNES, John M., MARODIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.



PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *Teoria geral da mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion.; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. [E-Book] Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: GEN, 2008.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



CAPÍTULO VII

A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA NO TRATAMENTO DE CONFLITOS: A TEORIA E A PRÁTICA EM FACE DA ANÁLISE DO PROJETO EXISTENTE EM SANTA CRUZ DO SUL¹

Ana Carolina Ghisleni²

1 INTRODUÇÃO

A mediação de conflitos é uma prática utilizada há muito tempo em muitos países, porém somente agora no Brasil o Poder Judiciário começa a ver suas vantagens e benefícios. Com a Resolução n. 125 do CNJ, publicada em novembro de 2010, instituiu-se uma Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos no País oferecendo à sociedade outros mecanismos de soluções de controvérsias além da sentença, em especial os meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

O que muitas vezes passa despercebido é que a prática da mediação de conflitos é muito tradicional e possui uma história longa e variada em quase todas as culturas do mundo; foi muito utilizada principalmente antes do monopólio de jurisdição do Estado e desenvolveu-se contemporaneamente à evolução da convivência humana. Somente a partir do século XX sua utilização tornou-se institucionalizada, expandindo-se de forma exponencial pelo mundo.

O crescimento do mecanismo deve-se especialmente ao reconhecimento mais amplo dos direitos humanos, dignidade individual, ampliação da participação democrática e à crença de que os indivíduos têm o direito de participar das decisões que afetam sua própria vida.

Desse modo, o presente estudo analisa de forma inicial a evolução histórica

- 1 Texto produzido a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto, e do projeto de pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3). Mediadora judicial junto ao projeto de extensão “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” (todos coordenados pela professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler).
- 2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC –, bolsista CAPES; integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Profª Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto; do projeto de pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814); mediadora judicial junto ao projeto de extensão “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos”; advogada. Endereço eletrônico: anacghisleni@hotmail.com



da utilização do instituto, resgatando sua origem em diversos países do mundo, especialmente nos Estados Unidos, com o surgimento dos métodos alternativos de resolução de disputas (ADR – *Alternative Dispute Resolution*), para posteriormente pontuar sua utilização no cenário jurídico brasileiro. Propõe a discussão sobre políticas públicas e sua importância social e, por fim, apresenta o exemplo de um projeto inovador localizado na cidade de Santa Cruz do Sul, cuja atividade consiste na realização de mediações em processos em andamento na justiça estadual.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PRÁTICA DA MEDIAÇÃO NO MUNDO: DAS ORIGENS À DISSEMINAÇÃO

A mediação é um instituto muito antigo, muitas culturas têm longa e efetiva tradição de seu uso, que remonta aos idos de 3.000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados. Os chineses, na antiguidade, influenciados pelas ideias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. Confúcio – que viveu de 550-479 a.C. – acreditava ser possível construir um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 63-64).

Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos, mas nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder. Nessa época, procurava-se sempre o compromisso, a conciliação e a solução negociada que acomodasse uma e outra parte, evitando-se o processo – pois ele era considerado desonroso, na medida em que atentava conta a paz social (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 63-64).

Em geral, a mediação nos primórdios da história era exercida por pessoas dotadas de uma habilidade natural, sem qualquer capacitação específica, geralmente exercendo outras funções ou deveres. Em tempos bíblicos, as comunidades judaicas utilizavam a mediação – que era praticada tanto por líderes religiosos quanto por políticos – para resolver diferenças civis e religiosas (CALMON, 2007, p. 174).

Na antiga Roma, o arcaico *Diritto Fecciali*, isto é, direito proveniente da fé, em seu aspecto religioso, era a manifestação de uma justiça incipiente, em que a mediação aparece na resolução dos conflitos existentes. O direito romano já previa o procedimento *in iure* e o *in iudicio*, que significavam, na presença do juiz, o primeiro, e do mediador ou árbitro, o segundo. No antigo ordenamento ático e, posteriormente, no ordenamento romano republicano, a mediação não era reconhecida como instituto de direito, mas sim como regra de cortesia (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 64).

Mais tarde, na Espanha, África do Norte, Itália, Europa Central e Leste Europeu, Império Turco e Oriente Médio, rabinos e tribunais rabínicos desempenharam papéis vitais na mediação ou no julgamento de disputas entre membros de sua fé. As tradições judaicas de solução de conflitos foram finalmente transportadas para



as comunidades cristãs emergentes, que viam Cristo como mediador supremo. A Bíblia se refere a Jesus como mediador entre Deus e o homem: “pois há um Deus e um mediador entre Deus e o homem, o homem Jesus Cristo, que se entregou como redenção de todos, o que será comprovado no devido tempo” (I Timóteo 2:5-6) (MOORE, 1998, p. 32).

Até a renascença, a Igreja Católica, na Europa Ocidental, e a igreja Ortodoxa, no Leste Mediterrâneo, foram, provavelmente, as principais organizações de mediação e administração de conflitos da sociedade ocidental. As culturas islâmicas também têm longa tradição de mediação: em muitas sociedades pastoris tradicionais do Oriente Médio, os problemas eram frequentemente resolvidos através de uma reunião comunitária, em que os participantes discutiam, debatiam, deliberavam e mediavam para resolver questões tribais ou intertribais críticas ou conflituosas (MOORE, 1998, p. 32).

No entanto, a prática da autocomposição não se limita à cultura ocidental; o hinduísmo e o budismo, e as regiões que eles influenciaram, têm uma longa história de mediação. As aldeias hindus da Índia têm empregado tradicionalmente o sistema de justiça *panchayat*, em que um grupo de cinco membros tanto media quanto arbitra as disputas, além de exercer funções administrativas ao lidar com questões relativas ao bem-estar e queixas dentro da comunidade. A mediação tem sido praticada amplamente na China, no Japão e em várias outras sociedades asiáticas, onde a religião e a filosofia enfatizam fortemente o consenso social, a persuasão moral e a busca do equilíbrio e da harmonia nas relações humanas (MOORE, 1998, p. 33).

No Japão, inclusive, a prática de métodos autocompositivos é culturalmente enraizada de tal forma que, quando acontece de alguém buscar a via judicial antes de esgotar por completo todas as possibilidades de resolução amigável do conflito, torna-se desprezado pela comunidade. Já os tribunais rabínicos e os rabinos europeus foram decisivos na mediação e na resolução de disputas entre os judeus, contribuindo, dessa forma, para a manutenção da identidade cultural (CALMON, 2007, p. 173).

De outro lado, embora o clero continuasse a desempenhar um papel importante como intermediário nas relações locais, intercomunitárias e interestaduais, o suprimento das nações-estados levou ao crescimento de intermediários diplomáticos não religiosos. Dessa forma, a mediação e a quantidade de pessoas atuando como mediadores ampliou-se (MOORE, 1998, p. 33).

A mediação também cresceu na América e em outras colônias, e finalmente nos Estados Unidos e no Canadá. Enquanto um sistema estruturado, mostrou-se de forma mais enfática, a partir do século XX, sobretudo nos Estados Unidos, como forma alternativa de resolução de conflitos de interesses. Desde então, ela tem sido amplamente utilizada em vários países (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 65).

Foi, portanto, a partir do século passado, principalmente nos EUA no período da colonização, como uma forma de descongestionar os tribunais, diminuir custos e acelerar as resoluções de disputas, que a mediação foi resgatada de períodos longínquos da história da humanidade para se inserir no contexto jurídico atual, como



uma alternativa eficiente aos problemas existentes no campo do Direito (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 65).

A expansão da prática do mecanismo também se deu por outros motivos, dentre eles, o reconhecimento mais amplo dos direitos humanos, bem como em face da crescente insatisfação com os processos autoritários de tomada de decisão, acordos impostos que não se ajustam adequadamente aos interesses genuínos das partes e aos custos cada vez maiores – em dinheiro, tempo, recursos humanos, solidariedade interpessoal e comunitária – de processos adversariais do tipo ganhador-perdedor de resolução de conflitos (MOORE, 1998, p. 34).

Sua ampliação e utilização, portanto, ocorreram inicialmente de forma mais rápida e significativa nos Estados Unidos e Canadá. O primeiro setor em que a mediação foi formalmente instituída nos Estados Unidos foi o das relações trabalhistas; em 1913, foi estabelecido o *U.S Department of Labor*, e um grupo – os “comissários da conciliação” – foi indicado para tratar dos conflitos entre empregados e patrões. Esse grupo, posteriormente, veio se tornar o *United States Conciliation Service* e, em 1947, foi reconstituído como o *Federal Mediation and Conciliation Service*. (MOORE, 1998, p. 34).

Esperava-se que os acordos mediados pudessem evitar greves e paralisações dispendiosas e que melhorassem a segurança, o bem-estar e a prosperidade dos americanos. A mediação patrocinada pelas agências do governo não estava limitada às questões trabalhistas: o *Civil Rights Act*, de 1964, de âmbito federal, criou o *Community Relations Service* (CRS) do Ministério a Justiça dos Estados Unidos. Essa agência destinava-se a ajudar “as comunidades e as pessoas a resolver suas disputas, desacordos ou dificuldades em relação a práticas discriminatórias relacionadas à raça, cor ou nacionalidade” (*Civil Rights Act*, 1964) (MOORE, 1998, p. 34).

De fato, desde meados da década de 1960, a mediação cresceu muito nos Estados Unidos como uma abordagem praticada de modo formal e amplo na resolução também de disputas comunitárias. Nos primeiros anos de crescimento do campo, o governo federal fundou os *Neighborhood Justice Centers* (NJC) que proporcionavam serviços de mediação gratuitos ou de baixo custo para o público, de forma que as disputas pudessem ser resolvidas de maneira eficiente, barata e informal. No início da década de 1980, muitos desses NJCs foram institucionalizados e passaram a fazer parte dos serviços alternativos aos tradicionais meios judiciais de resolução de disputa. (MOORE, 1998, p. 35).

Neste contexto os métodos alternativos de resolução de disputas (ADR – *Alternative Dispute Resolution*³) surgiram como obra dos próprios litigantes ou pessoas que, de fora do mundo jurídico, dedicaram-se a estudar o fenômeno dos conflitos e seu sistema de soluções, buscando alternativas como contraposição ao custo e ao formalismo da solução judicial estatal, sobretudo por causa da inflação processual

3 Esta expressão é utilizada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem intervenção de uma autoridade judicial. Trata-se de vários métodos de liquidação de desajustes entre indivíduos ou grupos por meio do estudo dos objetivos de cada um, das possibilidades disponíveis e a maneira como cada um percebe as relações entre seus objetivos e as alternativas apresentadas (SPENGLER, 2010, p. 295).



(CALMON, 2007, p. 176).

Tais métodos compreendem os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial. Ao fugir do código binário ganhar/perder (existente na relação judicial), estas técnicas proporcionam o aumento da compreensão e do reconhecimento dos participantes e a possibilidade de construção de ações coordenadas, mesmo na diferença (SPENGLER, 2010, p. 295-297).

A instalação em Nova York dos *smallclaimscourts*, com o objetivo de proporcionar uma justiça mais simples, mais rápida e menos custosa, o que era obtido, sobremaneira, graças à conciliação, marcou o início desse movimento na década de 70. Em maio de 1975, no condado de Dade, na Flórida, foi fundado o primeiro Centro de Acordos de Disputas, restrito a conflito entre pessoas físicas, iniciativa que foi seguida por outros condados do mesmo estado (CALMON, 2007, p. 177).

A mediação cresceu de maneira significativa como um método informal muito difundido no setor comunitário, em que o governo financia Centros de Justiça de Vizinhança, que proporcionam serviços de mediação gratuitas ou a baixo custo, muito deles tendo se convertido em programas judiciais oficiais da cidade, do tribunal ou do distrito. A Flórida foi pioneira, também, criando, em 1978, o Comitê de Resolução Alternativa de Disputas da Suprema Corte do Estado, que recomendou a criação de programas de mediação e arbitragem em todos os tribunais de seu território (CALMON, 2007, p. 177).

Nos anos 80 e 90, o movimento tomou vulto e se espalhou por todos os estados norte-americanos, tanto no setor público quanto no privado, para acusações relacionadas com discriminação racial, étnica, de gênero e de orientação sexual no local de trabalho, assédio sexual e adaptação de pessoas portadoras de deficiência. Passou a ser conhecido e acompanhado pelos demais países, sucesso que se atribui pelo simples pragmatismo e não como decorrência de elevados estudos teóricos que o tivesse legitimado (CALMON, 2007, p. 178).

A mediação passou também a ser praticada nas escolas e nas instituições de educação superior, em face de conflitos entre os próprios alunos, ou entre alunos e professores, ou ainda, entre professores e o corpo docente e entre os professores e a administração. Para tanto, foi fundada a *National Association of Mediation in Education* (NAME), destinada a interligar os profissionais de mediação e os programas na área educacional (MOORE, 1998, p. 36).

Os sistemas de justiça criminal dos Estados Unidos e do Canadá também têm utilizado a mediação para resolver queixas criminais e para programas de mediação entre vítima e agressor, em que os intermediários ajudam as partes interessadas a desenvolver planos de indenização ou a restabelecer relacionamentos interpessoais conflituados. A mediação familiar também teve grande crescimento, e de forma muito rápida, nas questões de custódia dos filhos, nos procedimentos de divórcio, nas brigas entre pais e filhos, casos de proteção à criança, violência doméstica e demais problemas relacionados a relações afetivas (MOORE, 1998, p. 36-37).

Da mesma forma em relação aos setores corporativo e comercial, nos quais em alguns tipos de disputas, ela superou a arbitragem como método de escolha.



Os tipos comuns de disputa que têm sido mediadas nesse setor incluem disputas contratuais, deficiência no desempenho, confiabilidade do produto, infrações de patente, violação da marca registrada, disputas sobre a propriedade intelectual e várias questões de reivindicação de seguro (MOORE, 1998, p. 38).

Já no setor ambiental, a mediação tem sido usada para lidar com conflitos locais específicos, tais como projetos de construção, conservação e distribuição de água, disputa sobre local de instalações e questões de desenvolvimento; questões de administração e proteção do *habitat* de animais selvagens e da pesca; destinação do lixo; implantação de rodovias, ferrovias e aeroportos; lixo tóxico; administração da terra e proteção dos pântanos e várias outras disputas locais (MOORE, 1998, p. 39).

No Canadá a mediação é procedimento comum nos conflitos trabalhistas coletivos, para evitar ou resolver greves, sempre submetidas a um comitê especial nomeado pelas autoridades federais. Em Quebec há serviços de mediação especializados em conflitos de família desde a década de 70, sendo a Lei de Divórcio, de 1985, a primeira referência legislativa (CALMON, 2007, p. 182).

A Argentina, embora sem qualquer experiência anterior, adotou, a partir de 1992, uma forte política de mediação, cujo ponto central foi a edição da Lei 24.573, de 4 de outubro de 1995, pela qual foi instituída a mediação prévia obrigatória. Uma ação conjunta dos poderes Judiciário e Executivo permitiu à Argentina construir uma nova ordem no tema da solução de conflitos, implantando o *Programa Nacional de Mediación*, elaborado por comissão composta por juízes, advogados e representantes dos setores públicos e privados, inclusive organizações não governamentais (CALMON, 2007, p. 188).

Em agosto de 1992, o país editou o Decreto 1.480, o qual declarou a mediação como instituto de interesse nacional, caracterizando-a como procedimento informal, voluntário e confidencial, especificando ainda sua aplicabilidade a conflitos judiciais e extrajudiciais, excluindo as causas penais, e deixou claro que o mediador não resolve o conflito, mas tão somente colabora para que as partes criem uma solução. A primeira experiência-piloto da Argentina se desenvolveu anexa aos juízos cíveis da Capital Federal, começando funcionar no segundo semestre de 1993 (CALMON, 2007, p. 188).

Foi elaborado o regimento interno do Centro de Mediação no país e, posteriormente, foram realizadas supervisão e avaliação interna da experiência. As conclusões advindas da avaliação demonstraram altos percentuais de acordo e a grande maioria dos envolvidos, independentemente de ter havido acordo em suas experiências, revelou grande surpresa e complacência diante da inexistência do centro como um espaço que antes se devia ao cidadão e que se constituía em um canal rápido, informal, pacífico e participativo para dirimir seus conflitos. Além disso, grande parte das mediações teve sua origem em recomendações de pessoas que haviam experimentado os mecanismos, tendo partes como advogados (CALMON, 2007, p. 189).

Desse modo, os meios alternativos de solução dos conflitos foram se desenvolvendo aos poucos em todas as regiões do mundo, com o objetivo de



solucionar conflitos de forma diversa ao tradicional processo judicial. Atualmente, tanto a América Latina, como Europa e Ásia – a maioria de seus países – institucionalizaram o instituto como via de resolução de disputas (CALMON, 2007, p. 174). O contexto cultural foi determinante para o surgimento de outras práticas no tratamento dos conflitos possibilitando o diálogo, promovendo uma mudança de paradigmas e conduzindo a um caminho diverso daquele privilegiado pela cultura jurídica (SPENGLER, 2010, p. 295).

Há, assim, um confronto que se estabelece entre uma tradição assentada em um modelo conflitivo de tratamento de conflitos no qual, de regra, tem-se um ganhador e perdedor e, de outro lado, o crescimento de importância adquirido por outros métodos de tratamento de conflitos. As práticas consensuais de tratamento de disputas, em especial a mediação, permitem observar a singularidade de cada participante do conflito, considerando a opção de “ganhar conjuntamente” e construindo em comum as bases de um tratamento efetivo, de modo colaborativo e consensuado (SPENGLER, 2010, p. 295).

No Brasil não existe uma lei que preveja a utilização da mediação como forma consensual de tratamento de litígios. O movimento legislativo para regulamentação do instituto no sistema jurídico brasileiro data de 1998, com a apresentação do Projeto de Lei da Câmara n. 4.827/98, de iniciativa da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, mas de autoria de Águida Arruda Barbosa, Antonio Cesar Peluso, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga e, ainda, Luís Caetano Antunes. Pioneiro, foi norteador pelo modelo Europeu, a partir de uma ótica interdisciplinar e inspirado na inserção da mediação no Código de Processo Civil francês, que recepcionou o instituto na reforma processual, de janeiro de 2005.

O projeto original – de apenas 7 (sete) artigos – contemplou as diretrizes mais importantes da mediação, sem regulamentar o procedimento de forma minuciosa. Previa sua adoção sobre qualquer matéria passível de conciliação, reconciliação, transação ou acordo, não se restringindo a matéria ao âmbito civil, ampliando-a inclusive para questões penais. Possibilitava uma mediação total ou parcial sobre o conflito, prevendo ainda sua possibilidade tanto pela via judicial como extrajudicial, contemplando também um código de ética. Porém, deixou em aberto questões sobre a figura do mediador e sobre a qualificação técnica que deveria possuir, abrindo margem para várias interpretações.

No entanto, o movimento mais recente sobre o tema no país é a definição de uma Política Nacional de “tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, instituída por meio da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. A Resolução, que objetiva a qualidade dos serviços e capacitação mínima dos servidores, é uma forma inicial de institucionalização do mecanismo na política judiciária brasileira, conforme discussão do próximo item.



3 A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO DE CONFLITOS INSTITUÍDA PELA RESOLUÇÃO N. 125 DO CNJ

Em 29 de novembro de 2010, foi publicada a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, instituindo a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses e assegurando à sociedade o direito de resolver seus conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. A resolução é uma forma de auxiliar na necessária mudança de cultura que poderá diminuir a judicialização dos conflitos e melhorar a prestação jurisdicional, auxiliando ainda na prevenção de novos litígios e na pacificação social.

Analisando de forma geral a situação em que se encontra o judiciário brasileiro e os institutos da mediação e conciliação, as justificativas para a elaboração e publicação do documento são as seguintes: considerando que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário e que o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; além disso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Da mesma forma, há a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, e a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos Países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças. Ainda, é imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais e, por fim, a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

A partir dessas considerações, a resolução foi publicada determinando aos órgãos judiciários – além da solução mediante sentença – oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como ainda prestar atendimento e orientação ao cidadão. Por meio desse dispositivo, nota-se que o objetivo da utilização dos instrumentos referidos não busca somente desafogar o Judiciário, mas também auxiliar na cogente mudança de cultura tantas vezes já mencionada no presente estudo.

Para disseminar esta cultura de pacificação social deverão ser observadas a centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico



específico. Toda a organização ocorrerá por conta do Conselho Nacional de Justiça, o qual estabelecerá todas as diretrizes para implantação das políticas públicas, desenvolvendo e providenciando as atividades relativas à formação dos mediadores e conciliadores, capacitação dos mesmos, regulamentação de um código de ética de sua atuação, ao mesmo tempo em que buscará interlocução com diversas instituições e cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento.

Assim, deverão ser criados pelos tribunais Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, capazes de colocarem em prática as políticas de tratamento consensual dos conflitos. Os primeiros serão compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, enquanto os últimos serão unidades do Poder Judiciário responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão, atendendo aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários.

Além disso, a resolução também trata das competências dos mediadores e conciliadores na Seção III, determinando expressamente que somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma prevista no Anexo I, cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias. Para tanto, o próprio documento estabelece o tipo de curso de capacitação que deve ser realizado pelos profissionais, inclusive prevendo conteúdo programático e carga horária mínima, bem como também a necessidade de realização de estágio supervisionado. Todos ficarão sujeitos, ainda, ao Código de Ética anexado à resolução, composto por oito dispositivos, os quais indicam os princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais, regras que regem o procedimento de conciliação/mediação e, por fim, as responsabilidades e sanções previstas ao conciliador/mediador.

A resolução n. 125 também menciona a necessidade de criação de um banco de dados sobre as atividades de cada centro e trata da criação de um Portal da Conciliação que, dentre outras funções, publicará o Código de Ética e relatórios gerais do programa, divulgando notícias e informações acerca do assunto.

Logo, o documento é um marco nas políticas públicas relativas ao tratamento de conflitos no País, pois prevê uma atuação conjunta dos órgãos jurisdicionados, sociedade, entidades e até mesmo universidades, através de orientação e informação para toda a sociedade sobre o tema para sua posterior aplicação e consequente transformação social, estabelecendo diretrizes para implantação de políticas públicas. É certo que alguns dos dispositivos e diretrizes constantes na resolução talvez não sejam os mais adequados – como o caso da criação de estatísticas e suas publicações – mas pelo menos o primeiro passo foi dado.



Além de buscar a institucionalização do mecanismo no País, o documento auxiliará a modificar o paradigma da judicialização dos conflitos vivido pela sociedade brasileira atualmente. Com a utilização dos métodos consensuais de resolução de litígios, especialmente a mediação, as partes podem construir uma decisão que seja adequada para ambas. Atualmente, ela é considerada uma forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos, já que a satisfação dos interesses substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 149).

Sabe-se que a conflitualidade existente atualmente ocorre tanto em âmbito individual quanto social, e de várias formas; seu caráter elástico compreende uma grande quantidade de lides, desde discussões conjugais até guerras mundiais e o terrorismo, por exemplo, dificultando ainda mais a almejada mudança de cultura. Nesse sentido, uma boa forma de possibilitar a manutenção da convivência social pacífica é por meio de instrumentos consensuais de resolução de disputas, que trazem resultados eficazes (BENASAYAG; DEL REY, 2008, p. 17-18)

Esses métodos ligam-se tanto com as ideias quanto às práticas sociais, ao mesmo tempo em que a cultura consiste em significados, concessões e esquemas interpretativos, que são construídos por meio da participação de instituições sociais e práticas de rotinas: *“le procedure disoluzione dele controversie sono una diquestepratchediroutine”*. Assim, sua utilização reflete e ao mesmo tempo influencia a cultura de cada local (CHASE, 2009, p. 7-10).

Por fim, outro fator importante apresentado pela Resolução 125 que será determinante para quebrar o paradigma da judicialização do conflito social é o fato da mediação estar prevista enquanto política pública de tratamento de disputas. Para entender melhor o conceito de políticas públicas e sua importante função na sociedade, necessário aprofundar mais o tema, conforme item a seguir.

4 A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE UMA CULTURA DE PAZ

A relevância do estudo das políticas públicas está vinculada às mudanças da sociedade e seu desenvolvimento, a uma compreensão teórica dos fatores intervenientes e da dinâmica das próprias políticas, bem como à necessidade dos cidadãos entenderem o que está previsto nas políticas que o afetam, como foram estabelecidas e como estão sendo implementadas (SCHMIDT, 2008, p. 2308). Ou seja, o desenvolvimento e o progresso estão diretamente relacionados às iniciativas do Estado, o qual, por sua vez, atua “em prol dos interesses de um corpo político coletivo, a cidadania”, através das políticas públicas (HEIDEMANN, 2009, p. 28).

Na verdade, em termos político-administrativos, “o desenvolvimento de uma sociedade resulta de decisões formuladas e implementadas pelos governos dos Estados nacionais, subnacionais e supranacionais em conjunto com as demais forças vivas da sociedade”, de modo que estas decisões e ações de governo constituem o que se conhece genericamente por políticas públicas (HEIDEMANN, 2009, p. 28).



Contudo, para melhor entender o que significa essa expressão e sua importância, e para poder posteriormente conceituá-la, torna-se necessário voltar-se para as ações da esfera pública e ao plano das questões coletivas, sem olvidar que “a própria palavra ‘política’, por si só, já suscita um mundo de discordâncias no diálogo e nos debates entre as pessoas”, justamente por encerrar diversas acepções diferenciáveis (HEIDEMANN, 2009, p. 28). O público, por outro lado, se distingue do privado, do particular, do indivíduo, mas também se distingue do estatal: “o público é uma dimensão mais ampla, que se desdobra em estatal e não estatal”, pois ao mesmo tempo em que o Estado está voltado ao que é público, possui instâncias e organizações da sociedade que possuem finalidades públicas expressas, que denominam-se públicas não estatais (SCHMIDT, 2008, p. 2311).

Nesse sentido, percebem-se muitas divergências conceituais relativas à expressão “políticas públicas”: inicialmente, pode-se dizer que “política engloba tudo o que diz respeito à vida coletiva das pessoas em sociedade e em suas organizações”, mas também trata do conjunto de processos, métodos e expedientes usados por indivíduos ou grupos de interesse para influenciar, conquistar e manter o poder, ao mesmo tempo em que é “a arte de governar e realizar o bem público”. Enfim, a política pode ser compreendida como as ações e diretrizes políticas – fundadas em lei – empreendidas como função estatal por um governo, a fim de resolver questões gerais e específicas da sociedade, bem como ainda como teoria dos fenômenos ligados à regulamentação e ao controle da vida humana em sociedade (HEIDEMANN, 2009, p. 28).

A partir desses esclarecimentos principais, pode-se partir para uma definição da expressão “políticas públicas” com maior propriedade. Para o cientista político Thomas Dye⁴ (2008, p. 1), política pública é tudo o que o governo decide fazer ou deixar de fazer, como regular conflitos sociais, organizar a sociedade em face de outras sociedades, distribuir simbólicas recompensas aos membros da sociedade, extrair dinheiro através de taxas, entre outras coisas. Esta prática definição é bastante ampla e traz a ausência de ação em relação a uma questão – isto é, a inação – como uma forma de política. Entretanto, mais do que ação ou inação, o conceito de políticas públicas está intimamente ligado à ideia de intenção: para que haja uma política positiva, é necessária uma ação que materialize um propósito eventualmente enunciado. “Portanto, não há política pública sem ação, ressaltando-se, obviamente, as eventuais políticas deliberadamente omissivas perfiguradas por Dye” (HEIDEMANN, 2009, p. 30).

As políticas públicas, deste modo, são o conjunto de ações políticas voltadas ao atendimento das demandas sociais, focadas nos resultados das decisões tomadas pelo governo. No entanto, a perspectiva das políticas públicas vai além dos aspectos de políticas governamentais, já que o governo e sua estrutura administrativa não é a única instituição capaz de promover políticas públicas: outras entidades podem

4 “Public policy is whatever governments choose to do or not to do. Governments do many things. They regulate conflict within society; they organize society to carry on conflict with other societies; they distribute a great variety of symbolic rewards and material services to members of the society; and they extract money from society, most often in the form of taxes. Thus public policies may regulate behavior, organize bureaucracies, distribute benefits, or extract taxes – or all these things at once”. (DYE, 2008, p. 1)



perfeitamente ser agentes promotoras de políticas públicas, como associação de moradores, organizações não governamentais, empresas concessionárias, entre outros. Ocorre que, para contar com os serviços públicos que necessita, a sociedade não pode mais depender exclusivamente do governo e do Estado, de modo que outros atores tomam essa iniciativa e assumem funções de governança para resolver problemas de natureza comum. “Terceiro setor é o nome dado hoje ao esforço de produção do bem público por agentes não governamentais, mas ao mesmo tempo distinto do setor empresarial do mercado”⁵ (HEIDEMANN, 2009, p. 31).

Nessa conjuntura, sabe-se que o monopólio da força estatal está esfacelando em face da crise⁶ da legitimidade do Estado, de modo que cada vez mais se assiste à proliferação de direitos ditos inoficiais, ou extraestatais, decorrentes da falta de atenção do Estado para com os direitos fundamentais do cidadão e da crescente fragmentação e diversificação dos interesses sociais. Assim, “para superar sua própria deficiência, o Estado descentraliza parte de seus poderes em favor de instituições políticas locais e regionais”, fomentando o surgimento de entidades não governamentais e autossuficientes oriundas de comunidades locais. Desse modo, esta diminuição de atuação estatal “legitima a atuação dessas entidades (re)construídas a partir de forças sociais ou políticas”, aumentando o poder de organização dos cidadãos e a aplicação de regras criadas por eles para tratarem seus próprios problemas (SPENGLER, 2010, p. 275-278).

Essa descrença na justiça se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento, bem como pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios, e pela impossibilidade de seu cumprimento. Com efeito, verifica-se uma desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo à expectativa de tratamento adequado aos conflitos.

Portanto, essa perda de espaço do Estado⁷ dá lugar a uma pluralidade de ordens

5 Observa-se que o tema relativo ao Terceiro Setor não será aprofundado em razão de sua amplitude e da limitação de espaço.

6 A crise de eficiência da jurisdição é consequência de diversos pontos de ruptura, entre eles: crise estrutural, traduzida pelas dificuldades quanto à infraestrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos, de custos; crise objetiva, relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, bem como ainda, a burocratização, lentidão de procedimentos e acúmulos de demandas. A crise subjetiva ou tecnológica se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também mudança cultural e de mentalidade, especialmente quanto ao mecanismo lógico-formal. Por fim, a crise paradigmática diz respeito aos métodos e conteúdos utilizados pelo direito para buscar tratamento pacífico dos conflitos partindo da atuação prática do direito aplicável a cada caso (SPENGLER, 2010).

7 O Estado consiste antes de tudo, acredita-se, em um ser racional e coerente que age congruentemente. É justamente aí que ele falha. Desmoraliza o cidadão. Cada falha, seja tática, política ou moral, tem isso de singular, a saber, a congruência de seus atos. O Estado se contradiz; ele não se mantém, não resiste, não controla os acontecimentos; não domina sequer seus empreendimentos e projetos. Não reconhece nem mesmo aquilo que ele próprio realizou. Comporta-se como alguém sem caráter, não no sentido de um homem sem caráter, no sentido moral; mas no sentido em que os atos do Estado conflituam em seus propósitos. [...] O Estado transformou-se hoje numa força coercitiva no seio da qual se nasce, e a qual se aceita



não legitimadas por ele, cujos centros de poder muitas vezes são inoficiais, vez que se tratam dos próprios indivíduos aplicando suas regras no ambiente em que vivem, ou seja, em sua comunidade (BUBER, 2008, p. 65). Tudo isso provoca uma maior organização social e fortalecimento das relações entre os indivíduos e da própria identidade da comunidade em que vivem (SPENGLER, 2009).

Justamente por isso que, conforme a Resolução n. 125 do CNJ, a mediação foi instituída enquanto política pública de tratamento consensual de conflitos: “seu local de atuação é a sociedade, sendo sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos”, e sua finalidade consiste em “reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos” (SPENGLER, 2010, p. 312).

Mais do que isso, a mediação é um procedimento que permite às partes, através do mediador, conversar sobre o problema; *il mediatore migliora la comunicazione fra le parti, le aiuta a manifestare più chiaramente i propri interessi e a capire quelli dell'altra parte, saggia i punti di forza e quelli di debolezza delle rispettive posizioni*, entre outras atribuições. O mediador é a pessoa que identifica as possibilidades de acordo, ajudando as partes a formularem hipóteses passíveis de concordância e cumprimento (CHASE, 2009).

Logo, a mediação enquanto política pública torna-se uma promessa verdadeira na busca por uma cultura da paz em face de sua capacidade de transformar o caráter de ambos os litigantes e conseqüentemente da própria sociedade; *la capacità costruttiva della mediazione è basata sul suo carattere informale e consensuale*, na medida em que os litigantes consentem em definir o problema e os objetivos em seus próprios termos, construindo sua própria decisão (CHASE, 2009). Um exemplo de política pública de mediação de conflitos que está dando certo e obtendo resultados positivos é o projeto de extensão existente na cidade de Santa Cruz do Sul – RS, apresentado no próximo subcapítulo.

5 A COMPROVAÇÃO PRÁTICA DAS VANTAGENS DA MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA EM FACE DO PROJETO EXISTENTE EM SANTA CRUZ DO SUL

O projeto de extensão intitulado “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos”, que ora se analisa, nasceu a partir de pesquisas realizadas no Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC⁸ em parceria com o Curso

– declaradamente ou não – devido à insegurança, quer externa, quer interna, que ele oferece (BUBER, 2008).

8 As informações referentes à apresentação da instituição educacional foram retiradas do *site* da própria universidade: <http://www.unisc.br/>: O compromisso da UNISC para com a sociedade inclui ações sociais que oferecem oportunidades de crescimento social e intelectual a um número cada vez maior de pessoas, proporcionando melhores condições de vida, de saúde, de educação, e que contribuam para a vivência plena da cidadania. O fomento de projetos voltados à saúde, à educação, ao esporte, ao meio ambiente, à comunicação e ao desenvolvimento tecnológico assegura sua inserção na comunidade. E, ao primar pela excelência em seus projetos, reforça o



de Direito e com o Curso de Psicologia. Sua implementação ocorreu em março de 2009 por meio de um convênio entre duas instituições: UNISC e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS.

A primeira – UNISC – é instituição localizada na cidade de Santa Cruz do Sul/RS, comprometida com a ética e solidariedade, busca a superação de desafios em benefício da coletividade, utilizando ciência e tecnologia para tanto. Além disso, é uma universidade comunitária, cuja mantenedora é a Associação Pró-Ensino em Santa Cruz do Sul – APESC. O segundo – TJ/RS – gestiona todos os assuntos pertinentes à justiça e à magistratura no RS fiscalizando todos os projetos que envolvam de forma direta ou indireta os ritos e os processos judiciais da justiça estadual.

A importância social do projeto⁹ em comento se justifica pela necessidade de se buscar novas alternativas que possam atender de forma adequada e célere ao contingente conflitivo atual em face das crises que o Sistema Judiciário enfrenta, conforme amplamente arrazoado no presente artigo. O que se propõe é pensar a mediação não apenas como meio de acesso à justiça, aproximando o cidadão comum e “desafogando” o Poder Judiciário. Pretende-se mais: “discutir/fazer mediação” enquanto meio de tratamento de conflitos eficaz, possibilitando o cumprimento efetivo do acordo firmado e, conseqüentemente, diminuindo a incidência de novas demandas.

O objetivo geral, por sua vez, é propor e efetivar a prática da mediação como meio consensual, autonomizador e democrático para o tratamento de conflitos sociojurídicos; já os objetivos específicos compreendem a aplicação de técnicas de mediação que resultem num tratamento adequado às demandas conflitivas atuais, cujas respostas sejam construídas pelas partes de maneira consensuada, autônoma e democrática, restabelecer a comunicação entre as partes mediante o uso de técnicas adequadas, comprovar que existem alternativas autonomizadoras e democráticas para o tratamento dos conflitos, dentre elas a mediação, como também demonstrar que o conflito pode ter resultados positivos se bem administrado.

Assim, a sistemática do projeto engloba a realização da prática judicial da mediação nas Varas do Juizado da Infância e Juventude e Varas Cíveis do Fórum da Comarca da cidade mencionada, através da escolha de processos realizada pelos magistrados de cada Vara¹⁰. A estrutura do trabalho de extensão compreende, inicialmente, a seleção e formação de mediadores e bolsistas para atuarem de fato nas atividades práticas, para, posteriormente, se dar início à mediação propriamente dita. Para que isso aconteça, então, após o ajuizamento e distribuição das ações, o juiz verifica a possibilidade de realização da mediação em cada feito e, nestes casos, as partes são intimadas para comparecer à sessão de mediação.

Ato contínuo, ocorrendo a concordância das partes em submeter o conflito ao

compromisso com o desenvolvimento regional.

9 Importante mencionar que todas as informações referentes ao projeto, tanto em relação aos procedimentos quanto aos resultados, foram retiradas de relatórios entregues aos financiadores do mesmo.

10 Observa-se que a mediação pode ocorrer extrajudicialmente também, mas no caso ora em análise as sessões ocorrem em processos que estão em andamento.



procedimento de mediação, o mediador inicia os trabalhos, contando com o auxílio dos bolsistas, que realizam tarefas burocráticas, como cadastramento das partes, digitação das informações no computador, entre outros. Observa-se que, caso as partes não queiram participar do procedimento de mediação, o processo seguirá seu trâmite normal até desfecho final da lide (por sentença ou por acordo); da mesma forma, podem as partes desistir do procedimento a qualquer momento, assim como os mediadores poderão suspendê-lo sempre que verificado risco de integridade física ou psicológica para qualquer um dos integrantes.

Além disso, ao final do procedimento, é sempre redigido um termo relativo à sessão de mediação realizada, informando ao juiz seu resultado – se houve acordo ou não, se a sessão se realizou ou não. Caso exitoso o acordo, o magistrado será informado de suas disposições e o homologará¹; se não houver acordo, o processo segue seu trâmite tradicional. Por fim, após a realização da sessão é feita uma pesquisa com as partes para que elas possam avaliar como foi a sessão do ponto de vista delas, se foi proveitosa, se se sentiram bem, etc. Após todos os atendimentos, é feita uma análise dos resultados, que são contabilizados no final de cada mês.

Desse modo, após o início de suas funções, o projeto já demonstrou que dá certo através da análise de seus resultados. Como indicadores de avaliação, são observados o cumprimento das ações previstas para cada um dos integrantes, bem como o atendimento dos objetivos geral e específicos propostos no projeto, o envolvimento dos participantes e da comunidade atingida pela proposta – o grau de atendimento de suas expectativas – que é medido por um “formulário de satisfação” do serviço de mediação prestado, como também o número de mediações realizadas, a inserções na graduação e pós-graduação dos resultados práticos alcançados e, por fim, a produção de um texto científico que tenha por objetivo divulgar o trabalho realizado e seus resultados.

Por outro lado, todos os resultados obtidos desde o início do projeto – março de 2009 – até o final do ano de 2010, foram quantificados; das 368 sessões de mediação agendadas, foram realizadas 282. Destas, 74% obtiveram acordos (65% acordos totais e 9% acordos parciais) e apenas 26% foram inexitosas, isto é, as partes não chegaram a um consenso.

Já os resultados qualitativos se referem à pesquisa realizada com as partes após a sessão de mediação. Foi perguntado se acharam justo o acordo obtido na mediação; 90% dos que realizaram a pesquisa entenderam que sim e apenas 10% entenderam que foi parcialmente justo o acordo realizado. Perguntado se a mediação ocorreu em tempo aceitável, 90% entenderam que sim, 5% entenderam que parcialmente e 5% não responderam. Para a pergunta que questionou o tratamento dos mediadores durante a mediação, 98% entenderam que foi bom e 2% não responderam. Questionada a possibilidade de voltar a fazer mediação caso necessário, 94% dos entrevistados concordaram com a possibilidade e apenas 6% discordaram. Para a pergunta que questionou se o mediando se sentiu obrigado a fazer o acordo, 95% responderam que não e 5% responderam que sim. Em relação à competência profissional dos mediadores, 53% responderam estar muito satisfeitos, 40% satisfeitos e 7% não responderam.



Portanto, esses dados demonstram claramente que o projeto em comento atinge seu objetivo e tem condições de continuar suas atividades no sentido de implantar uma nova cultura, educando para a prevenção de conflitos e buscando uma sociedade mais harmônica e democrática. Conseqüentemente, os resultados positivos comprovam que a mediação é uma alternativa à rigidez do rito judiciário, tanto na forma procedimental quanto resolutive, bem como é instrumento consensuado, autônomo e democrático no tratamento de conflitos.

A mediação, por fim, não constitui um fenômeno novo, “na verdade sempre existiu e passa a ser redescoberta em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação de litígios”. Torna-se, no contexto cultural brasileiro, uma importante política pública na busca por uma cultura de paz (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 149).

REFERÊNCIAS

- BENASAYAG, Miguel; DEL REY, Angélique. *Elogio del conflicto*. Milano: Feltrinelli, 2008.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BUBER, Martin. *Sobre comunidade*. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CHASE, Oscar G. *Gestire i conflitti: diritto, cultura e rituali*. Roma: Laterza, 2009.
- DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 12 ed. New Jersey: Pearson, 2008.
- HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análises* Brasília: UnB, 2009.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos ; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direito sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.
- SPENGLER, Fabiana M. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos. *Revista pensar*, v. 14, n. 2, 2009.
- _____. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.



CAPÍTULO VIII

A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS DE GUARDA¹

Luthyana Demarchi de Oliveira²

1 INTRODUÇÃO

A remodelagem das famílias com o advento das mudanças do mundo moderno estabelece a adoção de princípios constitucionais na esfera privada, que trazem novos conceitos aos institutos existentes. Desse modo, o direito de família se renova com a proclamação da Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, e traz como bem de tutela jurídica “a afetividade” das relações. Essas inovações remodelam antigos institutos, é o caso da guarda.

Assim, amparado pela Constituição Federal, que tem como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, o instituto vem remodelar a guarda, com o objetivo de priorizar a convivência dos filhos para com seus genitores.

Diante dos novos conflitos de guarda, a mediação torna-se uma política para efetivação de alguns institutos jurídicos como é o caso da guarda compartilhada. Esse instrumento de tratamento nasce com o objetivo de transformar o conflito através de um terceiro imparcial, chamado de mediador, que faz com que os envolvidos reflitam sobre as questões de conflito, introduzindo pressupostos da cooperação, da divisão de deveres e responsabilidades e da comunicação como referências para o diálogo.

O presente artigo expõe através de uma revisão bibliográfica, a mediação como política para o tratamento dos conflitos de guarda, já que essa é uma questão que é frequentemente abordada nos Juizados de Família e envolve vários fatores que ultrapassam o processo judicial.

1 O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado *Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz* financiado pelo CAPES/CNJ, coordenado pela professora Doutora Lilia Sales e do qual é pesquisadora a autora. A produção do texto também foi formulada a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto.

2 Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz. Bolsista CAPES/CNJ junto ao projeto *Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz*. Especialista em Direitos Humanos pelo Instituto de Filosofia Berhier/ Passo Fundo/RS. Especialista em Direito Civil pela Imed/Passo Fundo/RS. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Prof^a Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto. Advogada. Endereço eletrônico: luthyoliveira@hotmail.com . Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2903682177640016>



Nesse sentido, após uma breve contextualização histórica da mediação, aborda-se seus conceitos, características e pressupostos, adotando o presente mecanismo como política pública de tratamento³ dos conflitos de guarda.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA MEDIAÇÃO

A ruptura do vínculo conjugal, na maioria das vezes, vem acompanhado de forte agressividade, objetivando na maior parte dos casos uma vingança eterna. A carga de mágoa advinda com essa perda afetiva ganha força, fazendo que o conflito permaneça para o resto da vida. É comum para aqueles que atuam na área de Direito de Família casos de litígios intermináveis e muitas vezes patológico.

Para Zimerman:

um casal possui vínculos emocionais que podem estar sendo mantidos por meio de um processo judicial infundável, por um dos cônjuges ou pelos dois conluiados inconscientemente, como meio de evitar a enorme angústia que seria desencadeada pelo término definitivo do vínculo e mesmo como forma de sua preservação. (apud LEVY, 2008, p.120).

Diante de um quadro de conflitos constantes e de resoluções superficiais, como, por exemplo, nas ações de guarda, a alternativa que nasce é a mediação. A mediação é a solução que vem sendo apresentada para conscientização do problema, transformação do conflito e abertura do diálogo.

A mediação é milenar e tem uma história longa e variada em diversas culturas. As culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduísta, budista, indígenas têm práticas de mediação. Segundo relatos de Moore (1988, p. 13), em tempos bíblicos, as comunidades judaicas utilizavam a mediação tanto por líderes religiosos quanto políticos. As tradições judaicas de solução de conflito foram transportadas para as comunidades cristãs emergentes e viam Cristo como mediador supremo. Nas culturas islâmicas, a tradição da mediação se dava nas sociedades pastoris do Oriente Médio, onde os problemas eram resolvidos através de uma reunião comunitária dos idosos.

3 Cabe explicar que se utilizará a expressão “tratamento” em vez de “resolução” de conflitos, justamente

por entender que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Isso porque “a supressão dos conflitos é relativamente rara. Assim como relativamente rara é a plena resolução dos conflitos, isto é, a eliminação das causas, das tensões, dos contrastes que os originaram (quase por definição, um conflito social não pode ser “resolvido”).” (BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 228, BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 e SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: UNIJUÍ (2010). Nesse sentido, a expressão “tratamento” torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito buscando uma resposta satisfatória.



No hinduísmo e no budismo, aldeias empregavam o sistema denominado *panchayat*, em que um grupo de cinco membros mediavam as disputas e exerciam funções administrativas.

Nesse mesmo sentido, continua o autor (1998, p. 13) explicando que na China, no Japão e em várias sociedades asiáticas a mediação é usada para enfatizar o consenso social, a persuasão moral e a busca do equilíbrio e da harmonia nas relações humanas. Nos textos sagrados do budismo existem pelos menos três casos em que Buda atuou com mediador. Em fase de ascensão, a mediação cresceu na América, em especial nos Estados Unidos e no Canadá, onde essa prática de resolução de conflito era de natureza informal e voluntária, sem contar os mecanismos preexistentes dos povos americanos nativos.

Nesse sentido Levy explica:

Como método alternativo ao Poder Judiciário de solução de conflitos, temos notícias de que nos Estados Unidos da América, a partir da década de 60, a mediação começa a tomar vulto e que, na década de 70, a Universidade Havard para instituí-la como método de composição empresarial. Contudo, a partir da década de 80 do século passado, os nortes-americanos passam a aplicar a mediação de forma sistematizada justamente para minimizar as consequências danosas sofridas pelos filhos. Ocorre o *boom* do fenômeno “mediação”. Dos Estados Unidos da América a mediação migra para o Canadá e atinge a Europa a partir da França. Chega na década de 90 à Argentina e, logo a seguir, ao Brasil. (2008, p. 121).

Em relação a mediação familiar, mais especificamente, tem-se que

Surgiu nos Estados Unidos por volta de 1970, quando D.J. Coogler, conselheiro de família, psicólogo e advogado de Atlanta (Geórgia), iniciou sua prática como “método eficaz para resolver conflitos relacionais de ordem judicial”. Apareceram, assim, as primeiras em mediação familiar. Dos Estados Unidos a experiência difundiu-se para a Austrália e Canadá. Uma década após, já havia 44 estados americanos utilizando-se dela (SIX apud FUGA, 2003, p. 65).

Nesse sentido, noticiam alguns serviços mais antigos de mediação familiar na Europa, que aconteceram em Bristol, na Inglaterra, no ano de 1977, onde o tribunal introduziu o serviço de conciliação judiciária e, no ano seguinte, criou o serviço de mediação independente, denominado *Service de Conciliation des Familles*. Na França, entre 1963 a 1978, foram fundadas várias associações de terapia familiar, e a mediação desenvolveu-se, mais precisamente a partir de 1987. Para Fuga (2003, p.66), desde 1990, a mediação familiar, encontra-se implantada como serviço público estatal, como a *Association pour la Promotion de la Mediation Familiale*. Em Portugal, tem-se notícia que, em 1993, em esforço conjunto interdisciplinar iniciou-se o Instituto Português de Mediação Familiar.



No Brasil, a mediação

É entendida como uma justiça alternativa sem regras precisas ou ainda uma pacificação de conflitos confundida com a conciliação. Hoje, ainda que persista divergência doutrinária sobre a conceituação da mediação e as diferenças existentes com a conciliação, esse fato se deve a diversas maneiras de estudá-la, de acordo com posicionamentos até filosóficos sobre o assunto. (FUGA, 2003, p. 66).

No âmbito nacional, várias são as iniciativas de implementação da mediação familiar. Os cursos de Direito tiveram que incluir na grade a disciplina de Mediação, Arbitragem e Conciliação, sendo esse critério de avaliação para o MEC. Em 1997, para regulamentar a prática harmônica da mediação, foi fundado o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA).

O Projeto de Lei de Mediação (n. 94/03), já aprovado pelo Senado e encaminhado para a Câmara de Deputados, institui e disciplina a mediação como método de prevenção e solução de conflitos, dando nova redação ao artigo 331 e parágrafos do Código de Processo Civil. Existe ainda o projeto de Lei n. 505, de 2007, recomendando o incentivo da mediação familiar, propondo, assim, alteração do art. 1.571 do Código Civil, passando à seguinte redação: “Na separação e no divórcio deverá o juiz incentivar a prática de mediação familiar.”

Destaca-se ainda o Projeto de Lei n. 2.285/2007, conhecido como Estatuto das Famílias, que estabelece que em casos de disputa parental pela guarda exclusiva dos filhos, deve o juiz, antes de decidir, ouvir a equipe multidisciplinar e utilizar a mediação (parágrafo único do art. 97).

Recentemente, a resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, estipula uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse, assegurando a todos a solução dos conflitos por meios adequados, atendendo sua natureza e peculiaridade (art.1º).

Assim, a adoção da mediação para o tratamento dos conflitos familiares, em especial quanto à guarda dos filhos, torna-se um instrumento facilitador para o diálogo e o bem de todos os envolvidos. Após essa breve contextualização histórica, o próximo ponto a ser abordado são os conceitos e as características da mediação como mecanismo de tratamento do conflito.

3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO

A mediação é um instrumento de tratamento do conflito, que tem como objetivo facilitar o diálogo dos envolvidos, mas sem regras precisas. É vista ainda como uma forma de pacificação de conflitos e, muitas vezes, é confundido com a conciliação.

Pode-se dizer que a mediação, para que chegasse ao estágio atual, descende de alguns modelos, que são os seguintes: o modelo tradicional linear de Harvard, o



modelo transformativo, o modelo circular-narrativo e o modelo proposto como terapia do amor da ALMMED – Associação Latino-Americana de Mediação, Metodologia e Ensino do Direito.

O modelo tradicional linear, mais conhecido como Programa de Negociação da Escola de Harvard, fundamenta-se na comunicação entendida em seu sentido linear. Consiste em dois ou mais indivíduos que se comunicam, expressando seu conteúdo, enquanto o outro escuta. Nesse modelo a função do mediador é ser um facilitador da comunicação, de modo a conseguir um diálogo. Está centrado na comunicação verbal.

Cabe observar que o mediador deve ser neutro e imparcial, entendendo-se como ausência de pré-julgamentos, valoração e crenças, e também deve-se manter equidistante das partes, ou seja, sem realizar nenhum tipo de vínculo com as partes.

Nesse sentido, o modelo de Harvard está centrado no acordo, não prevendo ou não conseguindo prever se a situação permanecerá ou reaparecerá. Assim:

Observa-se que a mediação proposta pelos teóricos de Harvard, refere-se a uma mediação de interesses, pode-se dizer que não passa de uma fórmula normativista, uma vez que Kelsen demonstrou que o acordo entre as partes nada mais é do que uma norma particular (contrato é lei entre as partes) (EGGER, 2008, p.119).

O modelo transformativo de Bush e Folger não fundamenta-se na comunicação, mas na atenção ao aspecto relacional. Objetiva principalmente modificar a relação das partes, opondo-se ao modelo tradicional, pois não centra somente em conseguir acordo. Nesse sentido explica Moore:

Seu método trabalha para lograr, fundamentalmente, o “empowerment”, que pode ser entendido como um potenciamento do protagonista, ou seja, como algo que se dá dentro de uma relação, pelo qual as pessoas potenciam aqueles recursos que lhes permitem ser um agente, um protagonista, de sua vida, ao mesmo tempo em que se fazem responsáveis por suas ações. Em suma, é o reconhecimento do outro, como parte do conflito, vale dizer, o reconhecimento do coprotagonismo do outro (1998, p. 48).

O modelo circular-narrativo de Sara Coob está baseado na comunicação circular, entendida como um todo. Nesse método, o objetivo é a dissolução do conflito por meio de técnicas advindas da teoria da comunicação e da terapia familiar (o acordo não é o objetivo principal, mas pode ser uma consequência da mediação), conforme explica Egger (2008, p.123). Tendo comunicação como um todo, as partes obrigatoriamente vão se comunicar. Nesse método não há uma coisa única que produza um determinado resultado, senão que existe uma causalidade de tipo circular, que permanentemente se realimenta. Busca tanto as relações como o acordo.



Já o modelo waratiano, conhecido como terapia do amor, propõe mediar a partir da psicoterapia do reencontro ou do amor perdido; busca uma forma de realização da autonomia, uma possibilidade de crescimento através do conflito. Nas explicações do mestre Warat:

Quando se fala de “mediação e sensibilidade” está se referindo a “uma terapia do reencontro mediado” (TRM) ou do “amor mediado” poderia ser um dos modos adequados de caracterização da mediação em sentido estrito, sendo sua proposta no sentido de que a mediação como TAM (Terapia do Amor Mediado), “ possa ajudar as pessoas a compreender seus conflitos com maior serenidade, retirando deles a carga de energia negativa que impede a sua administração criativa (2004, p. 92).

Nesse sentido, esse modelo surge em meio a nova tendência de preocupação para com as comunidades de origem popular e de periferia, pois são nesses locais que nascem os exemplos e práticas de novos modos de transformação de conflito a partir das próprias identidades. É uma prática cultural e uma concepção nova para o direito, um modo particular de terapia baseada na compaixão e na sensibilidade. Assim, continua Warat:

A mediação seria um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício, como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo; uma verdade que deve ser descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus na descoberta de uma verdade que é só imaginária. Um juiz que decide a partir do sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, um lugar de decisão que não leva em conta o fato de que o querer das partes pode ser diferente do querer decidido. (1998, p.12).

A partir dos modelos apresentados pode-se entender o sentido da mediação e aproximar-se de uma concepção. Num sentido mais amplo, entendido por alguns autores como fenômeno sócio-cultural ou uma política da cultura:

A vida social só existe através das diferenças. São elas que, a partir da interação, como processo universal, produzem e possibilitam as trocas, a comunicação e o intercâmbio. O estudo desse sentido da mediação, e especificamente, dos mediadores permitem constatar como se dão as interações entre categorias sociais e níveis culturais distintos. (VELHO E KUSCHNIR apud EGGER, 2008, p.46) .

Para Morais e Spengler,



A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. (2008, p.133).

Em relação à mediação familiar, leciona Leite:

A proposta da mediação é inovadora e revolucionária, porque, convocando à tomada de decisões, desloca a responsabilidade do ente público (Poder Judiciário) para a esfera privada (casal) fazendo com que as partes decidam matéria de seu exclusivo interesse, de acordo com os ditames e parâmetros legais e de acordo com a dinâmica de cada grupo familiar. (2008, p. 109).

A mediação, normalmente, é conduzida por um terceiro, denominado “mediador”, que tem por objetivo auxiliar as partes em conflito a chegarem a um entendimento. Nesse sentido, a mediação

Propõe a compreensão de um obstáculo (conflito) para transformá-lo em um aprendizado e uma saída possível, construída pelos mediandos com o auxílio de um facilitador (mediador) capacitado. É uma proposta de tomada de consciência, de um repensar sem paixão. É a busca pessoal do caminho do meio. (LEVY, 2008, p.122).

A pessoa eleita para a mediação deve ser imparcial e deve objetivar a transformação do conflito. O mediador não julga e tampouco concilia, tarefa essa realizada por conciliador ou por um árbitro. A mediação não se confunde com a conciliação e a arbitragem. Nesta, o terceiro neutro, um árbitro exercerá a função de juiz, enquanto na mediação os próprios mediandos assumem as responsabilidades do conflito e das decisões.

Difere-se, igualmente, da conciliação, pois nessa como expõe Egger “o conciliador faz sugestões incentivando as partes para a realização do acordo”(2008, p. 64). Para tal diferenciação explica Fuga citando Warat:

as partes podem querer submeter-se à mediação com a intervenção do mediado, terceiro imparcial. Mas se, ao final não tiver ocorrido uma transformação do conflito, apenas um acordo negociado, estará a mediação familiar fazendo o mesmo papel da conciliação judicial, oportunizada pelos juízes. A respeito Warat é claro: “[...] o querer das partes pode ser diferente do querer decidido – grifos do autor.

E prossegue: “Nem sempre o que eu digo revela o que eu quero. Muitas vezes o que eu digo revela o que eu quero. Significa dizer que a sentença final nem sempre consegue server o que as partes quiseram dizer durante a lide, e ocorre igualmente a mesma situação no acordo



judicial. Nem sempre o acordo é lavrado com a real intenção das partes, porque elas não revelam verdadeiramente o que pensam e sentem (2003, p.74).

Nesse sentido, aos poucos se abstrai as características da mediação. Pode-se dizer que é caracterizada por ser um procedimento voluntário, ou seja, a aceitação das partes tanto para o procedimento quanto para o mediador, para um bom desfecho da mediação. Para que isso aconteça, Leite explica: “A capacidade profissional do mediador (aptidão técnica e sensibilidade) aliada à sua postura conciliadora (capacidade de manter a neutralidade mesmo face ao fragor das diferenças de ordem pessoal) são fundamentais ao sucesso de sua atuação face ao casal” (2008, p.115).

Outra característica é a rapidez e efetividade dos resultados, diversamente do que acontece no processo judicial que é desgastante e moroso, e, muitas vezes, a decisão não é efetivada, sem mencionar os altos custos de um processo judicial. Apresenta-se, desse modo, de forma ampla, não se limitando a aspectos jurídicos, interpretando a história do conflito.

Nesse sentido, leciona Warat:

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam os choques de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa. (2004, p. 60).

Ressalta-se que é um procedimento consensual, ou seja, favorece um tratamento de consenso para o conflito, fazendo com que as soluções encontradas sejam satisfatórias para os envolvidos. Devem ser sigilosas, pois o princípio da confidencialidade caracteriza a mediação e resguarda a privacidade das partes. Sobre o assunto Egger afirma que

Entre os principais benefícios do instituto da mediação, destacam-se a rapidez e efetividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional e do custo financeiro, a garantia de privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação e promoção de ambientes cooperativos, a transformação das relações e a melhoria dos relacionamentos. (2008, p.78).

Assim, a mediação torna-se um mecanismo de tratamento do conflito produzida pelas próprias partes, através da ajuda de uma pessoa denominada mediador, cuja finalidade é transformar as relações e proporcionar o bem-estar dos envolvidos. Mas para que o procedimento aconteça é necessário alguns pressupostos que serão



pautados a seguir.

4 PRESSUPOSTOS DA MEDIAÇÃO

A mediação é um procedimento que exige alguns pressupostos para que possa acontecer. Muitos são confundidos com os princípios da mediação, contudo os pressupostos são os requisitos para o procedimento. São considerados pressupostos: a voluntariedade, a participação, o respeito, a escuta, a cooperação, a solidariedade, responsabilização e a comunicação.

Tais pressupostos são variáveis para cada autor, mas os elencados acima são, para a maioria, os essenciais. O procedimento necessariamente deve ser voluntário, aceito pelas partes para que se torne real e eficaz no tratamento do conflito. Assim, necessariamente deve ter a participação, o respeito e a cooperação dos envolvidos, pois se não houver essas disponibilidades de requisitos já resta prejudicado. Nesse sentido,

Ninguém participa de um processo de mediação a não ser mediante a vontade absolutamente livre. Quando alguém busca um meio de resolução de disputa o faz por necessidade ou coação. No caso da mediação, as pessoas aceitam ou buscam porque querem e confiam que poderão obter um resultado satisfatório. O objetivo e consenso transformado em acordo com relação às questões da discussão. (SERPA, 1999, p. 153).

O reconhecimento e o respeito pelo outro faz com que cada um tome consciência de suas responsabilidades, pois é na particularidade da situação em que se está inserido que o outro é solidário com os demais. Para Vezzula,

A mediação, a partir da cooperação, da participação ativa, do envolvimento dos diretos interessados, nos propõe a aproximação às pessoas respeitando suas identidades, suas culturas por meio de um trabalho a realizar com elas a partir do reconhecimento, dessa legitimação, dessa situação particular, acolhendo-as. Ou seja, recebendo-as tais como são, assim como desejam ser recebidas. (2005, p.37).

Os outros dois pressupostos importantes são a escuta e a comunicação. Os envolvidos só voltarão a comunicar-se se perceberem a escuta, ou seja, ouvir o outro. É restabelecer o vínculo comunicativo que foi rompido. Para que isso aconteça “o mediador tem de facilitar a comunicação entre as partes e sua principal função é conduzir o diálogo, escutando-as e formulando perguntas” (2009, p.128).

Nesse sentido, explica Vezzula,



A mediação é um procedimento informal que promove a participação, a autocomposição por meio do respeito, da colaboração, da apropriação responsável dos problemas e de suas soluções. O mediador promove o desenvolvimento das habilidades dos participantes por meio de técnicas de reconhecimento mútuo, até produzir-se solidariedade. As pessoas se reúnem e discutem suas necessidades, elas estão se sensibilizando por se escutar uma a outra até compreender as necessidades de todos. Precisamente através deste ser solidário com outro e com suas necessidades é que se comprometem a trabalhar para atender às próprias necessidades, mas fundamentalmente às de todos. (2005, p.47).

Desse modo, a mediação torna-se um mecanismo para que os envolvidos voltem a restabelecer o diálogo e a comunicação, e isso só é possível se preencher os pressupostos do processo de mediação. Nesse sentido, a mediação nasce como mecanismo de uma política pública de tratamento do conflito, que será analisada a seguir.

5 A POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO DE CONFLITO

O quadro de crise do sistema de jurisdição exigiu do Estado reformas de modo a garantir e assegurar o princípio de acesso à justiça dos cidadãos. Nesse sentido, cria através da emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que inclui no art.103-B da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça, que é o órgão encarregado de desenvolver ações e programas com o objetivo de garantir o controle administrativo e processual, a transparência e o bom funcionamento do Judiciário.

Dessa forma, dentre as múltiplas funções do Conselho Nacional de Justiça, estipula-se a implementação de ações de reforma do sistema de justiça, instituindo, assim, uma política de tratamento adequada aos conflitos, através da Resolução n. 125, de novembro de 2010.

A política pública, normalmente, é instituída, tendo como base conceitual os problemas da esfera pública. Nesse sentido, explica Schmidt:

Ou seja, diz respeito ao plano das questões coletivas, da *pólis* [...]. O termo política pública é utilizado com significados algo distintos, com uma abrangência maior ou menor: ora indica um campo de atividade, ora um propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa [...] em uma política há sempre uma teia de decisões e ações que alocam (implementam) valores; uma instância que, uma vez constituída, vai conformando o contexto no qual as decisões futuras serão tomadas; e, mais do que uma única decisão, o envolvimento e uma teia de decisões e o desenvolvimento de ações no tempo. (2008, p.2311).



Dessa forma, ampliando a abrangência da política, conforme os termos da Resolução n. 70, de 18 de março de 2009, do próprio Conselho, estipula-se que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social serão os objetivos estratégicos do Poder Judiciário e que o direito de acesso à justiça, conforme o previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, implicará também a ordem jurídica justa. Para Baccelar,

A finalidade do Poder Judiciário é a pacificação social e, portanto, independentemente do processo e do procedimento desenvolvido para a resolução dos conflitos no âmbito do que se denomina monopólio jurisdicional, também cabe ao Judiciário incentivar mecanismos e técnicas que mais se aproximem o cidadão da verdadeira Justiça. (2003, p. 222).

A justificativa de implementação da política pública considera o largo e o crescente aumento dos problemas e conflitos jurídicos na sociedade, de forma a organizar e consolidar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação. Assim, “desenvolvem-se novas políticas sociais referentes ao papel jurisdicional do Estado frente a essa explosão de litigiosidade, decorrente da complexidade socioeconômica moderna” (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.113).

A Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça estipula uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse, assegurando a todos a solução dos conflitos por meios adequados, atendendo sua natureza e peculiaridade (art.1º).

O objetivo desse artigo é assegurar que todos os cidadãos tomem conhecimento do seu direito ao atendimento e orientação ao seu problema, oferecendo mecanismos de tratamento de controvérsias, em especial os denominados consensuais, como a mediação e a conciliação, e não havendo resultado, assegurar a solução mediante sentença do órgão judiciário.

A implementação da política, priorizando a qualidade dos serviços e a disseminação da cultura de pacificação social, deverá priorizar a centralização das estruturas judiciárias, formação e treinamento adequado aos servidores, conciliadores e mediadores e acompanhamento estatístico específico.

No art. 4º da resolução reitera-se uma das atribuições do Conselho Nacional de Justiça, de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação, prevendo a implementação do programa com a participação de uma rede de todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como pelas entidades públicas e privadas parceiras e as entidades de ensino.

A resolução menciona a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, de modo a solucionar e prevenir os litígios, já que sua prática



em programas já implementados no País tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, devendo servir de base para a criação de juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria. Nas palavras de Favreto,

Devemos, trabalhar com a solução pacífica e negociada – portanto, mais preventiva do que curativa – dos problemas que surgem na sociedade, visando à estrutura de um processo de formação de pacificação social no âmbito das lides – judicializadas ou não. (2009, p.18).

Por fim, estabelece ainda a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública. Nesse sentido, a seguir aborda-se, especificamente, a mediação como política pública de tratamento dos conflitos de guarda.

6 A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS DE GUARDA

A mediação sendo uma proposta inovadora que potencializa a capacidade de compreensão dos problemas, faz com que os envolvidos produzam o tratamento do conflito. Trata-se, assim, de um novo paradigma,

Uma nova maneira de interação nos conflitos interpessoais. Traz à tona o desejo das pessoas em resolver seus próprios conflitos e realizar suas próprias escolhas. Propõe a autodeterminação e autonomia dos mediandos. Incentiva o olhar para um planejamento do futuro, que se pretende tranquilo e promissor, deixando as mágoas e os rancores no passado. (LEVY, 2008, p. 123).

Nesse sentido, a Ministra Andriighi explana:

Em conflito de família deve-se primar pela diluição do conflito e não pela solução dele. O solucionar se opera com a prolação de sentença que é imposta às partes, da qual sempre advirá um vencedor e um vencido. O diluir pressupõe que as próprias partes encontrem o caminho da convivência respeitosa, subjazendo aí a continuidade da relação pós-separação. Dessa forma se poderá priorizar a relação 'pai-mãe' em lugar da relação 'marido e mulher', o que permite colocar, acima de tudo, o bem-estar dos filhos, garantido-lhes o direito de uma convivência tranquila com ambos (2003).



Desse modo, a mediação familiar restaura o diálogo, estabelecendo soluções para o problema sem prejudicar os envolvidos, em especial os filhos, transformando o conflito em prol do bem comum. Assim, em matéria de guarda e visitação, não adianta tomar uma decisão sem a participação ou convencimento dos pais, uma vez que o conflito é latente e permanente. Diante desse entendimento argumenta Leite:

Em matéria de guarda e visitação, os juízes já se convenceram que de nada adianta qualquer decisão, sem a participação, aceitação e convencimento dos pais (que chamaríamos de interiorização da responsabilidade), na medida em que ela não se impõe, pela falta de legitimidade das decisões externas ao casal, da mesma forma, este processo de participação e aceitação vem, cada vez mais, se estendendo a outras searas, igualmente tormentosas do Direito de Família (alimentos, partilha de bens etc.). (2008, p.109).

Nesse sentido, a mediação torna-se uma prática que envolve a todos, seja os genitores, seja os operadores de direito, seja a sociedade em geral, pois demonstra e transforma os novos papéis da família, incluindo aqui a tomada conjunta de decisões. Dessa maneira, Serpa explica:

Na mediação familiar que se refere à guarda de filhos, ao invés de se basear a determinação da guarda dos filhos na averiguação da conduta pessoal passada dos pais, “pergunta-se quais são as necessidades da criança? E a consequente: Qual a melhor maneira de atender a essas necessidades? A pergunta que os mediadores fazem para resolver a questão da guarda dos filhos é: Que futuros planos de paternidade podem vocês entabularem de forma a continuar o trabalho de educação e amor com os filhos? A pergunta orientada para o futuro relacionamento demanda a colaboração dos pais e a criação conjunta de planos de ação. (apud LEVY, 2008, p. 124).

Ressalta-se que a mediação está sendo utilizada em nossos tribunais, com a edição de norma institucionalizada para a sua aplicação, como é o caso do Tribunal do Distrito Federal e do Estado de Goiás. Segundo Vileva (2003), outros tribunais incentivam a aplicação deste instituto, mesmo diante de inexistência de lei específica, como, por exemplo, o Tribunal do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Pernambuco. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) está elaborando uma experiência para criar um centro de mediação para processos em primeira instância. No Distrito Federal, através da resolução n. 02, de março de 2002, foi institucionalizada a mediação a ser aplicada aos processos de primeira instância. O Tribunal de Goiás anunciou este ano a edição de uma lei que institucionalizará a mediação a ser utilizada em segunda instância.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴ instaurou, em 1994, o Projeto

4 RIO GRANDE DO SUL, Poder Judiciário. *Mediação Familiar*. Disponível em: www1.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/mediacao_familia.html.



Mediação Família, junto às varas de família do Foro Central da comarca de Porto Alegre. O Juiz do Projeto, na tentativa fracassada de acordo em audiência de conciliação, mas verificando a possibilidade de sucesso em novos encontros, remeteria o processo ao mediador. Esse profissional será um servidor do Judiciário com formação em Serviço Social e treinamento nas técnicas de mediação, que irá auxiliar o casal na identificação de conflito, fomentando o surgimento de alternativas de conciliação.

Igualmente, há várias Comarcas no Rio Grande do Sul, como Passo Fundo e Santa Cruz do Sul, que vêm adotando a prática de mediação familiar, de modo a estimular a solução alternativa do conflito. Pode-se mencionar que há duas possibilidades da prática de mediação, a preventiva e a curativa. A primeira se dá quando uma das partes procura o atendimento jurídico e se vê a possibilidade de o caso ser inserido no projeto de mediação. Quando os envolvidos já estão dispostos para a mediação, já se marca uma sessão e as partes já começam a ser atendidas, exitoso o procedimento, lavra-se o termo de mediação, para que seja homologado junto ao Juízo de Família.

A segunda possibilidade pode ser chamada de curativa. Ela se dá quando o processo judicial já está em andamento, e o Juiz de Família vê que por alguns detalhes a conciliação não foi exitosa. Nesses casos, o juiz apresenta o projeto de mediação e se mostrando as partes disponíveis para o procedimento, são encaminhadas para o Núcleo para sessões de mediação.

Normalmente, os casos encaminhados são ações envolvendo guarda e visitação. Nas ações de guarda, o projeto incentiva a efetivação da guarda compartilhada, já que as características da mediação, como a tomada de decisão conjunta pelos envolvidos, se assemelha muito com a divisão de responsabilidades e deveres da guarda. Se tornando, assim, uma política de resolução do conflito.

Os projetos de prática de mediação trazem grandes benefícios não só para comunidade, como também contribuem para o crescimento e formação de todas as pessoas envolvidas. Nas palavras de Meleu,

Tais projetos visam a atender à função social preponderante dos núcleos de prática jurídica das faculdades de direito que, ao nosso sentir, consiste na efetiva preparação técnica do acadêmico, aproximando-os das mazelas da sociedade, a fim de contribuir para sua melhor resolução, bem como de apresentar à sociedade carente uma assessoria jurídica de qualidade e pautada na concreta resolução dos conflitos, através da promoção da pacificação social, até porque, como afirma a Ministra Nancy Andrighi, faz-se necessária a construção de uma justiça doce, que propicie o diálogo e tome o lugar de uma sentença “que corta a carne viva”. (2005, p.181).

A implementação da prática da mediação por nossa sociedade se torna uma



política para o tratamento do conflito, pois não tratará do conflito isolado, mas de todos os aspectos que o envolvem. Dessa forma, é no tratamento de todos os aspectos dos conflitos que os envolvidos restabelecem o diálogo e a comunicação, e questões, como disputa de guarda, podem ser resolvidas através de políticas públicas de tratamento do conflito, como é o caso da mediação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução das relações sociais, em especial a familiar, bem como o advento do mundo moderno estabeleceu a tutela jurídica do afeto, trazendo novos princípios para a esfera privada e remodelando, assim, os institutos existentes, como é o caso da guarda. Nesse sentido, apesar dos novos paradigmas, continuam latentes os conflitos de guarda na sociedade.

A mediação é uma forma de tratamento do conflito que busca a conscientização do problema, transforma o conflito e restabelece o diálogo. É um procedimento milenar, usado por várias culturas, em que um mediador neutro e imparcial, ausente de qualquer pré-julgamento ou valoração, incentiva os envolvidos a restabelecer a comunicação, o diálogo, a escuta, a participação, e acima de tudo a terem cooperação e solidariedade.

A mediação, sendo uma proposta inovadora, potencializa a capacidade de compreensão dos problemas, fazendo com que os envolvidos produzam uma solução para o conflito. Com o objetivo de reestruturar o diálogo, em especial, aquele que envolve disputa de guarda, a mediação começa a ser adotada como política pública por vários tribunais, inclusive sendo inserida nas próprias comunidades.

Dessa forma, a mediação, em especial a familiar, é um anseio da sociedade, pois torna-se uma política de resolução de conflito, já que não tratará de um ponto isolado, mas do todo, transformando o conflito através de todos os aspectos que o envolvem. Nesse sentido, os envolvidos restabelecem o diálogo e a comunicação, havendo a conscientização e transformação do conflito, e, assim, as questões, como disputa de guarda, acabam sendo vistas de outra forma, como a partilha de deveres e responsabilidades dos genitores para com os filhos, buscando o bem-estar de todos.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Juizado Especial de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Belo Horizonte-MG. *Novo Código Civil: afeto, ética e família*, Belo Horizonte, 2003. Disponível em: < www.ibdfam.com.br >. Acesso em: 25 jan. 2011.

BACCELAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Considerações sobre a guarda compartilhada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 108, 19 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 01 dez. 2010.

CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto



Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

COSTA, Thaise Nara Graziontini; OLIVEIRA, Luiz Ronaldo F. Mediação de Conflitos familiares: interface entre direito e psicologia. *Revista Brasileira de Direito/Faculdade Meridional*. Passo Fundo: IMED, ano 1, n.1, jul./dez.2005.

DEL`OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

EGGER, Ildemar. *Cultura da paz e mediação: um experiência com adolescentes*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada - quem melhor para decidir?* São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Justica&offset=10&IsTextold=1094972355>>. Acesso em: 29 fev. 2010.

_____. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FUGA, Marlova Stawinski. *Mediação familiar: quando chega ao fim da conjugalidade*. Passo Fundo: UPF, 2003.

FRAVETO, Rogério. A implantação de uma política pública. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Ministério da justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD. 2009.

GONTIJO, Segismundo. *Guarda de filho*. Belo Horizonte: Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo, 2002. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A guarda compartilhada: considerações sobre a nova lei 11.698/2008*. Cadernos Jurídicos da OAB Paraná, 2009.

_____. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. Ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. (Coord.) *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda dos filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo, Atlas, 2008.

LUSTOSA, Oton. *Filhos do divórcio*. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1951/FILHOS_DO_DIVORCIO>. Acesso em: 05 jan 2011

MARQUES, Susana Oliveira. *Princípios do direito de família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MELEU, Marcelino da Silva. Mediação de conflitos: um olhar para o ensino jurídico. *Revista Brasileira de Direito/Faculdade Meridional*. Passo Fundo: IMED, ano 1, n.1, jul./dez.2005.

MOORE, Christopher. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.



MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NAZATETH, Eliani Riberti. *Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada*. 2007. Disponível em: < <http://www.cerema.org.br/artigos/comquem.html>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

RIO GRANDE DO SUL, Poder Judiciário. *Mediação Familiar*. Disponível em: <www1.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/mediacao_familia.html>.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Tradução de Marcos A.G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz: EDUNISC, 2008. Tomo 8.

SERPA, Maria Nazareth. *Mediação de família*. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?* Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

SILVA, Marcos Alves. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VEZZULA, Juan Carlos. Reflexões a partir da mediação para chegar à mediação. *Revista Brasileira de Direito/Faculdade Meridional*. Passo Fundo: IMED, ano 1, n.1, jul./dez.2005.

VILELA, Sandra Regina. *Meios alternativos de resolução de conflitos - arbitragem, mediação* - Parte 1-2, 2003. < <http://www.pailegal.net/mediation.asp?rvTextold=1093996109>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

WARAT, Luiz Alberto (Org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998.

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



CAPÍTULO IX

A ALIENAÇÃO PARENTAL: A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO CONSENSUAL PARA RESTABELECEER E PRESERVAR O VÍNCULO AFETIVO ENTRE AS PARTES¹

Marlete Mota Gonçalves²

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, presencia-se com muita frequência nas varas de família a questão de conflitos familiares envolvendo criança ou adolescente. Nesse estudo buscou-se discernir a síndrome da alienação parental da alienação parental, uma vez que não se confundem – aquela normalmente é decorrente desta –, pois com a evolução dos conflitos familiares, a alienação parental é a busca pelo afastamento do filho de um dos genitores, o não guardião. Isso ocorre geralmente pelo guardião titular da guarda do menor.

Em contrapartida, que a síndrome da alienação parental se refere às sequelas emocionais e comportamentais de que a criança vem a sofrer, quando é vítima dos conflitos entre seus genitores. A questão da alienação parental é uma espécie de conflito entre os ex-cônjuges pela disputa da guarda do menor. Primeiramente para questão ser entendida é de fundamental importância analisar a expressão família – conjunto de pessoas que descendem de um mesmo tronco genealógico. São pessoas unidas por laços sanguíneos abrangendo parentes em linha reta ou colateral, e os parentes por afinidades, conforme o Código Civil Brasileiro.

Na sociedade atualmente, vem se destacando diversos vínculos afetivos que compõem as relações familiares, e nesse sentido, a presente pesquisa traz a resposta em relação ao tema, mostrando nitidamente a relevância acadêmica e jurídica do estudo em tela. A proteção jurídica da família encontra-se disciplinada principalmente no Direito de Família, que é o ramo do direito que contém normas jurídicas relacionadas com a estrutura, organização e proteção da família, como também às obrigações e direitos decorrentes dessas relações.

Salienta-se que, para resolver a questão da alienação parental, faz-se necessário

- 1 Texto produzido a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto.
- 2 Mestranda na Disciplina de Políticas Tributárias; integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Prof^a Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto. Pós-Graduanda em Direito, processo do trabalho e previdenciário – Unisc – 2011. E-mail: Marletemotta@yahoo.com.br. Integrante do Grupo de estudo Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos. Coordenação: Prof^a Dr^a Fabiana Marion Spengler Unisc – 2011.



agir com cautela diante de tal situação, primeiramente, porque envolve criança ou adolescente, e em virtude de se estar tratando de relações afetivas entre os pais ou entre estes e o menor. Trata-se, pois, de um problema minucioso em que a mediação é certamente um meio para a resolução de tal questão, pois objetiva solucionar conflitos, visa solucionar as desavenças familiares entre os casais, principalmente no que se refere aquele genitor que sofre com a ausência do seu descendente em virtude da prática do ato da alienação parental praticada pelo titular da guarda do menor.

A mediação resulta na busca de valor moral, afetivo, espiritual e de assistência recíproca entre os membros da família, pois existem normas que tratam das relações pessoais entre os familiares, relações assistenciais entre os membros da família. Em razão disso, nota-se que o direito de família teve seus objetivos ampliados garantindo, assim, o fortalecimento das relações de conteúdo ético e moral.

Nesse sentido, por meio de uma pesquisa bibliográfica, a questão que o presente estudo busca responder em relação à alienação parental, em que um dos genitores tem a intenção de manter a criança distante de forma total ou parcial do outro genitor, diz respeito à forma efetiva que a mediação está sendo aplicada como solução para resolver conflitos, no intuito de proteger o melhor interesse da criança e do adolescente.

2 A MEDIAÇÃO COMO AMPARO LEGAL EFETIVO NA BUSCA PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este trabalho pretende esclarecer a importância da mediação, tendo por objetivo principal atender o melhor interesse da criança e do adolescente. A mediação, por ser um recurso técnico na solução de conflitos, pode ser empregada em diversos conflitos, uma vez que, se apresentam de formas diversas em todas as relações familiares. Na prática da alienação parental tem-se resolvido os conflitos familiares por intermédio de um mediador – uma terceira pessoa neutra –, que não decide o conflito e também não pode deixar sua opinião transparecer; é apenas escolhido de comum acordo entre as partes conflitantes para juntos buscarem um acordo que satisfaça ambas as partes.

Devido ao avanço de diferentes tipos de conflitos que permeiam a relação conjugal foi necessário desenvolver um tipo de segurança para evitar que o vínculo afetivo entre o genitor e o menor viesse a se romper por completo, bem como dar celeridade na resolução destes conflitos. Porém, atualmente, há situações que mesmo buscando solução por meio da mediação não se consegue reverter o problema, devido à evolução. Percebe-se, então, que não há compatibilidade entre o genitor e o menor e, em razão disso, a solução tende para uma destituição de guarda.

O trabalho do mediador adquiriu reconhecimento devido ao sucesso que a mediação alcançou, tendo em vista que as demandas judiciais, em razão dos conflitos familiares, se tornaram desnecessárias. A tese é de que realmente, a mediação apresenta, por meio de uma interpretação mais rígida, todas as respostas para todas



as perguntas. Essa grande ideia pela busca da integralidade das respostas vem se espalhando também por outros países evitando movimentar a máquina do Judiciário e resolvendo as demandas de forma efetiva.

Nota-se que essa evolução da busca por uma interpretação mais correta na mediação deve ser acompanhada pelo mediador intérprete. Essa justificava mais rica e adequada somente será alcançada com a plena contribuição das partes, pois a construção do direito depende da argumentação que vai ser colocada. Isso ocorre em virtude da incorporação do caso concreto aos princípios norteadores do direito tendo em vista que a Constituição Federal é um referencial normativo para qualquer interpretação.

Com o aumento das diferentes formas de conflitos nas relações familiares foi necessário buscar uma interpretação diferenciada para cada caso, e em razão do procedimento desenvolvido na mediação, que beneficia diretamente as partes, ela se tornou uma técnica bastante tradicional. Essa dinâmica de fundamental importância devido à sua eficácia se estendeu pelo Brasil e também em outros países. Muitas pessoas envolvidas em algum tipo de conflito não conseguem suportar um processo mais longo nem mesmo as despesas processuais por falta de capacidade econômica, e muito menos a morosidade da justiça, pois quando envolve conflitos interfamiliares é necessário que se procure uma alternativa mais célere e efetiva para contornar as desavenças.

A ideia criteriosa da mediação foi se espalhando com fundamento na conciliação, estabelecendo regramentos, bem como auxiliando as partes a revelarem o modo de agir intrinsecamente, buscando formas e procedimentos de modo a facilitar e simplificar a demanda entre os sujeitos envolvidos na lide. Nesse momento, ocorre, de certa forma, a obediência cega para o mediador realizar a formalização do processo compreendendo a necessidade de adequação para atingir a razoável duração os interesses e fins do processo.

Cabe ressaltar que a ideia da mediação para restabelecer e preservar os vínculos afetivos entre o genitor não titular da guarda e a criança ou adolescente cresceu nos últimos anos com sucesso. Isso se justifica pelo fato de a mediação estabelecer criteriosamente toda uma normatividade fundamentada por parâmetros sociais, como também a possibilidade ser utilizada em diversos conflitos de outras áreas do direito sempre com o objetivo de apaziguar ou até mesmo extinguir os litígios que dificultam o diálogo e a compreensão do relacionamento entre as partes.

Para Vasconcelos (2008, p.36) a mediação é:

Um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido e aceito, expõe o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.



O mediador para executar o ato de mediar tem de ser completamente imparcial e, ao mesmo tempo, revestido de padrões éticos e profissionais garantindo e transmitindo aos seus clientes segurança e conhecimento no processo de mediação. Também tratar as partes em litígio com urbanidade do início ao fim do procedimento. É interessante mencionar que, quando as partes chegarem a um consenso voluntário, o mediador não deve interferir, mesmo que entenda que a solução eficaz poderia ser concebida de outra forma. Resta, então, aceitar o resultado que ambos concordaram.

Para Spengler (2010, p. 312; 313)

A mediação difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu local de atuação é a sociedade, sendo a sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos e sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos. O seu desafio mais é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal aspiração não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo.

A mediação, por ser ágil e eficaz na solução de controvérsia das relações familiares, trata dos conflitos por meio do diálogo, de forma a facilitar o resultado o mais breve possível, primando pela preservação do relacionamento evitando que os litígios familiares passem pelo judiciário provocando a sua morosidade.

A mediação como restauradora da paz e da harmonia surgiu como uma alternativa para solucionar de forma espontânea os mais diversos conflitos, entre estes os conflitos familiares, pois o importante é que esta alternativa não necessita provocar o judiciário, pois ela desempenha uma importante função, que é a de buscar uma forma do casal se entender e manter a partir dali uma convivência familiar satisfatória respeitando e protegendo o menor de acordo com o princípio dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Questiona-se muito a respeito da morosidade da justiça pública, o que leva muitos a buscar solução por meio da mediação, isto é, fazer justiça sem a interferência do Judiciário. A mediação por ser simples e objetiva é um instituto que há muitos anos apresenta êxito em sua aplicabilidade, e por ser um método extrajudicial para também solucionar conflitos familiares facilita a comunicação direta entre as partes por meio do mediador.

Para Almeida (2008), a mediação apresenta muitas vantagens, tais como: preservação da privacidade e do objeto do conflito; a continuidade e o fortalecimento do relacionamento entre as partes; a resolução rápida e eficaz do conflito; possibilidade de submeter a outros métodos de resolução de conflitos em não havendo a composição por esta via; e, por fim, o crescimento espiritual das partes envolvidas.

O mediador deve estar provido de cautela no ato de mediar, e ser imparcial, pois é justamente nesse momento que o mediador tem que ser cauteloso. Observa-se ainda



que o acordo finalizado deverá ser formalizado, tendo em vista que constitui título executivo extrajudicial – em caso de descumprimento deste, pode-se futuramente executá-lo.

Sabe-se que, após a separação ou o divórcio, o papel de educar os filhos recai primeiramente naquele genitor que ficou com a guarda, e é justamente este que tem o dever de tratar e ensinar aos filhos com respeito, como também ensiná-los a continuar a convivência com o genitor não guardião amando e respeitando-o da mesma forma. Vale observar que as crianças sofrem fortes influências da sociedade, e que algumas instituições de educação suprem as necessidades dos filhos, que eram de inteira responsabilidade dos pais – modelar a conduta de seus filhos, impor regras, disciplinar. Não cabe somente à escola se responsabilizar por esse papel.

Nesse sentido, cabe mencionar o importante papel que o mediador desenvolve: acalmar as tensões dos envolvidos, possibilitando acordo que satisfaça ambas as partes, tornar estável a convivência posterior em relação ao casal separado e também ao filho, que normalmente é induzido a rejeitar a convivência com seu genitor (esse procedimento possibilita ao pai ou a mãe manter plenamente o exercício da paternidade ou maternidade).

O resultado obtido com a mediação, tendo como efeito e consequência o restabelecimento e a preservação do vínculo afetivo entre as partes, vem repercutindo de forma positiva na sociedade, como um instrumento consensual eficaz para manter entre pai e filho aquele vínculo afetivo que antes havia se rompido.

As controvérsias familiares apresentam-se de forma bastante complexa, geralmente envolve sentimentos, emoções, até mesmo vingança em alguns casos. Os conflitos são inerentes ao grupo familiar, porém se este grupo souber administrar seus problemas poderá usufruir de um aprendizado significativo, restaurando a dignidade da família e preservando o vínculo afetivo entre o grupo familiar.

Para perfectibilizar o ato de mediação faz-se necessário que haja um requisito juridicamente relevante para que na qualidade de mediador este interferira no litígio com o propósito de restabelecer e preservar, de forma positiva, a estabilidade na relação familiar. Portanto, o papel da mediação é, exatamente, facilitar a busca de uma solução satisfatória quando as partes sozinhas não conseguem se entender.

Cabe destacar a importância da criança ou do adolescente em formar sua personalidade no seio familiar. Por essa razão, os seus responsáveis têm a obrigação de atendê-la e dar suporte, provendo ou restabelecendo a dignidade humana.

Salienta-se que os parâmetros sociais vão evoluindo paulatinamente na sociedade, e o direito tem que acompanhar essa mudança de realidade, pois a mediação é efetivamente realizada por um terceiro completamente imparcial e ético, com objetivo principal de realizar o acordo que seja mais benéfico às partes.

Waldo (2004), diz que: o que torna mais difícil é identificar o verdadeiro interesse das partes na mediação, e que por essa razão pode acontecer das partes não conseguirem de forma clara identificar seus interesses muito menos conseguir superá-los. Portanto, o ato de mediar acontece de preferência em um ambiente



adequado em que o mediador atentamente interroga as partes sem dar sua própria opinião, conduzindo as partes a encontrarem solução para o litígio resultando o acordo concebido por meio da mediação este sendo o produto final do trabalho do mediador.

Questiona-se hoje a complexidade dos fatos sociais, e, por essa razão, os princípios constitucionais têm a finalidade de iluminar a atividade interpretativa. Busca-se socorro nos princípios para construir, a partir da argumentação, a melhor resposta efetiva. O mesmo ocorre na mediação, que, como analisado anteriormente, é um procedimento que visa obter sucesso na resolução dos conflitos familiares, pois precisamente é feita uma ou várias reuniões com as partes até que o mediador, de acordo com a relevância dos fatos, proponha um acordo às partes, como, por exemplo, acertar a frequência e o tempo das visitas da criança ou adolescente ao genitor não guardião. Isso objetiva igualar a todos e buscar a realização pessoal.

É de muita importância mencionar que, em casos de conflitos no relacionamento de casais separados ou até mesmo divorciados, faz-se necessário, no ato de mediar, um psicólogo. Este deve realizar um trabalho paralelo ao do mediador, pois este busca como objetivo principal fazer acordos, e aquele acompanhar os casais após o acordo conduzindo o tratamento no sentido de conscientizar o alienante a desprogramar suas atitudes, ou seja, deixar de fazer “lavagem cerebral” no menor, induzindo-o a adotar determinados comportamentos comissivos ou omissivos durante a convivência com o genitor não guardião.

A mediação valoriza o comportamento e o respeito no ser humano, e em alguns casos até busca renovar a autoestima das partes, conscientizando que é dever de ambos os genitores tratar e respeitar os filhos – direito assegurado pela nossa Carta Magna –, tratando-os com igualdade e promovendo o equilíbrio nas decisões que buscam o pleno bem-estar da criança ou do adolescente. Cumpre ressaltar que a mediação tem como principal objetivo auxiliar nas questões que englobam conflitos familiares, sendo também um procedimento bastante utilizado nos mais variados tipos de conflitos.

Como a mediação possui a finalidade de estreitar as relações entre as partes conflitantes, ela geralmente vai aproximando, de forma continuada, a convivência interfamiliar, induz, ainda, o estímulo para que se reorganizem os relacionamentos no grupo familiar. Essas transformações de melhorias que ocorrem no grupo familiar possuem grande relevância, pois satisfaz os interesses das partes e ainda fortalece o vínculo de afeto, possibilitando uma melhor qualidade de vida para o bem-estar dos filhos menores.

Percebe-se que a mediação é um procedimento que visa à transformação das relações interfamiliares e, principalmente, busca a compreensão das insatisfações pessoais promovidas pelos ex-cônjuges que, certamente, se iniciaram antes mesmo de haver a separação. Com a separação inicia-se, para ambas as partes, uma nova vida, novas buscas, por um novo relacionamento amoroso ou por uma nova profissão. Nessa fase se intensificaram os conflitos, que em alguns casos chegam aos extremos. É exatamente nesse momento de desentendimento que se faz necessária buscar por alternativas, com o objetivo de facilitar o diálogo entre as partes envolvidas. Esse é



o papel da mediação familiar, que vem apresentando sucesso nas intermediações e fortalecendo os laços afetivos de maneira a quebrar os ânimos das desavenças interfamiliares.

O mediador, primeiramente, tem como objetivo principal interrogar e escutar atentamente as partes. Ele estuda o conflito apresentado e propõe acordo. Este acordo, certamente, objetiva restabelecer o vínculo afetivo entre as partes, bem como devolver ao genitor não guardião a plena participação no desenvolvimento da criança ou do adolescente, com intuito de, no futuro, as partes desfrutarem de uma convivência pacífica e estável. Dessa maneira as partes tornam-se efetivamente protetores e educadores dos seus filhos, visando plenamente o restabelecimento e preservação paz. Nesse sentido, a mediação surte um efeito contínuo de evolução e compreensão, restaurando a melhor forma de convivência entre os membros da família.

3 A ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ATITUDE IMATURA DO GENITOR GUARDIÃO

Cumprido salientar que nas desavenças familiares ou até mesmo nas separações litigiosas os ex-cônjuges iniciam a disputa pela guarda do menor, possibilitando a alienação parental. Esta tem o poder de interferir na formação psicológica do menor o qual pode sofrer com a separação de seu genitor não guardião, geralmente o que acontece é a desqualificação por uma das partes da conduta do pai ou da mãe. Essa forma de vingança de um genitor para o outro fere o princípio da dignidade humana, pois não considera o vínculo afetivo que a criança construiu com os genitores e o seu direito de conviver com ambos.

O pai ou a mãe que de forma irresponsável induz o filho à síndrome de alienação parental certamente não está medindo as consequências de suas atitudes, pois podem provocar transtornos psicológicos irreparáveis.

De acordo com a Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010,

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;



IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

A alienação parental, por sua vez, é uma forma utilizada pelo ascendente, na separação ou no divórcio, de induzir ou até mesmo instigar o menor a agir de forma a estreitar os laços afetivos com seu genitor, ou seja, causar o afastamento deste de todas as formas com pai ou com a mãe. O objetivo principal é induzir a criança ou adolescente a desenvolver sentimentos de rejeição contra o outro genitor, tornando o relacionamento e o contato desgastante entre pai e filho.

Compete aos pais a obrigação da criação, do sustento e da educação dos filhos menores. O Código Civil de 2002 é totalmente direcionado para amparar o bem-estar dos filhos, exigindo autoridade e pessoalidade dos pais ou responsáveis, com a finalidade de desenvolver a personalidade da criança com inteligência, dando a ela condições necessárias para seu desenvolvimento intelectual. Por essas razões o Código Civil de 2002 voltou-se para o dever em relação ao poder, e incumbiu aos pais várias obrigações mútuas que sejam plenamente colocadas em práticas em prol do menor.

É justamente nos primeiros anos de vida da criança que as suas atitudes se tornam um fator determinante para expressar a maneira como vai interagir com o seu ambiente, pois há vários fatores que auxiliam na construção da personalidade do indivíduo, tais como os atributos mentais e morais do núcleo familiar e das pessoas de sua convivência, os objetos e o meio ambiente, isso torna e ajuda na autorrealização da pessoa. A não satisfação dessas necessidades da criança pode acarretar sérios problemas na vida adulta, o que pode ocasionar a reprovação da sociedade.

É justamente na fase de formação da personalidade que a criança ou adolescente precisa conviver com os pais, para que eles forneçam cuidados e segurança adequada para que a criança possa criar a própria identidade. É evidente que, após a separação ou o divórcio, o genitor que possui a guarda do menor comece a criar afirmação falsa a respeito do outro genitor, com isso, consegue quebrar a confiança da criança com informações ou realidades inverídicas. É exatamente nessa fase de separação ou de divórcio que a criança ou adolescente mais necessita de carinho e proteção dos dois genitores.

Esse é o objetivo principal da mediação, restabelecer o vínculo afetivo que foi rompido de forma parcial ou total com o pai ou com a mãe, como também preservar



o contato entre a criança ou adolescente e o genitor alienado, buscando manter a comunicação e interagindo conforme conviviam anteriormente.

É importante salientar que a qualidade das relações entre pais e filhos institui uma influência determinante na formação psicológica destes, uma vez que nos primeiros meses de vida da criança é interessante que os pais ou responsáveis pela sua criação e educação dediquem toda atenção para o desenvolvimento de sua autoestima, sendo importante oferecer carinho e afeto à criança para que venha a construir sua personalidade.

Nesse passo, o interesse que mais deve ser resguardado é o bem-estar da criança e do adolescente, tendo em vista a tutela específica que possuem essas pessoas ainda em desenvolvimento. Ressalta-se a importância de se assegurar um direito que é inerente à criança e o adolescente, tendo em vista que os tribunais brasileiros avançam com a finalidade de aproximar os menores de sua família, com direito de visitas ou mesmo com a convivência com a criança. É o melhor interesse e realização afetiva da criança e do adolescente que está em jogo, pois os laços de parentesco são construídos durante a convivência familiar e por isso não devem ser rompidos ou dificultados.

No núcleo familiar a solidariedade recíproca apresenta-se como um fator importante entre os cônjuges e companheiros, principalmente no que se refere à assistência moral e material, pois se sabe que o lar é um lugar de colaboração e de cuidado. Em relação aos filhos, o princípio da solidariedade deve corresponder aos cuidados necessários até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, educada e com instruções para a plena formação social.

Nesse sentido Lobo (1999, p. 45) ressalta que

O princípio da solidariedade envolve os aspectos morais e materiais isso caracteriza a assistência mútua, tendo em vista que assistência moral diz respeito às atenções e cuidados a pessoa do outro cônjuge que normalmente espera-se daqueles em que estão unidos por laços de afetividade e amizade, nesse sentido ambos estão vinculados ao apoio recíproco tanto nos momentos quantos dos ruins esse é certamente os elementos mais forte do relacionamento conjugal, cuja falta pode ensejar uma separação.

O afeto e o respeito são os principais pilares para fortalecer as relações familiares, eles estão inseridos no princípio da dignidade da pessoa humana sendo que o afeto decorre da valorização constante entre os membros da família. Os laços de afeto e de solidariedade entre os membros da família derivam da convivência familiar, e não de sangue.

A afetividade interfamiliar é o reflexo do estado psicológico do ser humano, de certa forma pode ou não ser modificado em determinadas ocasiões e por isso, uma família bem estruturada demonstra que foi alicerçada com base na afetividade e isso se reflete na forma de como a família se visualiza e de como cada um participa dentro



da relação familiar. Portanto, a presença ou ausência da afetividade no seio familiar é um fator determinante que mostra como um indivíduo se desenvolverá.

Os deveres que são inerentes aos pais são os previstos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, em artigos dispersos, especificamente no que diz respeito ao sustento, educação e guarda dos filhos. Obviamente, no que tange ao direito da família, a Constituição Federal demonstra sua atenção primordial e ímpar em relação à dignidade das pessoas que a integram, pois se sabe que os sujeitos dos deveres neste caso são: o Estado, a sociedade e, finalmente, a família, que tem por dever propiciar condições da realização plena da dignidade pessoal, demonstrando o reconhecimento da natureza da família e todas aquelas entidades com fins afetivos.

Vale salientar que, em casos em haja exclusão ou violação de qualquer dos deveres inerentes ao Estado, à sociedade ou à família, o princípio da dignidade da pessoa humana está sendo violado. É necessário frisar, com exemplo bastante claro, que a prática da alienação parental perfectibiliza essa exclusão ou violação que é de inteira responsabilidade das entidades já mencionadas.

Sabe-se que quando um relacionamento for malresolvido entre os casais, pode trazer consequências em que toda a família se desagrade, acarretando conflitos, pois, nesse caso, há necessidade de um amparo jurídico especializado e também de um apoio não jurídico com a finalidade de os mediadores promoverem uma retomada do vínculo afetivo entre as partes.

Na família, quando bem estruturada, cada um do grupo familiar deve ter assegurado o seu bem-estar, tendo em vista que é exatamente na família que o indivíduo forma sua personalidade. Conforme Ramiro Sápiras(2009), personalidade é a forma como a pessoa vive, se direciona, é a condição de ser do indivíduo, como, por exemplo, a emoção, a inteligência, isto é, um de seus aspectos de como mostra o indivíduo e como este é percebido pelos outros.

Percebe-se que, após a separação ou divórcio, ocorre a quebra do relacionamento entre pai e filho, em virtude da prática da alienação parental. A partir do rompimento conjugal, a criança viverá em uma família que se tornou monoparental, ou seja, sua convivência passará a ser somente com um genitor, e, possivelmente, este educará a criança de forma que esta venha rejeitar o outro genitor. Assim normalmente a mãe, titular da guarda, induz a criança a não mais gostar do pai por vários motivos, tornando o vínculo afetivo de pai e filho consideravelmente desgastante.

A definição de família é criada pelo vínculo de afeto que une as pessoas, e isto não é papel para o Estado definir, ele somente tem que reconhecer esses núcleos formados. Com a CF/88, o conceito de família mudou, e a convivência entre homem e mulher passou a ter maior proteção. Hoje considera-se família a união de mães e filhos ou pais e filhos, denominada família monoparental. A união de pessoas do mesmo sexo também foi recentemente reconhecida socialmente e juridicamente pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal.

Os pais têm a incumbência de educar os filhos, prepará-los para o futuro, mesmo que estes não estejam ligados por vínculo matrimonial. O importante é que a



eles sejam atribuídos direitos e deveres conforme o artigo 5º, inciso I, da nossa Carta Magna, *in verbs*:

art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes.

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Percebe-se que quando a criança cresce no seio familiar adquire a possibilidade de construir uma formação sólida e saudável de sua personalidade, tendo em vista que no transcorrer de sua existência pode o indivíduo ampliar ainda mais sua capacidade e habilidades, como também a forma de agir. Com isso amplia a capacidade de enriquecer o carácter e, no processo de desenvolvimento profissional e pessoal, usufruir de uma vida melhor.

Desta forma se refere o artigo 3º da lei de Alienação Parental:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A mediação é o direito no caso concreto, porque se deve adequar aos comandos constitucionais. Em virtude disso, a Constituição Federal é o centro do sistema com suas regras e princípios. Princípios que tendem a iluminar a atividade interpretativa da Constituição Federal, principalmente o art. 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana, o art. 3º o princípio da solidariedade social, o art. 5º, o princípio da isonomia, e o art. 170º, o princípio da livre iniciativa, em que o direito negocial, por exemplo, representado pela mediação, tem livre iniciativa e tem exercido consoante preocupação e contribuição como instrumento pacificador no âmbito das relações familiares.

Questiona-se, hoje, a complexidade dos fatos sociais, uma vez que não se encontra resposta, muitas vezes, no direito codificado, na ordem infraconstitucional. Portanto, na mediação, o mediador cumprindo seu papel para construir, a partir da argumentação, a melhor resposta concreta para aquele conflito que é inerente à convivência humana, possa restabelecer e preservar os laços afetivos.

Sabe-se que no direito antigo a Lei n. 4.121/62 permitia uma estrutura autocrática da família. Essa estrutura era alicerçada no princípio da autoridade, o que fez nascer o pátrio poder de forma rígida e não eficiente, pois o conjunto de direito era imposto ao pai com valores desiguais perante a mulher, colocando essa em relativa submissão



sobre a pessoa e os bens dos filhos. Assim a alienação parental consegue espaço nas relações familiares, colocando um dos genitores em evidência, ou seja, torna-se rejeitado pelo próprio filho. O responsável pelo menor tenta afastar a criança retirando seu direito de plena convivência com seu genitor.

Em relação à direção da sociedade conjugal, hoje é exercida em colaboração pelo marido e a mulher, sempre no interesse do casal e o bem-estar dos filhos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21, refere que:

Art. 21o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito em caso de discordância recorrer à autoridade judiciária competente, para a solução de divergência.

Observa-se que atualmente o poder familiar é exercido igualmente entre o homem e a mulher no que tange à educação e formação intelectual dos filhos. A questão da educação dos filhos, é bastante complexa – de pôr limites nas atitudes como também selecionar atividade que vão colaborar para a plena formação intelectual de uma criança. São justamente os pais os grandes responsáveis pela adaptação e postura dos filhos perante as regras sociais.

Sabe-se que os pais devem ser o modelo de bom caráter e personalidade no âmbito familiar, pois assim estará colocando limites e inibindo os impulsos de certas atitudes que a sociedade reprova na criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, trouxe várias mudanças no que se refere à proteção no lar e na sociedade, e considera criança para efeitos desta Lei, a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescentes aquele entre 12 e 18 anos de idade. No código Civil em seu artigo 5º, diz:

A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa ficou habilitada a prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II – pelo casamento,

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – pela colação de grau em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completo tenha.



O dever dos pais é alimentá-los e educá-los de acordo com a condição financeira da família, acompanhando plenamente o desenvolvimento do menor conduzindo de forma eficaz as regras que lhe são conferidas, tendo em vista que a ordem constitucional não faz menção contrária entre filhos legítimos e ilegítimos.

Sabe-se que no decorrer da formação da personalidade da criança ela pode ampliar sua capacidade e habilidade ou mesmo enriquecer seu carácter de forma sólida e saudável. E é justamente nessa fase da existência da criança que é de fundamental importância a participação de ambos os pais para possibilitar a plena formação.

Nesse sentido, a mediação possibilita a realização de acordos que beneficiem ambas as partes na solução dos conflitos, bem como evita o acúmulo de processos judiciais e reduz a morosidade. É por essas razões que a mediação vem ocorrendo no Brasil com muita frequência, tendo em vista que o benefício do ato de mediar, nesse caso, reflete primeiramente no menor, pois, no caso de alienação parental, o poder familiar normalmente concentra em um dos pais. Estes exercem direitos e deveres em relação aos seus filhos, e por se tratar de um direito da personalidade é intransmissível e irrenunciável, características que encontram-se previstas no artigo 11, do Código Civil.

É interessante mencionar que umas das características do trabalho desenvolvido pelo mediador é o não envolvimento no conflito. O mediador é escolhido em comum acordo das partes, desempenha um papel intermediário para resolver a questão. Dessa forma, percebe-se um princípio fundamental situado no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente que se refere sobre a convivência familiar:

Art. 19 toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de família excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre de presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Percebe-se que é um desejo social e que está determinado no artigo 3º da Lei 8069/90, que deve assegurar à criança e ao adolescente oportunidades e facilidades, com intuito de lhes oferecer um desenvolvimento pleno – físico, mental, moral e a autoestima –, o importante é oferecer carinho e afeto à criança para que ela venha a construir sua personalidade, tendo como base o seu amor próprio.

Dessa forma, em virtude dos pais, do Estado e da sociedade serem responsáveis pela formação dos futuros cidadãos é que devem dirigir-lhes certos limites e regras, fáceis e simples de serem cumpridas, desde o nascimento. Aos pais cabem oferecer uma vida digna dentro de suas condições financeiras, preparando cidadãos para interagir plenamente com o meio social.

Na Constituição Federal, o art. 1º, inciso III, refere-se à dignidade da pessoa humana referindo-se a tudo aquilo que não se pode dispor. Conceitua-se dignidade como sendo tudo aquilo que não há preço, o que é indisponível, que não pode ser objeto de permuta.



Cabe destacar que tudo que se pretende adquirir na vida, ou dar, tem um preço, porém aquilo que está acima de tudo em nossa vida é evidente que tem dignidade. No que tange ao Direito de Família, a Constituição demonstra sua atenção primordial e ímpar em relação à dignidade das pessoas que integram o grupo familiar, pois sabe-se que os sujeitos dos deveres, neste caso, é o Estado, a sociedade e, finalmente, a família, que tem por dever propiciar condições da realização plena da dignidade pessoal, demonstrando o reconhecimento da natureza da família a todas aquelas entidades com fins afetivos.

Conforme menciona o artigo 227 da Constituição Federal,

É dever da família; da sociedade e do Estado; assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A alienação parental traz como consequência a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, com objetivo do menor rejeitar o convívio com seu genitor alienado. Portanto esta atitude do responsável pelo menor deve ser punida, uma vez que a Constituição Federal assegura plenamente à criança ou adolescente a proteção de qualquer forma de tratamento que contrarie o seu bem-estar.

O genitor que, em virtude de suas razões, pratica o ato de alienação parental está de certa forma usando as habilidades do seu próprio filho para se vingar do seu ex-cônjuge, causando, dessa maneira, transtorno afetivo entre ambos e retirando o direito da criança ou do adolescente de manter uma convivência harmoniosa com outro genitor. Com essa atitude também fere o direito fundamental da criança ou do adolescente – Direito de Afeto –, o que constitui em razão disso, o abuso moral.

Ressalta-se que após a separação ou o divórcio começa a aparecer os mais variados tipos de conflitos entre as partes, sentimental, financeiro também a presença da depressão. Esses são os principais fatores que desencadeiam a prática do ato da alienação parental. Portanto, por diversos motivos a alienação parental praticada de forma imatura e irresponsável tanto pelo pai quanto pela mãe gera abuso moral ao menor, que afeta o desenvolvimento normal da criança.

Percebe-se que após a separação ou divórcio a outorga da guarda dos filhos a um dos genitores, ao outro assiste o direito de continuar a convivência e a participação ativa no desenvolvimento do menor. Esse direito também pode ser denominado de direito-dever, ou seja, o de permanecer por algum tempo com a criança ou adolescente e também de visitá-la. Isso está plenamente assegurado ao genitor – poder participar ativamente do crescimento e da educação do menor. É uma alternativa para assegurar a convivência e participação efetiva, uma vez que minimiza o desgaste afetivo imposto ao relacionamento entre o filho e o genitor não guardião.



É claro e cristalino que, não raras às vezes, o genitor guardião impõe obstáculos ou marca compromissos de última hora impedindo o encontro do genitor não guardião com o menor. Esses obstáculos são utilizados como vinganças, egoísmo do cônjuge guardião. Dá-se o nome de progenitor alienante àquele que tenta impedir o encontro, a presença do outro genitor no desenvolvimento do menor, como também no relacionamento entre filho e pai ou mãe. Em virtude disso, normalmente, cabe à mãe o papel de progenitor alienante, e ao pai, o alienado.

É notório quando nas relações familiares há a existência da prática da alienação parental. O importante é que se trate da alienação parental antes que o quadro evolua para síndrome, pois na primeira fase ainda pode e ser reversível. É justamente nesse ponto que é necessário que alguém da família procure solucionar o mais rápido possível o problema, procurando ajuda, que pode ser de um mediador também de terapias, com a finalidade de restabelecer o vínculo afetivo entre as partes de forma plenamente satisfatória.

Portanto, percebe-se que a alienação parental é um fator de risco na família, pois começa de forma silenciosa e, em muitos casos, inicia antes de acabar por completo o relacionamento do casal, evoluindo de forma bastante rápida a atingir a boa formação psicológica da criança. É importante mencionar que nem sempre a alienação parental ocorre da parte do genitor guardião, sabe-se que pode ocorrer também por aquele genitor não titular da guarda.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido à vida agitada, a fatores econômicos, sentimentais que atualmente os casais se encontram, muitos conflitos familiares surgem e evoluem no sentido de trazer muitas preocupações à segurança e à educação dos filhos menores. Em razão disso pode-se notar o grande número de separações e divórcio que ocorrem atualmente.

Nesse sentido observa-se ainda que para resolver as questões oriundas dos conflitos familiares resta um terceiro imparcial escolhido em comum, por ambas as partes. No primeiro momento o mediador esclarece aos participantes a forma como ocorre a mediação e após vai ouvi-las, entendê-las, facilitando um acordo para ambas as partes em virtude desse procedimento extrajudicial perfectibiliza a mediação.

O ato de mediar ocorre pela figura do mediador, que facilita o encontro das partes visando à cooperação na criação dos filhos e resgatando a responsabilidade de ambos para que, mesmo separados, atuem de forma plena e efetiva na criação e educação do menor, Não há dúvidas que é de extrema importância a participação de ambos os pais nas decisões voltadas para beneficiar a criança ou adolescente reorganizando, dessa forma, o grupo familiar.

Dessa forma, percebe-se que a mediação dá oportunidade aos mediados para se reconciliarem, demonstrando responsabilidade perante a família, como também abre espaço para os conflitos interfamiliares serem discutido com respeito, baseado



no diálogo. Assim, pode-se concluir que a mediação é um título de referência por ter como referência a celeridade processual e a efetividade como princípios norteadores, restabelecendo e preservando os vínculos familiares existentes entre as partes envolvidas nos conflitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Denise Coelho de. *O papel do mediador*: Disponível em: <hhh/jusvi.com> acessado em: 26 jul. 2011.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal*. Franca: UESPE, 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>> Acesso em: 20 jul. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, família, sucessões*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

DELFINO, Morgana. *O Princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar*: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais. Disponível em: <<http://www.pucrs.br>> Acesso em: 21 jul. 2011.

DIGNIDADE. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio*. 7. ed. Curitiba: Positiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5.

FONSECA, Priscila Maria Correa. *Alienação parental uma realidade silenciosa*. <www.jusbrasil.com.br/noticias/2185595>

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>> Acesso em: 28 mar. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de



Janeiro: [S.n.], 2004. v. V.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>> 22 nov. 2009.

SÁPIRAS, Ramiro. *A formação da personalidade*. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/ensaios/85293>> Acesso em: 17 dez. 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010. 432p. (Coleção direito, política e cidadania; 21)

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Clubjus. Brasília-DF, 21 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.1381>> Acesso em: 20 dez. 2009.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALDO, Wanderley. *Mediação*. Editora. MSD, Brasileira, 2004. *Revista Justilex*- Rio de Janeiro, Ano IV-NO, 2005.

WILFRID VON BOCH-GALHAU M.D. *A Alienação Induzida de Pais/Crianças e suas ... - Sos-Papai e mamãe!* www.sos-papai.org/br_processo.html - Por Wilfrid von Boch-Galhau M.D. Tradução do idioma inglês para o idioma português : Wagner Paganini e Philippe Maillard Revisão/interpretação no idioma . Acesso em: 28 jul 2011.



CAPÍTULO X

O JUIZ E O MEDIADOR, UMA ANÁLISE ACERCA DO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES ANTE A CRISE DA JURISDIÇÃO E APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO¹

Marluci Overbeck²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em análise as Constituições Federais do Brasil, é de fácil percepção que a atual é a mais humanitária, eis que carrega consigo diversa gama de valores e princípios a garantir e assegurar a todos os indivíduos do território nacional a dignidade. Contudo, na medida em que nossa Carta Magna passou a assegurar o chamado princípio da dignidade da pessoa humana, novos direitos foram positivados (proteção de novos direitos), de modo que podemos dizer que o Poder Legislativo deu ensejo à atual precariedade que vivencia o Judiciário.

É notório que todo o País vive o fenômeno da litigiosidade. Conforme o avanço dos anos, as estatísticas evidenciam o acréscimo da movimentação processual perante o Poder Judiciário. Atrelado a isso, tem-se a crise jurisdicional e o acesso à justiça, que deram ensejo à aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos, eis que o modelo tradicional não mais atende a demanda da sociedade, pois é revestido de lentidão procedimental na preservação ao direito tutelado e falta de efetividade no cumprimento das decisões impostas.

Partindo dessa premissa é que será abordado o acesso à justiça, uma vez que não adiantará o exercício do direito se a solução intentada vier a destempo.

Nesse contexto, passou-se à busca desenfreada em desenvolver formas alternativas para dar vazão à demanda, como, por exemplo, criando-se, ou melhor, aprimorando os métodos alternativos de solução de conflitos, tais como a mediação, a arbitragem, a conciliação e a negociação, os quais, em determinados casos, dispensam a atuação do juiz.

A ausência de celeridade que macula os trâmites processuais e a falta de

1 Texto produzido a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto, e do projeto de pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) do qual a autora é bolsista PUIC.

2 Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Profª Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto. Bolsista PUIC junto ao projeto pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3).



efetividade no cumprimento das decisões impostas pelo aparelho jurisdicional do Estado (Poder Judiciário) dão ensejo à criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, sendo necessário para tanto apostar em outros indivíduos, que não o juiz, para proceder na pacificação social.

Surge aí, o mediador, cuja função exerce reflexos diretos à prestação jurisdicional.

Assim, o presente artigo almeja explicar a realidade das funções exercidas por quem torna eficaz os métodos alternativos de resolução de conflitos, comparado a quem exerce a jurisdição. Logo, será pontuada a figura do juiz e a do mediador, que exercem função de pacificação dos conflitos de interesses entre indivíduos, através de métodos específicos e inerentes a cada um, a fim de solucionar e/ou apaziguar as lides a si encaminhadas.

Igualmente, pretende-se além da contribuição na compreensão dessas funções, uma conscientização e um despertar para a realidade, a fim de que cada situação conflituosa possa ser dissolvida sem a necessidade da figura do juiz.

Em síntese, é uma visão macro da problemática que enfrentamos ante o desconhecimento dos métodos alternativos de conflitos, bem assim, de onde e diante de qual situação deve-se aplicar o artifício alternativo para solução pacífica dos conflitos da sociedade.

Ainda, esclarecer as atribuições e consequentes diferenças de cada uma das funções referidas (juiz e mediador), eis que se trata de tema que sustenta matéria para estudos e pesquisa como assunto eminentemente atual e em constante desenvolvimento, sendo alvo de repercussões sociais e exacerbada discussão entre os setores públicos e privados.

2 DA CRISE JURISDICIONAL E ACESSO À JUSTIÇA À EFETIVA APLICAÇÃO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 A CRISE JURISDICIONAL E O ACESSO À JUSTIÇA

Conforme previsão constitucional, o Poder Judiciário é um dos três poderes do Estado, que visa essencialmente aplicar as normas e princípios fundamentais previstos no ordenamento jurídico de nossa sociedade, resguardando e atendendo as necessidades desta em relação aos seus direitos.

É através desse poder que insurge, como diz Silva (2008, p. 20), a forma tradicional de resolução de conflitos. Refere que em nosso território, a forma tradicional de solução de conflitos se dá por meio da ação judicial, através da qual as pessoas podem invocar o Poder Judiciário (o Estado) para que este decida a questão. Nada pode ser excluído da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Nos últimos anos, o Poder Judiciário vem enfrentando acentuada dificuldade em suportar as lides propostas para julgamento, eis que o molde tradicional de



jurisdição, ou seja, do exercício de dizer o direito, comporta consigo a litigiosidade, de modo que um lado ganha e outro perde. A contribuir com tal situação, temos a composição do Judiciário, que através de sua atual conjuntura, aprecia o litígio de forma superficial, abstendo-se de resolvê-lo na sua integralidade, de modo que em muitas vezes somente retarda a interposição de novas demandas.

Todavia, não se pode olvidar que o motivo da crise do Poder Judiciário está atrelado à crise Estatal. A globalização ensejou a proximidade das relações entre os Estados, e a partir daí o ente Estatal perdeu expressiva parte de sua soberania e autonomia, mostrando-se incapaz de apresentar respostas imediatas e céleres aos litígios que se originaram, principalmente ante à expansão da aplicação da norma, cuja aplicação se atentaria, também, ao âmbito internacional, e surgimento de novos direitos.

Segundo Morais e Spengler (2008, p. 78), deve-se ter presente, também, que as crises por que passa o modo estatal de dizer o direito – jurisdição – refletem não apenas questões de natureza estrutural, fruto da escassez de recursos, como inaptações de caráter tecnológico – aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores – que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de temas que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos polos das relações jurídicas, por outro.

Neste ínterim, sustentam que quatro são os tipos de crises enfrentadas pelo Judiciário: a estrutural, a objetiva ou pragmática, a subjetiva ou tecnológica e a paradigmática.

A estrutural se refere aos custos da remuneração de pessoal, instalações necessárias para o desempenho das atividades, entre outros. Condiz à estrutura disponível. A objetiva ou pragmática consiste no acúmulo de demandas, na burocratização e lentidão dos procedimentos, e na consequente aplicação de linguagem e procedimentos formais.

Por seu turno, a subjetiva ou tecnológica diz respeito à incapacidade dos operadores jurídicos de lidar com as novas realidades fáticas, deixando assim de atender as soluções buscadas pelas demandas contemporâneas. Por fim, a paradigmática alude aos métodos e conteúdos utilizados para busca de um tratamento pacífico para os litígios. É uma crítica ao modelo jurisdicional, dado que o conteúdo das demandas e dos sujeitos que litigam modificaram-se.

Spengler (2010, p. 105) sustenta que a análise da crise pela qual passa o Poder Judiciário está centrada em duas vertentes principais, a crise de eficiência e a crise de identidade e todos os reflexos a elas correlatos, principalmente o fato de que sua ocorrência está vinculada a um positivismo jurídico inflexível, o qual traz como consequência o “esmagamento” da justiça e a descrença do cidadão comum.

Percebe-se, pois, que inúmeros são os problemas enfrentados pelo ente Estatal e diversas foram as questões que os desencadearam, desde os bens materiais até o pessoal (magistrados, funcionários e partes atreladas às lides), de maneira que sua crise não possui origem única.



Partindo desse conceito é que se almeja praticar uma abordagem ao acesso à justiça, pois de nada adiantará exercer o direito de ação se a solução reclamada vier a destempo ou for uma decisão injusta, resolvendo de forma insatisfatória o conflito.

Daí porque cumpre destacar a diferença existente entre o acesso à justiça e o acesso à jurisdição. O acesso à justiça é mais abrangente que o acesso à jurisdição, eis que não limita as partes a demandarem apenas em juízo, podendo fazer uso de outros métodos para solução de conflitos, com a manutenção, por evidente, de um julgamento ou composição justo e em tempo hábil.

Outrora, a busca era pelo acesso à jurisdição e, hoje, pugna-se pelo acesso à justiça, pelo fato de que aquele está em crise ante a irremediável lacuna existente entre a efetividade da prestação jurisdicional e a celeridade.

Cappelletti e Garth (1988, p. 20-21) anunciam tal panorama destacando “que a justiça que não cumpre com suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível”, ou seja, o decurso de tempo torna-se barreira a ser demolida para o alcance da justiça.

A morosidade na prestação da tutela jurisdicional, fenômeno intrínseco à crise do Judiciário, é tratada por Santos (2007, p. 42-43), o qual destaca a existência de dois tipos de morosidade, a sistêmica e ativa, conceituando que

a morosidade sistêmica é aquela que decorre da burocracia, do positivismo e do legalismo. Muitas das medidas processuais adoptadas recentemente no Brasil são importantes para o combate à morosidade sistêmica. Será necessário monitorar o sistema e ver se essas medidas estão a ter realmente a eficácia que se pretendia. Mas, há também uma morosidade activa. [...] consiste na interposição, por parte de operadores concretos do sistema judicial (magistrados, funcionários ou partes), de obstáculos para impedir que a sequência normal dos procedimentos desfechem o caso.

Deve-se aqui ressaltar a inequívoca afronta ao direito fundamental da duração razoável do processo, instituída pela Emenda Constitucional n. 45/2004, mediante o acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal.

Cehade (2007) expõe

que a celeridade processual é necessária ao bom desenvolvimento da própria sociedade, sobretudo a brasileira, que, por estar saturada de desigualdades sociais, sofre com constantes conflitos, que inevitavelmente acabam eclodindo no Judiciário, em busca da proteção estatal. Portanto, para que o processo atinja o seu fim, paz social, é necessária eficiência da prestação jurisdicional, conceito, no qual, sem dúvidas, enquadra-se a presteza no juízo.



A razoável duração do processo, atualmente, encontra-se em verdadeiro contraponto com o princípio do contraditório e da ampla defesa e do formalismo exacerbado a que se sujeitam as lides. O legislador, ao atribuir maior segurança às partes, com a possibilidade de interposição de diversos recursos, deu espaço para as que agem de má-fé protelar o andamento do feito.

Neste desfecho, inequívoco que a ampliação do acesso à justiça e a positivação de novos direitos inerentes a todos os cidadãos pela atual Constituição Federal, atrelado à morosidade face ao expressivo número de demandas propostas perante o Judiciário para assegurar a garantia desses novos direitos, impõe a busca de soluções alternativas para resolução dos conflitos.

Não pode o ente Estatal, ante o abarrotamento de demandas pendentes de apreciação, deixar de fornecer meios para que os conflitos dos indivíduos da sociedade sejam resolvidos de forma eficiente e em tempo razoável para o êxito do que pleiteiam.

É aí que enquadramos o acesso à justiça anteriormente tratado, pois este visa fornecer os instrumentos garantidores de proteção diante de eventual ameaça ou violação do direito, compelindo o seu agressor ao cumprimento ou o sancionando ante o seu descumprimento.

Inevitável, pois, conforme destacam Casella e Souza (2009), confessar que os mecanismos até então utilizados deixam de zelar tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo. O aspecto quantitativo pode guardar relação com a duração do processo, e o aspecto qualitativo quanto à efetividade atingida do mesmo, mormente a pacificação social alcançada, de modo que o litígio cesse e não dê ensejo a nova(s) discussão(ões).

Como alternativa para a demora na prestação jurisdicional e visando solucionar a crise do acesso à justiça, várias foram as formas instituídas, como o Código de 1939, a liminar e a antecipação de tutela (prevista no artigo 273 do atual código de Processo Civil), entre outros.

Quanto às alternativas criadas com a intenção de dar uma resposta efetiva à crise do Poder Judiciário, mas acabaram por colaborar de forma contraproducente, pode-se citar os Juizados Especiais Cíveis, cuja previsão está na Lei n. 9.099/1995. Os juizados se limitam a apreciar demandas de menor valor monetário e menor relevância, sendo estatuído sob a égide de se alcançar a efetiva celeridade processual, através da regência praticamente absoluta do princípio da oralidade.

Há quem sustenta que esse instituto não vingou da maneira a com que foi criado, mormente em razão de seu caráter gratuito, passando a ser utilizado em demasia pela sociedade.

Nesse contexto, uma vez que evidenciada a incapacidade do ente estatal em monopolizar a prestação do serviço para solução de controvérsias e efetivo resguardo de direito, tendem a se desenvolver procedimentos jurisdicionais alternativos, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmatividade (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 77).



2.2 Dos métodos alternativos de solução de conflito

A morosidade na prestação da tutela jurisdicional e o despreparo do Poder Judiciário são fatores que estimulam a busca por alternativas que desviem os conflitos da seara do Estado. As formas atualmente aplicadas são a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, as quais em muito se assemelham à autocomposição, haja vista que os litígios são compostos fora da formalidade do judiciário e primam pela satisfação de ambas as partes.

Em curtas linhas se passa a análise desses institutos. A arbitragem possui previsão legal junto à Lei n. 9.307/96, considerada, após vasta discussão, constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Trata-se do instituto que mais se assemelha com a atividade exercida pelo juiz.

A principal característica em comum entre a jurisdição e a arbitragem é que, em ambas as formas, a decisão é tomada por terceiro e não pelas próprias pessoas envolvidas no litígio (SILVA, 2008).

Silva (2008, p. 22) destaca que “na *arbitragem*, a decisão também é imposta. Há um processo que também se caracteriza pela disputa onde, da mesma forma que o processo judicial, as partes atacam e defendem, saindo ao final um vencido e um vencedor”, bem como que somente parcela da sociedade a usufrui, haja vista seu elevado custo. Difere do Judiciário na medida em que as decisões não competem ao Estado, mas sim a um terceiro, geralmente escolhido pelas partes. Ainda, dá ampla liberdade para as partes convencionarem as regras que irão incidir na arbitragem, desde que respeitadas a ordem pública e os bons costumes.

Para Calmon (2007, p. 144), a conciliação, a seu turno, além da administração do conflito por um terceiro neutro e imparcial, possui a prerrogativa de sugestão ao teor da composição, ou seja, “o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo”.

O instituto da negociação tem como característica predominante os seus sujeitos ativos, que consistem nas próprias partes ou seus representantes, sem a intervenção do terceiro na negociação.

Ressalta Silva (2008, p. 27), quanto à negociação, que este

é um processo dinâmico de busca de um acordo mutuamente satisfatório para se resolver conflitos, onde cada parte obtenha um grau de satisfação, devendo ser adotados padrões corretos, sem considerar propostas puramente individuais. Pode-se dizer que é um diálogo, onde o resultado é o “ganha-ganha”.

Na atual conjuntura e visando “cortar o mal raiz”, como será adiante explanado e demonstrado, a mediação mostra-se como instituto mais efetivo, eis que não possui a marca do modelo até então predominante de composição de conflitos, qual seja, a imposição de decisão ou intervenção no teor dos termos a serem acordados pelas.



Segundo Calmon (2007, p. 119) a “mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável” e “se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado”.

Desse modo, a mediação incentiva as partes a buscarem um equilíbrio, ou seja, um ajuste favorável a ambos, de modo que cesse o conflito sem atingir de forma negativa os laços anteriormente existentes.

Há a descentralização do poder exercido pelo magistrado, pois dá às partes a incumbência de solucionarem por si seu conflito.

3 DA JURISDIÇÃO E DA MEDIAÇÃO

3.1 Da jurisdição

Dá-se o nome de jurisdição (do latim *juris*, “direito”, e *dicere*, “dizer”) ao poder que detém o Estado para aplicar o direito ao caso concreto, com o objetivo de solucionar os conflitos de interesses e, com isso, resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei (Wikipédia, 2011, <http://pt.wikipedia.org>).

O conceito dado por Rulli Júnior (1998, p. 2) bem define o que é a jurisdição, destacando que “é uma função do Estado e, normalmente, tem sido entregue a pessoa ou pessoas imparciais e independentes que se encarregam de efetivá-la; o direito de pacificar e harmonizar as relações sociais, dizendo a justiça, garantia de segurança jurídica, social e política”.

A função jurisdicional ou jurisdição é monopólio do Poder Judiciário do Estado, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, e visa a composição dos conflitos de interesses, realizável por intermédio de um processo judicial que observa de forma ampla e geral a legislação, o costume e a moralidade (SILVA, 2011, p. 553 e 554).

Contudo, nem sempre assim o foi. Como salienta Silva (2011, p. 554) “anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado”, citando como exemplo os senhores feudais, que “tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se *jurisdições feudais* e *jurisdições baronais*”.

Rachel (2008) destaca que as características da jurisdição são a substitutividade, a exclusividade, a imparcialidade, o monopólio do Estado, a inércia e a unidade, bem como que o “Estado é que julga e que diz quem pode julgar”, sendo desnecessário que o julgamento se dê por um órgão estatal, daí porque “a arbitragem é jurisdição, porque foi o Estado que disse quem julga”.

Importante trazer à baila a diferenciação de legislação e jurisdição. Enquanto a primeira cria e edita normas, a segunda as aplica (SILVA, 2011, p. 554).

Nesse panorama Marinoni e Arenhart (2005, p. 37) enfatizam que “a jurisdição, ao



aplicar uma norma ou fazê-la produzir efeitos concretos, afirma a vontade espelhada na norma de direito material, a qual deve traduzir – já que deve estar de acordo com os fins do Estado – as normas constitucionais que revelam suas preocupações básicas”.

3.2 Da mediação

Intricado é discorrer acerca da história da mediação em nosso País, eis que a bibliografia disponível sobre o instituto aborda, em síntese, sua definição, os sujeitos envolvidos, seus benefícios e o porquê de sua aplicação nas mais diversas áreas, deixando de classificar e adentrar em mais detalhes.

No Brasil a mediação ainda não é obra de um direito positivado, ou seja, não possui lei que a regula, no entanto, está incursa nos princípios gerais de direito, e sua aplicação se dá em fundamento a esses.

Crível salientar, que em que pese a ausência de lei, existe em andamento junto ao Congresso Nacional projetos de lei que visam regulamentar o instituto da mediação. Ressalte-se que os projetos em andamento são todos de iniciativa da Câmara dos Deputados, exceto o Projeto de Lei n. 166/2010, do Senado Federal, que versa sobre a reforma do Código de Processo Civil.

Neste íterim, os projetos que se destacaram é o Projeto de Lei n. 4.827, de 1998, da deputada Zulaiê Cobra, e o Projeto de Lei n. 166/2010 (reforma do CPC), o qual trata do mediador na seção V do Capítulo III, que se refere aos auxiliares da justiça.

Dito isso, passa-se a discorrer acerca do método da mediação como forma de solução pacífica-consensual de conflitos.

O conflito é inevitável e se encontra intrínseco no convívio entre indivíduos de uma sociedade. A mediação, pois, surge como uma alternativa à litigância no judiciário, pugnando pela solução da controvérsia de forma consensual.

Trata-se de instituto com características típicas, as quais possuem o intuito de facilitar a solução do conflito e superar as desavenças. Nesse panorama, Morais e Spengler (2008, p. 134-137) destacam as principais características da mediação como sendo a privacidade, a economia financeira e de tempo, a oralidade, a reaproximação das partes, a autonomia e o equilíbrio das relações entre as partes.

A privacidade diz respeito tanto ao local em que produzidas as sessões de mediações quanto ao conteúdo da conversa. Frisa-se que esse princípio é desconsiderado em caso de o interesse público se sobrepor ao das partes, ou seja, quando a quebra da privacidade for determinada por decisão legal ou judicial, ou ainda por uma atitude de política pública. Já o interesse privado jamais irá se sobrepor ao da sociedade.

Quanto à economia financeira e de tempo, pode-se dizer que um se torna consequência do outro. A mediação é instituto que dispensa maior formalidade e resolve as controvérsias em tempo muito inferior ao que levam quando debatidas



junto ao Judiciário. Por ser voluntária e possuir função pacífica, em que a ideia não é a defesa do longo debate, mas sim formas de solução ao litígio, torna-se mecanismo mais célere.

Com a celeridade da demanda, indiretamente, surge a economia financeira. Os gastos inerentes a um processo são dispensados, eis que a máquina judiciária não será movimentada como de rotina, nem trará à lide tantos indivíduos para impulsioná-lo no sentido de cumprir as formalidades impostas.

Sem delongas, Dinamarco (2005, p. 634-635) expõe que

O processo custa dinheiro. Não passaria de ingênua utopia a aspiração a um sistema processual inteiramente solidário e coexistencial, realizado de modo altruísta por membros da comunidade e sem custos para quem quer que fosse. A realidade é a necessidade de despendere recursos financeiros, quer para o exercício da jurisdição pelo Estado, quer para a defesa dos interesses das partes. As pessoas que atuam como juízes, auxiliares ou defensores fazem dessas atividades profissão e devem ser remuneradas. Os prédios, instalações, equipamentos e material consumível, indispensável ao exercício da jurisdição, têm também o seu custo.

Ressalta, ainda, que “seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes, com o Estado exercendo a jurisdição à própria custa, sem repassar sequer parte desse custo aos consumidores do serviço que presta” (DINAMARCO, 2005, p. 635).

Desse modo, em uma análise lógica acerca da situação, quando há dispensa de parte ou todos os custos relativos a um processo, menos deverá ser desembolsado pelas partes, eis que tanto a vida útil do processo quanto o serviço de diligências será reduzido.

Seguindo, a terceira característica é a da oralidade. Morais e Spengler (2008, p. 135) definem essa característica ressaltando que a mediação é um processo informal, no qual as partes têm a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem, visando a encontrar a melhor solução para eles.

Outrossim, outro aspecto a ser considerado cinge-se ao estado emocional das partes, as quais geralmente não conseguem discutir de forma serena sobre eventual solução para o conflito, daí porque, quando acionado o ente Estatal, tende este a afastar ainda mais as relações existentes, eis que possui perfil litigante, em que na decisão final terá um ganhador e um perdedor (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 136).

A característica da reaproximação das partes traz consigo a aproximação dos indivíduos litigantes. O trabalho do mediador é conseguir a (re)aproximação das relações entre as partes de forma que ambas cheguem em um consenso mutuamente favorável e restabeleçam eventuais laços consumidos pelo litígio.

A autonomia das decisões sustenta que as decisões tomadas pelos litigantes



não carecem necessariamente de homologação judicial, bem como de que diante de inequívoca injustiça ou imoralidade nos termos do acordado, deve o mediador intervir, não com o intuito de oferecer a solução adequada, mas sim alertar para o fato, sob pena de tornar ineficaz o mecanismo da mediação, que prevê justamente a pacificação entre as partes.

Por seu turno, o equilíbrio das relações entre as partes insurge ser “fundamental que a todas as partes seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas” (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 137).

Percebe-se, pois, que as características da mediação vêm a contribuir para a superação das desavenças havida entre os envolvidos. Visa facilitar o diálogo para que cheguem a um consenso e possam melhor administrar suas controvérsias, pois assim aprendem a lidar consigo próprios, de modo que a relação pessoal com a outra parte não reste prejudicada.

Calmon (2007, p. 109) descreve em detalhes os objetivos da mediação:

A mediação é a intervenção de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos no conflito, facilitando o diálogo ou incentivando o diálogo inexistente, com vistas a que as próprias partes encontrem a melhor forma de acomodar ambos os interesses, resolvendo não somente o conflito latente, quanto a própria relação antes desgastada, permitindo sua continuidade pacífica.

Para Andrighi (2003, p. 06),

a mediação faculta lidar com tudo aquilo que está subjacente à disputa. Permite que as pessoas criem um sentido de aceitação, sentindo que a decisão a que chegarem foi sua própria e não imposta de fora para dentro. Tem, portanto, uma tendência de mitigar e eliminar as tensões, criando compreensão e confiança entre os litigantes, evitando a amargura que se segue a uma decisão judicial, para o vencido e muitas vezes também para o vencedor. Pode prover uma base para que as partes possam, no futuro, renegociar as suas questões e é, na maioria das vezes, menos custosa.

Segundo Cooley e Lubet (2001, p. 23), a mediação “pode ser definida como um processo no qual uma parte neutra ajuda os contendores a chegar a um acerto voluntário de suas diferenças mediante um acordo que define seu futuro comprometimento”.

Por fim, crível salientar que dois são os modelos de mediação, a prévia e a incidental.

A mediação prévia se realiza quando ainda não houve o ajuizamento de processo judicial. Esta pode ser judicial ou extrajudicial. Será judicial quando a parte pretende



se submeter à mediação e encaminha pedido via judicial para que esta seja realizada, ou seja, há expresse requerimento junto ao Poder Judiciário. A extrajudicial, a seu turno, é realizada fora da seara Estatal, sem a intervenção do ente público, razão pela qual muito é chamada de mediação privada.

Em síntese, conforme bem refere Tartuce (2008, p. 238), “a mediação extrajudicial é operada sem o auxílio de componentes dos quadros jurisdicionais”.

Já a mediação incidental terá aplicação quando existir um processo judicial. Será realizada quando já houver sido protocolada uma petição inicial junto ao juízo.

Desse modo, convém sinalar, por pertinente, que a presença do procurador das partes na sessão de mediação é possível, contudo devem estes intentar e pensar em benefício de ambas as partes, e não somente em defesa de seu cliente, sob pena de fadar o insucesso da sessão.

Nesse sentido, pode-se dizer que a mediação é um dos mais sucedidos métodos de conceber o conflito, mormente em se tratando do exercício da cidadania, daí porque abundantemente se referem a ela como um elemento para a solução do acesso à justiça.

4 O JUIZ E O MEDIADOR: UMA ABORDAGEM ACERCA DAS SUAS DIFERENÇAS

Importante referir, inicialmente, que para se resolver um conflito não basta atitudes de evitação. É necessária a presença de um terceiro imparcial sem interesse no litígio, para que auxilie e colabore de forma positiva para solução do conflito, haja vista que geralmente onde há litigiosidade, há partes que não conseguem por si só resolverem a situação de confronto.

Aí que se insere o papel do juiz e do mediador. O juiz, através da imposição da decisão em caso de ausência de transação entre as partes em eventual momento oportunizado para conciliação, e o mediador, com o acompanhamento sistemático da conversação entre as partes, conduzindo de maneira coerente a conversação entre estas, para que por si só cheguem a um consenso. Em síntese, o primeiro utiliza o meio coercitivo, através da aplicação de decisão, geralmente sentença, e o segundo simplesmente contribui com a comunicação saudável dos conflitantes a fim de que entrem em consenso.

Segundo Calmon (2007, p. 119), à inclusão informal ou formal de terceiro imparcial na *negociação* ou na *disputa* dá-se o nome de mediação, que é, pois, um mecanismo para a obtenção da *autocomposição* caracterizado pela participação de terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos.

4.1 O juiz

O juiz (do latim *iudex*, “juiz”, “aquele que julga”, de *ius*, “direito”, “lei”, e *dicere*, “dizer”) é um cidadão investido de autoridade pública com poder para exercer a



atividade jurisdicional, julgando os conflitos de interesse que são submetidos à sua apreciação (Wikipédia, 2011, <http://pt.wikipedia.org>).

No Brasil, é membro do Poder Judiciário, e a forma de investidura no cargo se dá por meio de nomeação, após aprovação em concurso público de provas e títulos. É cidadão que “não só declara, como ordena [...] o que for necessário a tornar efetiva a tutela jurídica” (GUIMARÃES, 1958, p. 34). Não bastasse, deve ter formação em Direito.

Dentre suas atividades, podemos destacar que é quem diz o direito quando acionado para apreciação de um caso controvertido e concreto, ou até mesmo para meras decisões em que necessária permissão judicial para o exercício do direito. O juiz, também atendido por magistrado, é então representante do próprio ente estatal, sendo responsável pela apreciação e julgamento sobre a quem concerne o direito, a fim de pôr fim à dúvida que cerca o conflito.

Deve interpretar o litígio através de seus fatos, aplicando a lei atinente, de modo a alcançar a solução justa do conflito. A sentença por ele exarada possui força de lei, e deve ser fadada de imparcialidade, prestando tratamento igualitário às partes que compõem a lide.

Em nosso ordenamento jurídico, o cargo do juiz encontra previsão junto à Constituição Federal de 1988. O artigo 93 do referido diploma legal prevê que o Estatuto da Magistratura será disposto em Lei Complementar e observará os princípios estatuídos nos incisos. No Brasil, a magistratura foi regulamentada através da Lei Complementar n. 35, de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Referida Lei Complementar dispõe acerca das regras a serem observadas sobre a carreira da magistratura, tais como ingresso, promoção, vencimentos, aposentadoria e publicidade dos julgamentos.

Ainda, além de ter previsão junto à Carta Magna, o magistrado tem suas atribuições e poderes determinados no Código de Processo Civil. Como exemplo podemos citar os artigos 577, 162 e seus parágrafos, 164, 165, 125 e seus incisos, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132 e 133, que regulam a atuação e respectivas responsabilidades do juiz nos atos processuais.

O juiz, portanto, é terceiro imparcial que virá a conduzir e julgar a lide com a aplicação da legislação de forma ampla, valendo-se o *decisum* do emprego de normas, princípios e costumes condizentes.

Todavia, saliente-se que se a decisão/sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau não satisfizer um ou ambos os litigantes envolvidos, estes possuem o poder de apresentar recurso acerca da decisão, tanto de forma integral quanto parcial, repassando a apreciação para um colegiado, composto por vários juízes que tomarão uma decisão, que será vencida pela maioria – é o que corriqueiramente entendemos por acórdão. Por certo que a ausência de unanimidade dessa segunda decisão acerca do conflito igualmente cabe recurso, sendo que o processo, eventualmente, pode terminar somente após a decisão pelo Supremo Tribunal Federal. (STF).



4.2 O mediador

A mediação procede do latim *mediare*, que significa estar no meio, mediar, intervir, dividir ao meio (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 147). Por conseguinte, a palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas (SPENGLER, 2010, p. 318). Logo, se mediação é mediar e estar no meio, a pessoa responsável por isso é o mediador.

A mediação visa prestar auxílio às partes para que por si consigam alcançar uma negociação além de justa, eficaz. Assim, o mediador é justamente esta pessoa que prestará o devido auxílio às partes, tornando viável a negociação e tomando sigilo quanto aos atos e fatos ali praticados e discutidos. É terceiro imparcial e neutro à lide que aproxima e facilita o diálogo entre os litigantes.

Cabe a ele buscar na realidade dos litigantes os utensílios necessários para o sucesso de uma composição que seja conveniente. Ou seja, ao invés de discutir acerca dos problemas que desencadearam a lide, ele passa a criar oportunidades de êxito que sejam comuns a ambas as partes.

De acordo com Calmon (2007, p. 123), “o papel do mediador é o de um facilitador, educador ou comunicador, que ajuda a clarificar questões, identificar e manejar sentimentos, gerar opções e, assim se espera, chegar a um acordo sem a necessidade de uma batalha adversarial nos tribunais”.

Para Goldberg, Sander e Rogers (1992, citado por CALMON, 2007, p. 123-124), o mediador não tem poder legal para decidir, não é necessariamente advogado, emprega a palavra para ajudar, põe em foco o presente e o futuro (não o passado), ajuda a solucionar e não a impor justiça, não aconselha, não faz uso de autoridade e busca entender as partes e esclarecê-las acerca de sua participação em posição no conflito, para que tomem decisões dando um consentimento informado (ainda quando decidam não entrar em acordo).

Desse modo, não lhe é exigida formação acadêmica, mas conhecimentos técnicos ou experiência prática suficiente à classe do conflito, a fim de proporcionar o bom desempenho no auxílio das partes. Deve seu conhecimento superar o comando expresso em lei, mormente porque a controvérsia em muitas circunstâncias alcançará a seara sociológica e emocional e não apenas a legal, derivada de lei.

Além de viabilizar a efetiva conversação entre os envolvidos, deve o mediador sensibilizar-se a fim de reconhecer em quais casos deve deixar de atuar. Nesse aspecto, pode-se citar eventual desequilíbrio existente entre as partes e a incapacidade de ambas ou uma delas para regência dos seus atos.

4.3 Diferenças acerca da atuação do juiz e do mediador

As semelhanças e diferenças que permeiam as atividades do juiz e do mediador fazem com que ambas as atuações sejam imprescindíveis na atual conjuntura da prestação jurisdicional, mormente se considerar a morosidade que assola o serviço



público.

Antes de adentrar às diferenças propriamente ditas, pode-se destacar como semelhança entre o juiz e o mediador seus posicionamentos dentro da controvérsia, ou seja, são eles terceiros imparciais à lide. Ainda, não possuem interesse sobre o caso concreto que está sob sua análise ou sob sua orientação, devendo ser neutros diante de cada caso concreto.

Sem mais delongas, passa-se à classificação de diferenças no exercício das atividades do juiz e do mediador.

De início, gize-se referir que ao magistrado é essencial a formação em Direito, enquanto ao mediador isso não se faz imprescindível, mormente por não exercer qualquer intervenção decisória. O juiz é investido no cargo através de concurso público de provas e títulos, já ao mediador não o é exigível, mesmo porque não existe regulamentação acerca de sua atividade no País, bem como este visa buscar a reconstrução do diálogo entre as partes, o que em muitos casos excede a seara jurídica ou específica de outra área.

Neste ponto, importante referir que muito se discute acerca da necessidade de ser o mediador um operador do direito, principalmente um advogado, contudo a doutrina dominante argúi que isso não se faz necessário, eis que, como já referido, em determinadas situações os fatos sobrepõem-se à aplicação de norma positivada, atingindo a esfera pessoal das partes.

Tartuce (2008, p. 233), quanto ao tema ora enfrentado, refere que “o mediador deve ser alguém treinado a propiciar o restabelecimento da comunicação entre as partes. Para tanto deve ser alguém paciente, sensível, sem preconceitos e com habilidades de formular as perguntas certas às partes [...]”, de modo que “não se afigura essencial que o mediador tenha formação jurídica ou de outra qualquer outra área do conhecimento”.

O juiz possui o poder de emitir veredicto, que, aliás, o difere de qualquer outro método de tratamento dos conflitos, haja vista que sua decisão faz lei entre as partes, devendo ser cumprida nos termos por ele estipulado em observância aos limites dos pedidos postulados pelas partes.

Ainda, pode ele determinar citação e intimação de pessoas em processos ou em relação a processos, mesmo que não sejam diretamente parte integrante deste. Pode também determinar prisão e expedição de alvará de soltura, requisitar informações a órgãos públicos e setores privados, publicar atos, entre outros, tudo para se chegar ao final da lide e poder decidir com cautela e justiça.

Já o mediador, em hipótese alguma, irá decidir ou instigar eventual decisão entre as partes, não sendo crível de sua atribuição impor resultado aos litigantes. A decisão jamais cabe ao mediador, mas sim às partes. Outrossim, não pode este solicitar diligências ou impor qualquer decisão, mormente porque lhe falta poder para decidir pela sociedade.

Nesse sentido, Calmon (2007, p. 123) salienta que “o mediador carece de poder



de emitir um veredicto e de impor o resultado às partes; sua missão e objetivos estão muito longe de imposições desse tipo. O mediador é um interventor com autoridade, mas não deve fazer uso de seu poder para impor resultados”.

Quanto ao *decisum*, importante salientar ainda se é dada pelo magistrado temos um resultado “ganhador”/“perdedor”. Se é através do método da mediação, com a intervenção do mediador, o acordo quando existente terá efeito “ganhador”/“ganhador”, eis que como reiteradamente referido, não há imposição, mas sim voluntariedade das partes na composição, com a incidência de benefícios mútuos.

Neste aspecto, insta referir que a decisão do juiz é baseada no direito positivado, ou seja, leis e jurisprudências, enquanto que o mediador auxilia e se baseia nos interesses dos litigantes.

O juiz é quem dita o procedimento através da requisição das partes. Cediço que a atuação do juiz é limitada aos pedidos da lide, contudo dentro deste limite pode ele desenvolver as diligências que entender necessárias ao julgamento ou indeferir as que se mostrarem protelatórias.

Este fato não ocorre com o mediador, pois quando as partes estão sob o procedimento da mediação são estas que “ditam as regras do jogo”, ou seja, o procedimento é integralmente controlado por elas, somente com o auxílio do mediador.

O mediador, através da mediação, não se preocupa com o litígio em si, de modo que dispensa a verdade formal contida nos autos (WARAT, 2001).

Outrossim, quando a demanda cabe ao juiz, há grande grau de litigiosidade, e quando atribuída ao mediador, de pacificação.

Perante o Judiciário, cuja atribuição é do juiz, as partes se enfrentam, e quando da sessão de mediação, as partes são colaboradoras (colaboram entre si para a melhor desenvoltura e cumprimento posterior da decisão).

Por fim, crível referir que os juízes gozam das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, conforme artigo 95 da Constituição Federal de 1988. Já o mediador não goza de qualquer dessas garantias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das garantias aferidas à população por intermédio da positivação de garantias fundamentais em nosso ordenamento jurídico, a crise jurisdicional deu ensejo à morosidade da justiça, de modo que atualmente os magistrados não detêm condições de escusar maior tempo às conciliações, dado o exacerbado número de audiências na pauta e o volume de processos pendentes de julgamento em gabinete.

A aplicação dos direitos ainda mostra-se muito aquém do que se espera, mas o instituto da mediação passou a fortalecer a solução célere e eficaz dos conflitos, que



há muito não vêm sendo atendidas.

O desconhecimento dos métodos alternativos de solução de conflitos faz incidir uma disputa entre as partes, as quais geralmente requerem pôr fim às suas controvérsias através de uma decisão imposta, que é dada pelo magistrado.

Sendo assim, crível seja destacada a importância do mediador no desenvolvimento da técnica alternativa de (re)solução de conflitos, sendo de expressiva significância na construção da cidadania através do diálogo e preservando os relacionamentos interpessoais.

O juiz, a seu turno, em que pese a crise jurisdicional e a criação dos métodos alternativos de conflitos, ainda é de suma e imprescindível importância para a manutenção e aplicação do direito, uma vez que muitos são os litígios inabilitados à incidência dos métodos alternativos de conflitos, seja pelo desequilíbrio ou incapacidade das partes, seja pela necessidade da imposição de uma decisão.

As atribuições do juiz e do mediador são em muito distintas, contudo, em que pesem se encontrarem em dois extremos, devem permanecer coligadas, de modo que diante de eventual inaplicabilidade ou efetividade de um dos institutos (jurisdição e mediação), o outro possa atender.

A conquista, assim, está na efetividade do exercício da função do juiz e do mediador, bem como no desenvolvimento da articulação entre o Estado e a sociedade civil.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Formas alternativas de solução de conflitos*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2011.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BOMFICA, FRANCISCO VANI. *O juiz. O promotor. O advogado. Seus poderes e deveres*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CHEHADE, Michael Nedeff. *A celeridade como nova fase da evolução do processo*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 09 jul. 2011.
- COOLEY, John W.; LUBET, Steven. *Advocacia de arbitragem*. Brasília: UnB, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. v. 2.
- GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense,



1958.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RACHEL, Andréa Russar. *O que é a jurisdição e quais são suas características?*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

RULLI JR, Antônio. *Universalidade da jurisdição*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Antônio Hélio; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.



CAPÍTULO XI

O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO¹

Felipe Tadeu Dickow²

Marson Toebe Mohr³

1 INTRODUÇÃO

Em meio à evolução da sociedade e das relações sociais, o Estado mostrou-se ineficiente no tratamento dos conflitos, que surgem com maior velocidade, exigindo, da mesma forma, velocidade para a sua resolução. Não há mais tempo para se esperar pela morosa e burocrática resposta estatal ao litígios.

Surgem, nesse cipoal, formas alternativas ao caminho judicial, dentre elas a mediação. Castrada da burocracia e formalidade presentes na via judicial, a mediação apresenta-se como um método informal de tratamento dos conflitos. Primando pela oralidade e sem regras rígidas quanto ao ritual a ser seguido, a mediação revela-se mais dinâmica na resolução dos conflitos.

Em uma sociedade insaciável por justiça, proporcionar que as próprias partes – auxiliadas por um mediador e acompanhadas por seus procuradores – assumam as rédeas do conflito e se tornem protagonistas da solução de seus próprios problemas é uma forma democrática de restabelecer a paz social, levando o direito aos mais variados rincões.

E é atento a essas novas formas de resolução dos conflitos que o advogado, seguindo os preceitos constitucionais e ético-disciplinares da profissão, deve primar pela conciliação e prevenção dos litígios. Daí porque a importância da presente obra que pretende destacar o papel do advogado na orientação de seu cliente para a sessão de mediação, bem como a atuação que deve ter o profissional da advocacia diante do vigoroso crescimento de formas alternativas de resolução do conflito.

1 Texto produzido a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto.

2 Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Profª Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto.

3 Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Profª Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto.



2 FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A INSUFICIÊNCIA ESTATAL

Conforme pode-se extrair da atual situação de colapso do Judiciário brasileiro, o monopólio estatal da força no controle dos conflitos tem-se mostrado ineficiente diante da larga demanda de uma sociedade que, com o surgimento da Constituição Cidadã, em 1988, conheceu uma gama de direitos sociais e individuais inimaginável nos anos anteriores, quando a recente república brasileira ainda se encontrava sob o regime dos militares.

Mas não é só o vasto rol de direitos emergidos com a Carta Magna de 1988 que levou a sociedade a bater às portas do Judiciário, o surgimento de novas tecnologias e a velocidade com que são implementadas as mudanças no mercado contribuem para o crescente surgimento de novas contendas e desentendimentos antes inimagináveis.

Sob esse contexto, válido lembrar a teoria do contrato de social, preconizada por Hobbes, segundo a qual os Homens, em fuga do estado permanente de guerra, abrem mão de algumas prerrogativas de liberdade e pactuam o estabelecimento de uma espécie de Estado ou governo com poderes de mandos e desmandos sobre os pactuantes. Em troca desta liberdade concedida ao Estado, ainda que em sua concepção mais primitiva, os Homens buscam proteção e paz.

Dessa maneira, “o Estado toma para si o monopólio a violência legítima, alçando-se no direito de decidir litígios e chamando à possibilidade de aplacar a violência através de um sistema diverso do religioso e do sacrificial” (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 67).

Consequentemente, para tratar os conflitos nascidos da sociedade o Estado, enquanto detentor do monopólio da força legítima, utiliza-se do poder Judiciário. O juiz deve, então, decidir os litígios porque o sistema social não suportaria a perpetuação do conflito. A legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce, assim, do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz. (SPENGLER, 2010, p. 278).

Ocorre que, não obstante a existência deste monopólio estatal da força para solução de conflitos, por meio de um poder independente e constitucionalmente assegurado, observa-se uma séria crise de jurisdição nos Estados modernos. E isso não é privilégio do estado brasileiro, até mesmo as nações mais ricas do planeta se deparam com a mesma problemática, exigindo o surgimento de meios alternativos à resolução dos conflitos.

O Estado moderno não mais consegue dar um tratamento eficiente aos conflitos. A dinamicidade das relações humanas, catapultada pelo constante intercâmbio de informações, pela queda das barreiras internacionais e pelo crescimento das relações econômicas, invariavelmente exige do Estado uma resposta mais célere e igualmente dinâmica aos conflitos que emergem de uma sociedade paulatinamente



mais complexa e heterogênea.

Inevitável afirmar, pois, que

o monopólio da jurisdição [...] deixa gradativamente de pertencer ao Estado, principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas condições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são resultado. (SPENGLER, 2010, p. 107).

É exatamente neste contexto de incapacidade estatal na solução monopolística dos conflitos que procedimentos jurisdicionais alternativos ganham força no cenário nacional em busca da tão desejada celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, podendo-se sublinhar dentre estes mecanismos alternativos a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Neste contexto, importante trazer à baila o alerta de Fabiana Marion Spengler quando afirma que “o poder judiciário é um meio de solução, administração ou resolução de conflitos (difícilmente de tratamento), porém não o único e com certeza não o mais democrático” (SPENGLER, 2010, p. 298).

Sem deixar de reconhecer o valor merecido pelo Poder Judiciário, mas ao mesmo tempo descortinando as possibilidades de resolução dos conflitos através de mecanismos alternativos, mostra-se de bom alvitre sublinhar o pensamento esposado por Fabiana Marion Spengler quando afirma que

paralelamente às formas jurisdicionais tradicionais, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento de disputas, nas quais se atribui legalidade à voz de um conciliador/mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Não se quer aqui negar o valor do poder Judiciário, o que se pretende é discutir uma outra forma de tratamento dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes. (SPENGLER, 2010, p. 291-292).

Dessa maneira, diante de um Estado em vias de entrar em colapso no tratamento de conflitos através de um Poder Judiciário cada vez mais abarrotado de processos, com ritos e formalidades cada vez mais complexos que acabam criando uma multiplicidade de tempos (o tempo estatal e o tempo real), é possível encontrar métodos alternativos de solução de conflitos tão ou mais eficientes que a jurisdição estatal.



3 MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Dentre os meios alternativos à solução dos conflitos anteriormente citados, é sobre a mediação que se situará o nó Górdio do presente trabalho. Outrossim, diante da escolha, dentre outros métodos, pela mediação, surge inevitavelmente o seguinte questionamento: mas por que a mediação?

Para responder à pergunta com inoxidável maestria, nada mais oportuno do que trazer à baila o entendimento de Spengler quando refere que

a mediação difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu local de atuação é a sociedade, sendo sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos, e sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal aspiração não consiste em propor novos valores, mas em estabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo. (SPENGLER, 2010, p. 312-313).

Dessa maneira, emerge a mediação não só como forma alternativa à jurisdição em busca de um simples desafogamento das vias judiciais, mas sim como uma forma tão ou mais eficaz que o próprio Judiciário no tratamento das disputas, buscando a gênese do conflito e proporcionando às partes um momento de prospecção, além de uma oportunidade para que as partes exponham sua visão sobre a contenda ali tratada, bem como suas íntimas razões – não necessariamente fundamentadas no direito – à resistência da pretensão do outro.

Parodiando a afirmativa de Lilia Maia de Moraes Sales (2010), tem-se que a mediação é o meio consensual de solução de controvérsias em que as partes, encorajadas por um terceiro imparcial com habilidades para facilitar a negociação, procuram a solução do conflito através do diálogo.

É curial, portanto, nesse processo, que as partes, instigadas pelo mediador – terceiro imparcial –, cheguem por si mesmas a uma solução que lhes seja agradável, trazendo benefícios a ambos os sujeitos submetidos à mediação. Não se trata, assim, de um procedimento de “perde e ganha”. O objetivo da mediação é que ambas as partes saiam ganhando e que a solução encontrada não seja o desejo singular de apenas uma parte, mas sim uma alternativa aceitável por todos os envolvidos no litígio.

Todavia, a mediação, não obstante o crescente destaque que vem experimentando nos últimos anos, não é um método recente, ela sempre existiu em nossa sociedade (MORAIS; SPENGLER, 2008), mas não de maneira regrada ou formalizada. Como exemplo, pode-se citar o patriarca (ou a matriarca), chefe da família, que orienta seus descendentes rumo à solução das contendas, ou mesmo o pároco de uma pequena cidade interiorana que converge os contendores ao caminho da conciliação.



Com efeito, pode-se verificar nos últimos tempos a “redescoberta (da mediação) em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação dos litígios” (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 134).

Tratando-se de “um mecanismo de resolução de controvérsias pelas próprias partes, construindo estas uma decisão ponderada, eficaz e satisfatória para ambas” (SALES, 2003, p. 24), não é difícil perceber o motivo pelo qual tem ganhado destaque no cenário nacional o uso da mediação como meio alternativo na solução de conflitos.

Esta tendência pode ser verificada não só no Brasil, onde se tem o exemplo da Prefeitura Municipal de São Paulo, que pretende formar cerca de 2 mil mediadores até o final de 2011 para atuar em ocorrências de perturbação do sossego, brigas entre vizinhos e queixas de barulho⁴, mas também nos EUA, onde há a possibilidade do juiz encaminhar as pessoas a audiências de conciliação, conduzida por um mediador ou conciliador, com taxas de sucesso na conciliação de 60% a 75%.⁵

Dessa maneira, em se tratando de um mecanismo de resolução de disputas alternativo à jurisdição e com inegáveis vantagens, não há como não reconhecer e privilegiar o avanço desta nova cultura de solução de conflitos no cenário jurídico nacional e internacional, devendo, por oportuno, os operadores do direito se inteirarem dessas novas técnicas e auxiliarem a sociedade em busca de uma paz social.

4 A FUNÇÃO DO ADVOGADO DIANTE DAS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Como acima abordado, a mediação desponta como um método alternativo de solução de conflitos inserida no chamado gênero justiça consensual. Por incentivar a autocomposição do conflito, através de terceiro imparcial – mediador – que ajuda, instiga e facilita o diálogo entre as partes, é inevitável de se questionar qual o papel que deve ter o advogado nesse cenário.

A sociedade respira o conflito, ele faz parte da nossa natureza humana. A instituição de um regramento social – relembrando a teoria do contrato social de Hobbes – surge como uma forma de manutenção da paz social.

Nesse sentido, sempre válido trazer à baila o preceituado em nossa Constituição Cidadã, regramento maior de nosso País, quando prega pela indispensabilidade da figura do advogado na administração da justiça.⁶ Até mesmo para que princípios inerentes à noção de justiça, como ampla defesa e contraditório, restem incólumes.

Por conseguinte, tanto no Estatuto da Advocacia quanto no Código de Ética e Disciplina da OAB, em ambos ordenamentos, coincidentemente, no artigo 2º, é reafirmada essa indispensabilidade do profissional da advocacia à justiça.

4 Conforme notícia veiculada no dia 03 de julho de 2011, no *site* <<http://www.estadao.com.br>>.

5 Conforme notícia veiculada no dia 02 de julho de 2011, no *site* <<http://www.conjur.com.br>>.

6 **Art. 133.** O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.



Outrossim, merece destaque o inciso VI, do parágrafo único, do mesmo artigo 2º, do Código de Ética e Disciplina da OAB, que preceitua como dever do advogado o estímulo à conciliação e à prevenção da instauração dos litígios:

Art. 2.º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

[...]

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração dos litígios;

É curial, pois, que a atuação do advogado seja pautada pela ética e pela boa-fé, em uma postura de prevenção de litígios, agindo de forma a encorajar a conciliação e a harmonização entre as partes. Daí porque se pode afirmar que o advogado tem um papel extremamente importante na preparação do cliente para a sessão de mediação.

De igual forma, pode ser destacado do Código de Ética e Disciplina da OAB o artigo 8º, em que é previsto que “O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda”.

Esta função do profissional da advocacia de informar e esclarecer ao cliente acerca das possibilidades e condições da resolução do conflito por meio alternativos será a seguir melhor dissecada quando da apresentação do papel do advogado na mediação, sendo certo que mais do que um dever ético, a informação pode se tornar uma fonte de segurança e confiança na relação advogado-cliente, não podendo em hipótese alguma ser rejeitada.

Cumprido, antes de tecer maiores comentários sobre o tema, anotar que a mediação não se confunde com a conciliação, como forma expressamente prevista no Código de Processo Civil, artigo 331, quando da designação de audiência preliminar.

Nesse toar, insta esclarecer que a conciliação abordada pelo Código de Ética e Disciplina, no artigo 2º, acima inculcado, não se refere apenas à conciliação como rito ou procedimento judicial, mas sim como forma de exprimir a concordância de duas ou mais partes na solução de divergências ou disputas. É nesse sentido mais amplo de harmonização entre as partes que surge a mediação como forma alternativa e consensual de solução dos conflitos.

Dessa maneira, tendo como dever incentivar a conciliação – em sentido amplo – e o bom entendimento entre partes, a faina do profissional da advocacia começa antes mesmo da sessão de mediação, intensificando-se no decorrer dos eventos.



4.1 A fase preparatória

Possuindo a obrigação moral e ética de prezar pela harmonia entre as partes, o advogado assume o compromisso de advertir e informar seu cliente sobre a natureza do processo de mediação mostrando que na sessão não existe diretamente um julgamento, sendo que os mediados têm o direito de pedir a interrupção da mediação a qualquer momento e pedir alguma explicação ao seu representante.

O advogado deve fazer com que o mediado tenha conhecimento de quem estará presente na sessão e que um dos objetivos da mesma é permitir que as partes consigam chegar a um acordo da forma voluntária – modo justo. Também deve informar sobre a não obrigatoriedade de realização de um acordo, mas que podem ser alcançados outros pontos objetivos, secundários, que poderão ser úteis para o fim da demanda.

O advogado deve informar ao seu cliente o papel que exercerá na sessão de mediação. O cliente necessita saber que tem na sua mão o poder de transigir o que achar conveniente para a conclusão da demanda. Caso precise de alguma ajuda, o seu representante estará ali para suprir a dúvida.

É importante o cliente saber de que forma participará da sessão. Deve ser explicado que terá a forma verbal para tratar do seu conflito e que na sessão da mediação, além do princípio da oralidade, prevalece também o princípio da informalidade, não precisando o cliente se preocupar com protocolos ou procedimentos mais rígidos.

Da mesma forma, é recomendável que o advogado deixe claro ao mediado que a mediação é o momento para expor sua visão sobre os fatos e que seus motivos para o litígio, principalmente os não jurídicos, merecem ser abordados na sessão, mas sempre de forma serena e não violenta.

A mediação é uma possibilidade de poder ter o direito a dizer o que nos passa, ou uma procura do próprio ponto de equilíbrio e do ponto de equilíbrio com os outros. Seria um ponto de equilíbrio entre os sentimentos e as razões para evitar os excessos dos sentimentos, os sentimentos desmedidos. A mediação como um encontro consigo mesmo é uma possibilidade de sentir com o outro, produzir com o outro a sensibilidade de cada um: o entre-nós da sensibilidade. (WARAT, 2004, p. 28).

Há pelo menos três razões que justificam investir tempo nessa prática, conforme demonstra Cooley (2001, p. 137):

em primeiro lugar, seu cliente ficará à vontade, sabendo que já teve uma espécie de ensaio geral e que teve a oportunidade de experimentar muitas das perguntas fatuais ou autoanalíticas que se pode espera que tenha de responder durante a mediação. Em segundo, você



próprio ficará muito mais à vontade, sabendo que respostas seu cliente dará a essas perguntas previstas. Em terceiro, finalmente, o cliente estará preparado para causar uma boa impressão junto aos advogados oponentes, à outra parte e ao mediador.

Outrossim, sabendo-se que na mediação o objetivo é a resolução do conflito através do diálogo e interação entre as partes e que, não raras vezes, é mergulhando nas origens do conflito que o mediador consegue extrair o nó Górdio da contenda e trabalhar para o seu desenlace, as partes devem ser orientadas de que, apesar de não estarem sob juramento, a verdade sobre os fatos é que deve prevalecer.

Cooley (2001, p. 142), trabalhando com a postura do advogado em momento prévio à mediação, é enfático ao afirmar que

o melhor conselho que você pode dar a seu cliente é “seja você mesmo – não tente ser a pessoa que você pensa que o mediador ou qualquer outra pessoa espera que você seja”. Diga a seu cliente que conte sua história ao mediador “de maneira direta e sincera” e, se for o caso, “de forma enfática”.

Esse pensamento é compartilhado por Luis Alberto Warat (2004, p. 24) que, em meio a conclusões filosóficas, reafirma a necessidade de autenticidade do mediado.

Não tentar aparências ao contrário (o pecador que aparenta santidade). Unicamente com o tempo, se atinge o estado contrário na autenticidade (um pecador autêntico pode tornar-se santo). O segredo é a autenticidade (que pode nos levar ao estado contrário). O pecado, a raiva, os ciúmes não são o problema; o problema é a autenticidade.

Para começar a ser autêntico é preciso estar consciente que não há ninguém para ser enganado. Você está enganando a si mesmo ao tentar fingir, ao tentar esconder. Quando você se esconde está se escondendo de si mesmo.

Encorajar a autenticidade do mediado pode ser a melhor ferramenta a favor dos interesses da parte e, conseqüentemente, para a resolução do conflito. Assumir o erro e demonstrar arrependimento é tão ou mais eficaz à resolução do litígio que negar a falha e insistir na inexistência do fato.

Outrossim, não é demasiado lembrar que, costumeiramente, o cliente não revela ao seu próprio advogado todas as minúcias que envolvem a disputa, seja por achar que certos detalhes não são importantes, seja para não se expor em demasia a terceiro, ou mesmo porque não quer revelar algum detalhe que possa lhe ser prejudicial.



Daí porque a importância de preparar seu cliente a relatar de forma sincera o ocorrido e, com esta autenticidade, buscar solucionar o conflito em sua origem, com um pedido de perdão, ou, ainda, com a aceitação do arrependimento da outra parte.

De qualquer forma, induzir o cliente a narrar uma falsa história na sessão de mediação, ou mesmo incentivar a parte a uma mudança de personalidade, pode custar caro tanto ao advogado quanto ao seu cliente. Ninguém tolera pessoas falsas, e eventual quebra de confiança do mediador e do outro mediado pode levar, fatalmente, ao insucesso da sessão e, até mesmo, ao agravamento do conflito.

Importante, ainda, assinalar que o advogado deve esclarecer ao cliente que ele estará lá ao seu lado para dirimir as questões de direito, deixando-o à vontade para debater as questões fáticas com a outra parte. Dessa forma, no surgimento de questionamentos ou propostas que envolvam matéria de direito, ou mesmo conhecimentos mais complexos sobre o tema, o cliente poderá ficar seguro de que receberá, naquele momento, orientação profissional de seu advogado sobre a matéria.

Durante a sessão de mediação, é possível verificar as posições que cada parte, assim como o mediador, ocupam no espaço físico da sala. O advogado deve informar ao cliente que ele deverá estar de frente aos demais participantes. Fato é que, estando na mesma altura, diminui-se consideravelmente o risco de ser interpretado de forma mal-intencionada, além de evitar eventos desagradáveis. O fato de o cliente estar posicionado de frente aos demais tem outras vantagens, o contato visual direto com o mediador torna sua mensagem mais persuasiva.

Além do mais, o procurador também tem o compromisso de manter atento seu cliente em relação ao tempo estimado para a sessão de mediação. É importante que o mediado se sinta à vontade para dispensar o tempo que for necessário para o deslinde do caso, sem se sentir pressionado com o andar dos ponteiros do relógio. Apressar um acordo sem discuti-lo apropriadamente pode acabar não satisfazendo os anseios das partes, gerando futuramente outro litígio e, o que é mais perigoso, colocando em xeque a credibilidade da própria mediação.

Outro ponto importantíssimo a ser informado ao mediado que interfere teratologicamente no sucesso da mediação é a capacidade de saber ouvir, sem interromper, a outra parte. Em muitos casos, a sessão de mediação é o momento em que as partes estarão face a face após meses, talvez até anos, sem qualquer contato, de maneira que o simples fato de desabafar suas agruras à outra parte e a sensação de ter sido ouvida e respeitada em sua narrativa deixa aquela pessoa mais propícia à aceitação de um acordo.

Assim sendo, antes de iniciada a sessão de mediação, o advogado precisa trabalhar em seu cliente a capacidade de ouvir com atenção o relato da outra parte ou de seus advogados, abstendo-se de interrompê-los durante sua explanação sobre os fatos, e aconselhando o cliente a, quando não concordar com alguma informação prestada, tomar nota em uma folha para, posteriormente, quando chegar sua vez de falar, esclarecer os tópicos anotados emoldurando-os com o seu ponto de vista.



Trabalhar com a postura corporal a ser adotada pelo cliente durante a sessão de mediação também poderá trazer consequências positivas à resolução da disputa. Apenas o diálogo pode não ser suficiente para convencer a outra parte da veracidade da narrativa do mediado, assim como uma postura esnobe e arrogante pode afastar (psicologicamente) a outra parte do diálogo.

Com a postura corporal, acreditamos, que se chega muito mais ao outro do que procurando persuadir ou mobilizar a palavra. Na comunicação corporal procura-se harmonizar o verbal e o não verbal, aproveitar-se da comunicação não verbal e do seu enorme poder de dizer nos silêncios, no instante preciso em que os sentidos das palavras morrem, para que possamos nos reencontrar com os sentidos do nosso corpo, sentidos, esses, que são muito menos enganosos. Os corpos para significar não podem se esconder detrás dos escapes simbólicos e das armaduras das palavras, dos conceitos, do ego e da mente. (WARAT, 2004, p. 39).

Todavia, não se pode fugir da realidade e, lamentavelmente, existem advogados que não preparam seus clientes com a indispensável seriedade. Os bons advogados levam a sério e se preocupam com esse detalhe. Possuem noção de que este planejamento de preparar seus clientes define a essência de sua competência, sendo que isso o leva em progresso na sua reputação profissional.

4.2 Durante a sessão de mediação

Tendo como características dominantes a oralidade e, principalmente, a informalidade, a sessão de mediação, com toda sua flexibilidade e ausência de regras mais rígidas, não é propriamente o ambiente mais seguro ao advogado. Além do mais, por se tratar de um método de resolução de conflitos alternativo e relativamente novo no universo jurídico, a falta de experiências com procedimentos dessa natureza pode levar o profissional da advocacia a uma atitude mais arredia, mais defensiva, justamente por se sentir estranho àquele cenário.

Como já acima descrito, nem sempre a narrativa do cliente ao advogado corresponde à realidade dos fatos ocorridos, de forma que a omissão de algum detalhe pode significar uma brusca mudança no rumo de eventuais medidas judiciais ou extrajudiciais.

Neste toar, ao se restabelecer o diálogo entre as partes, é possível que fatos importantes, mas talvez omitidos pela parte, venham à tona, havendo a necessidade de mudança de estratégia, adaptando-se ao novo panorama, o que pode resultar em maior rigidez ou inflexibilidade no momento da negociação e redação de um acordo.

Ocorre que, como representante de um dos mediados, o advogado transmite ao cliente um entendimento qualificado de seus direitos e suas obrigações. O advogado sempre busca um resultado vantajoso para seu cliente, para isso é necessário que explique ao representado que na sessão de mediação a decisão final quanto a aceitar



ou não alguma oferta de acordo é de alcance do mediado. Caberá a ele, parte do litígio, obviamente após levar em conta o aconselhamento jurídico, a resolução da contenda.

Com efeito, justamente por esta ausência de rigidez de formas na condução da sessão de mediação, é de vital importância ao advogado orientar previamente seu cliente, consoante abordado no subcapítulo supra, de forma a evitar surpresas desagradáveis.

Redigir previamente um breve resumo sobre o fato pode ajudar o advogado a narrá-lo ao mediador quando questionado. Não se pode esquecer que, conforme a preferência do mediador, a sessão pode ser iniciada com uma breve exposição dos fatos pelos advogados das partes – quando presentes –, ou seja, deixando na mão dos advogados as declarações de abertura dos trabalhos para que ele – mediador – possa ter uma dimensão de como está o litígio.

Da mesma maneira, há mediadores que preferem iniciar o trabalho fazendo as declarações de abertura, informando sobre o papel de cada um durante a sessão, além da forma e sequência de procedimentos. Nesse caso, importante que o advogado fique atento às minúcias da sessão de mediação, de forma a melhor orientar seu cliente sem interromper a forma planejada pelo mediador.

Durante a sessão, é aconselhável que a própria parte narre o fato, dando, assim, seus próprios contornos aos acontecimentos e descortinando os sentimentos envolvidos. Contudo, não se pode obrigar o mediado a falar, e mais, caso o cliente não se sinta à vontade para expor os fatos, o advogado pode tomar a frente e explicar ao mediador e à outra parte a versão de seu cliente sobre o fato, revelando-lhes suas razões jurídicas e até sentimentais.

Caso o mediado se sinta confortável e queira expor durante a sessão de mediação os fatos, é curial que o advogado lhe oriente a fazê-lo se utilizando de um estilo narrativo. “Não se recomenda um estilo perguntas e respostas, porque isso consome desnecessariamente tempo e normalmente não permite que o cliente utilize sua capacidade verbal de persuasão” (COOLEY, 2001, p. 157).

Além do mais, quando seu cliente estiver relatando o fato, o advogado deve ficar atento, tomando nota das observações que considerar importante e, principalmente, de eventuais detalhes esquecidos pelo mediado durante a narrativa para posteriormente rememorá-los. Também podem ser anotados questionamentos a serem feitos após o encerramento do relato (COOLEY, 2001).

Com efeito, durante a sessão de mediação, é importantíssimo que o advogado tenha em mente que o mediador utilizará, inevitavelmente, suas habilidades de escuta e de raciocínio para se chegar a um denominador comum entre os interesses das partes, formulando propostas de acordo que sejam favoráveis a ambos os mediados.

Nesse instante, é importante que o advogado deixe claro ao mediador quais são os anseios de seu cliente e quais as propostas que serão por ele de pronto refutadas. Essa clareza de desejos e anseios auxilia o mediador na elaboração de sua estratégia para se chegar a um acordo.



Outrossim, evidente que expor diante da outra parte de forma tão percuciente os interesses de seu cliente pode não ser uma boa estratégia para se chegar a um acordo por ambos aceitável. É possível que a outra parte se sinta intimidada ou minimizada diante de uma proposta que atenda a todas as aspirações de seu antagonista.

Dessa maneira, o melhor momento para o advogado expor os desejos e ambições de seu cliente é durante a sessão privada com o mediador. É nesse momento que o advogado deve convencer o mediador das genuínas aspirações de seu cliente. Nessa oportunidade, aproveitando-se da ausência de confronto direto entre as partes, pode o advogado:

usar a habilidade de negociação do mediador e as vantagens da não confrontação proporcionadas pela reunião fechada para orquestrar o melhor resultado para seu cliente no acerto final. (COOLEY, 2001, p. 170).

Neste contexto, é importante que o advogado se certifique que sua proposta será levada pelo mediador à outra parte com o maior respeito e cuidado, de forma que ela não seja imediatamente rejeitada sem sequer ter sido considerada pela outra parte.

Para facilitar o trabalho do mediador, pode o advogado, conforme o caso, anotar em um papel sua proposta, de forma a evitar qualquer confusão ou ruído de comunicação no caso dela ser muito longa ou complexa (COOLEY, 2001).

Igualmente, é papel do advogado observar a forma como o mediador interage com as partes e como ele expõe as propostas de seu cliente. É sabido que o mediador deve agir com neutralidade durante a sessão de mediação, logo, eventual desídia ou desprezo das propostas apresentadas por uma das partes, cumulada com excessiva valorização das proposições apresentadas pela outra, não podem passar despercebidos pelo advogado, devendo este cobrar – e policiar – uma postura imparcial do mediador diante dos fatos.

E é exatamente por sua imparcialidade e por seu genuíno interesse na resolução do conflito entre as partes que o mediador jamais poderá ser utilizado pelo advogado para repassar a outra parte ameaças ou intimidações não necessariamente ligadas à disputa, mas que podem trazer uma vantagem injusta a uma das partes na mediação. Para ilustrar o tema, elucidativo é o exemplo trazido por Cooley (2001, p. 176):

Por exemplo, o mediador não poderia, dentro da ética, transmitir uma ameaça do autor de expor conduta ilícita alegada do réu (adultério, alcoolismo, sonegação fiscal) a sua mulher, a seu empregador ou ao governo, respectivamente, para incentivar o réu no sentido de aceitar a proposta de acordo do autor. Comunicar este tipo de ameaça enquadraria o mediador no papel de chantagista ou de cúmplice da chantagem.



Outro ponto que merece atenção do advogado refere-se à intimidade do cliente, devendo o advogado saber quais informações confidenciais que o cliente deseja revelar apenas ao mediador e não à outra parte. Deve, portanto, o profissional da advocacia se inteirar dessas informações e esclarecer ao mediador que determinado dado, apesar da importância para deslinde do caso, não poderá ser divulgado à outra parte, de forma a preservar a intimidade de seu cliente.

Válido ainda ressaltar que o advogado, ao proteger o seu mediado e demonstrar o papel de cada parte na mediação, leva ao cliente um ar de tranquilidade, de confiança, deixando-o mais confortável ao diálogo e à construção de uma acordo, pois o mediando sabe que poderá contar na sessão com o auxílio do profissional contratado sempre que precisar.

Por fim, caso a demanda chegue a um comum denominador, os advogados possuem importante papel na redação da minuta do acordo, de forma que materialize no papel as decisões conjuntas dos mediados, refletindo fielmente o consenso alcançado durante a sessão de mediação.

Quanto à conduta ética no exercício da advocacia na sessão de mediação, é de grande valia o ensinamento de Cooley (2001, p. 215):

espera-se que o advogado exerça julgamento profissional independente em nome de seu cliente e defenda os interesses e as posições do cliente, até o ponto em que essas posições possam ser sustentadas de boa-fé e estejam apoiadas por lei existente. O advogado não apenas tem um dever ético de advogar em nome do cliente, mas ele também é funcionário do sistema jurídico e um cidadão público que tem responsabilidade especial pela qualidade da justiça.

Dessa maneira, primordial que a conduta do advogado seja pautada pelos princípios éticos e morais já regulamentados no Código de Ética e Disciplina da OAB, não só durante a sessão de mediação, mas principalmente quando da elaboração do acordo, de forma que sejam respeitados os direitos de seu cliente, mas também de maneira que não sejam usurpados os direitos da outra parte. Despiciendo referir, mas por pura cautela assinala-se que de nenhuma maneira o acordo poderá beneficiar aos advogados dos mediados, concedendo-lhes benefícios que não lhe são de direito.

Todavia, a redação de um acordo não implica necessariamente em seu cumprimento. O acordo obtido na sessão de mediação pode não ter abordado todo o litígio, e estes resquícios do conflito podem influenciar no não cumprimento das proposições acordadas.

Não se pode ignorar que a mediação é um método de resolução de controvérsias pelas próprias partes que, com auxílio do mediador, edificarão uma decisão ponderada, eficaz e satisfatória para ambas, tendo como meio a revitalização do diálogo entre corresponsáveis pelo conflito e buscando o restabelecimento da relação social entre as partes.



Contudo, sempre há a possibilidade de, por algum equívoco na condução da sessão ou por má vontade de uma das partes, que o acordo não reflita necessariamente o interesse de uma das partes, de forma que eventual obrigação a ela imposta no acordo não seja cumprida.

Tem início, então, o cumprimento desse acordo. No ordenamento jurídico brasileiro, o acordo alcançado na sessão de mediação possui força de título executivo extrajudicial, com fundamento no artigo 585, II, do Código de Processo Civil, podendo, dessa maneira, ensejar processo de execução.

Todavia, para não se desviar da original essência da mediação, sempre é válido que o advogado, antes mesmo de adentrar com processo judicial de execução, formule propostas de parcelamento de eventual dívida, ou então que tente de alguma forma suavizar ao máximo o rompimento da comunicação restabelecida com a mediação.

Nem sempre a execução judicial pode ser a melhor solução ao cumprimento da medida. Pelo contrário, acionar a via judiciária pode significar um retrocesso, com a reinstauração do confronto. Buscar uma nova sessão de mediação para detectar onde persiste a contenda e os motivos para não cumprimento do acordo pode ser tão ou mais eficaz à paz social do que a ruptura de um canal de comunicação conquistado entre os contendores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é falacioso afirmar que sem justiça não há que se falar em democracia. O Estado, ao falhar em sua prestação jurisdicional, mesmo possuindo o monopólio da coerção pela força, permite que formas alternativas à jurisdição tomem, democraticamente, corpo e forma em nosso ordenamento.

O Estado moderno, diante dos avanços tecnológicos e da velocidade da informação existentes na sociedade atual, não mais consegue suprir estas necessidades da vida em coletivo, seja na contenção, seja na resolução dos conflitos. Nessa lacuna gerada pela ineficiência estatal emergem formas alternativas de tratamento de conflitos. Dentre essas formas, tem merecido destaque no cenário nacional e internacional a mediação.

Ultrapassando o objetivo de finalizar o litígio, a mediação interage na raiz da controvérsia, primando pelo restabelecimento da paz social e da comunicação entre as partes. E mais, tudo isso em apenas algumas sessões, contrastando com a morosidade e burocracia do meio judicial.

Atento a essas novas formas de tratamento do conflito e conformando a atuação profissional do advogado aos regulamentos existentes, o operador do direito vem buscando espaço nesse promissor campo, principalmente ao perceber as vantagens e benefícios proporcionados ao seu cliente.

É neste passo que o advogado, sob os auspícios da Constituição Federal, do Estatuto do Advogado e do Código de Ética e Disciplina da OAB, cumpre papel



fundamental como instrumento indispensável na administração da justiça. Ao elencar como dever do profissional da advocacia, dentre outros, o estímulo à conciliação e à prevenção da instauração dos litígios, o Código de Ética e Disciplina da OAB traça o perfil que o advogado deve seguir, sempre atento, pois, às mais variadas formas de tratamento do conflito, devendo sempre que possível optar por métodos que privilegiem a conciliação e o tratamento do conflito.

É, portanto, neste cenário de robustecimento de uma cultura de tratamento de conflitos que o advogado, fazendo jus aos seus deveres éticos e disciplinares da profissão, deve se manter atento às formas alternativas de solução de conflitos, buscando sempre informar e orientar seu cliente da melhor maneira, para que ele, com o auxílio de seu procurador, possa reencontrar o caminho da reconciliação e da comunicação, fazendo prevalecer a paz social.

REFERÊNCIAS

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: um guia prático para mediadores*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.



CAPÍTULO XII

RESOLUÇÃO 125 DO CNJ COMO MECANISMO FACILITADOR NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS¹

Thayana Pessoa da Silveira²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como objetivo analisar a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como facilitadora na solução de conflitos interpessoais, atendo-se à origem do conflito e à crise na qual a jurisdição vem passando. O método utilizado para a elaboração do texto é o dedutivo, com a análise de conceitos importantes para o desenvolvimento do tema, e a técnica de pesquisa é bibliográfica, através de livros e do documento principal (Resolução 125 do CNJ). No decorrer do trabalho serão abordados os artigos da Resolução 125, tecendo-se um comentário naquilo que for relevante a ser exposto.

Desde os tempos primórdios, o ser humano se vê em meio a situações antagônicas que os levam a certos conflitos. Alguns mais fáceis de lidar e resolver, outros nem tanto. O conflito pode surgir devido à oposição de interesses, sentimentos, ideias, causando briga, confusão e tumulto na vida das pessoas. Por diversas vezes amigos, parentes, pessoas muito próximas, deixam de se falar, cortam vínculos de amizade e companheirismo, pelo fato de seus pensamentos serem incompatíveis com os da outra parte. Lília Sales (2007, p. 25) fala que o conflito, normalmente, é compreendido como algo ruim para a pessoa, para a família e para a sociedade. Um momento de instabilidade, de sofrimento, de angústia pessoal dificilmente é percebido como um momento de possível transformação.

Conforme José Luis Bolzan e Fabiana Spengler (2008, p. 47), o conflito é inevitável e salutar (especialmente se queremos chamar a sociedade na qual se insere de democrática), o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo

1 Texto elaborado a partir dos estudos e discussões realizados no grupo de estudos “Políticas Públicas no tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq, coordenado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler, e ao projeto de pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) do qual a autora é bolsista PIBIC/CNPq, e do projeto intitulado *Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz* financiado pelo CAPES/CNJ coordenado pela professora Doutora Lília Sales.

2 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista PIBIC/CNPq. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Profª Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto.



fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflitos é estática.

Baseado no conceito de pacificação social, o presidente do Conselho Nacional de Justiça, ministro Cezar Peluso, assinou a Resolução 125, elaborada em 29 de novembro de 2010, que institui a Política Nacional de Conciliação no Judiciário brasileiro. Esse documento busca estimular e assegurar a solução de conflitos de forma consensuada entre as partes, o que leva a um entendimento mútuo das mesmas. Nas palavras de Peluso: “Uma sociedade que se pacifica é uma sociedade que resolve boa parte de seus litígios diante de decisões dos próprios interessados, o que dá tranquilidade social e evita outros litígios que às vezes são decorrentes de acordos feitos em juízos e depois não cumpridos”. Está previsto nessa resolução a criação de núcleos permanentes de conciliação em todo País. Ela vem com o intuito de diminuir a quantidade de processos que chega diariamente aos juízes, bem como o número de recursos utilizados pelas partes derrotadas. A intenção é que os advogados tornem seus clientes cientes desta possibilidade de acordo.

Com a finalidade de estimular e assegurar a solução de conflitos de forma consensual entre as partes criou-se a Resolução 125 do CNJ, que institui a Política Nacional de Conciliação no Judiciário brasileiro. Está previsto nessa resolução a criação de núcleos permanentes de conciliação em todo o País.

Neste método de trabalho, seguirá a Resolução 125 na íntegra, com os devidos comentários.

2 RESOLUÇÃO 125 NA ÍNTEGRA: COMENTÁRIOS

CAPÍTULO I

Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses

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.

O CNJ procura estabelecer aqui, explicitamente, a Política de Solução de Conflitos adequando os meios ao caso concreto e sua natureza.

Segundo Fernanda Tartuce (2008, p. 23), conflito é o vocábulo originado do latim, *conflictus*, de *confligere*, sendo aplicada na linguagem jurídica como sinônimo de embate, oposição, pendência, [...].

Definir a palavra *conflito* é uma tarefa árdua, composta de diversas variantes: um conflito pode ser social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou entre nações, pode ser um conflito étnico, religioso ou ainda um conflito de valores (MORAIS; SPEGLER, 2008, p. 45).

Desde os tempos primórdios, o ser humano se vê em meio a situações



antagônicas que os levam a certos conflitos. Alguns mais fáceis de lidar e resolver, outros nem tanto. O conflito pode surgir devido à oposição de interesses, sentimentos, ideias, causando briga, confusão e tumulto na vida das pessoas. Por diversas vezes amigos, parentes, pessoas muito próximas, deixam de se falar, cortam vínculos de amizade e companheirismo, pelo fato de seus pensamentos serem incompatíveis com os da outra parte. O conflito, quando explícito às partes, pode ser tanto destrutivo e agressivo quanto conciliatório e amistoso, cabe aos envolvidos decidirem a respeito disso.³

Há, ainda, conflitos aparentes e reais. Os conflitos aparentes são aqueles falados, mas, no fim, não revelam o que está causando a insatisfação na verdade. Os reais caracterizam-se por ser o verdadeiro motivo do conflito.⁴

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros 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.

Esse mecanismo é disponibilizado, hoje, em variados ramos da justiça brasileira, desde a mediação de conflitos trabalhistas, nas Varas de Trabalho, até em Juizados Especiais Federais, da Justiça Federal.

Antes de iniciar a instrução, segundo o artigo 448 do Código de Processo Civil, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. Assim sendo, é necessário ao juiz intentar uma abordagem conciliadora a fim de propor um acordo sem que necessite de uma lide elaborada e demorada. Isso

-
- 3 Segundo os autores Fabiana Spengler e Bolzan de Moraes (2008, p. 45), os conflitos podem ser explicados como um “enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito”.
- 4 Para a autora Lilia Sales (2007), o conflito aparente é muito comum de acontecer quando as pessoas recorrem a uma assessoria jurídica. Enfim, são inúmeras as situações em que apenas os conflitos aparentes são relatados. Caso não haja um aprofundamento da discussão e não se consiga chegar ao conflito real, a solução superficial, aparente, poderá piorar a situação, e o conflito corre o risco de ser agravado. Todavia, em muitas situações a dificuldade de se falar sobre o conflito real reside no fato de envolver sentimentos ou situações da vida íntima.



permite pôr em prática os princípios da celeridade e economia processual.

Ainda, nesse âmbito, no disposto do artigo 2º da Lei 9.099, o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Pode-se concluir, partindo do parágrafo único desse artigo, que é devido ao Poder Judiciário oferecer métodos alternativos para solucionar os litígios entre as partes.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.

Aqui o CNJ expõe um compromisso claro de gestão de recursos humanos. Fala-se sobre treinamento e especialização daqueles aliados do Judiciário na questão de solucionar conflitos. Tudo isso é parte de um plano de tornar a eficiência e a eficácia plenas, extraindo dessas mediações um maior aproveitamento no que for possível para esses profissionais engajados nesse então planejamento.

Trata-se de um investimento em conscientização de pacificação social, qualificando os serviços prestados à comunidade, cada vez mais. De nada adiantaria a promoção desta estratégia de qualificação se não houvesse um impulso dentro do próprio Judiciário, pois a ciência da cultura de mediação deve emanar dentro deste para a externalização ao público.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

O CNJ servirá de auxílio no que tange à especialização através de cursos⁵ e palestras⁶ aos servidores e juízes de diferentes justiças, buscando promoção em conjunto com parcerias privadas, interando-as com entidades públicas. A ajuda disponibilizada pelo CNJ, ainda, será em relação à estrutura física e logística dos meios, com a finalidade de dirimir os conflitos⁷ que venham a surgir.

5 <<http://www.cnj.jus.br/2011-06-24-19-01-25/2011-06-24-19-02-53/seminario-conciliacao-e-mediacao>>. Acessado em: 11 jul. 2011.

6 <<http://www.cnj.jus.br/images/eventos/programacaoseminrioconciliaomediado.pdf>>. Acessado em: 11 jul. 2011.

7 Dissolve os conflitos. É de utilidade pública anular os conflitos, evitando o acúmulo demandado no sistema dos órgãos judiciários, é de extrema relevância a sua aplicabilidade.



CAPÍTULO II

Das Atribuições do Conselho Nacional de Justiça

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Fica instituída através deste artigo a competência do CNJ em planejar administrativamente as composições mediadoras de tribunais diversos, de forma a estabelecer objetivamente cronogramas, metas e estatísticas.

A autocomposição é a forma de resolução de conflitos na qual as próprias partes atuam sem a força vinculante de um terceiro. Abrange uma multiplicidade de instrumentos, constitui técnica que leva os detentores de conflitos a buscarem a solução conciliativa do litígio, funcionando o terceiro apenas como intermediário que ajuda as partes a se comporem. Por isso, os instrumentos que buscam a autocomposição não seguem a técnica adversarial.⁸

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

O dado artigo inclui no exercício da constituição de rede a presença dos demais órgãos judiciários, inclusive universidades dentre outras instituições de ensino, bem como parcerias público-privadas. O todo que se espera da afixação do sistema mediador será de responsabilidade de auxílio atribuída ao CNJ, que o fará sistematicamente em conjunto com esses órgãos.

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais;

II – desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento;

IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

8 <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/cnj_%20portal_artigo_%20ada_mediacao_%20e_%20conciliacao_fundamentos1.pdf> Acessado em: 11 jul. 2011.



V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

Nesse artigo e seus incisos, o CNJ situará o conjunto de indicações a fim de buscar a determinação de um modo apropriado para solução de conflitos. Após isso, repassará o planejamento das diretrizes mensuradas a serem observadas taxativamente pelos tribunais. Também promoverá cursos de capacitação, com a finalidade de qualificar os agentes públicos quando se virem no polo de mediadores, conciliadores e árbitros.

O CNJ, além disso, disponibiliza em seu portal dados estatísticos, planejamento, estratégia e transparência nas ações relativas, não só no que tange a essa resolução, ao judiciário como um todo.

Ainda nesse âmbito, liberará aos agentes os métodos necessários para atingir o desejado no procedimento conciliatório.

O comentado Código de Ética tem por finalidade assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios.

Destaca-se que, novamente, essa resolução coloca a figura da capacitação em conjunto cooperativamente. No entanto, aqui, acaba por incluir as Escolas da Magistratura na busca da eficiência na mediação, aperfeiçoando os magistrados.

Verifica-se a figura da Ordem dos Advogados do Brasil nas interlocuções, conforme inciso VI, desse artigo. Com isso, é de se pontuar o exposto no Código de Ética e Disciplina, publicado no Diário de Justiça da União de 1º. 3.1995, que determina, no art. 2º, parágrafo único, VI, ser dever do advogado estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios, bem como, conforme estabelece o item VII, aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial. A intenção é que os advogados tornem seus clientes



cientes dessa possibilidade de acordo.

Está previsto nessa resolução, ainda, a criação de núcleos permanentes de conciliação em todo País. Ela vem com o intuito de diminuir a quantidade de processos que chega diariamente aos juízes, bem como o número de recursos utilizados pelas partes derrotadas.

CAPÍTULO III

Das atribuições dos tribunais

Seção I

Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;

II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;

IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

VI – na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento;

VII – regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos da legislação específica;

VIII – incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos;

IX – firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

Parágrafo único. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas



ao Conselho Nacional de Justiça.

Os tribunais deverão instituir núcleos consensuais com o desígnio de solucionar conflitos, os quais serão compostos por juízes e servidores, atribuindo-lhes uma política de tratamento dos conflitos. Ao CNJ é devido guiar os demais órgãos judiciários na criação de núcleos de dissolução, contudo, ele fará através de políticas de estratégia, manutenção e capacitação, a fim de desempenhar os dados e metas estipulados para um período específico de tempo.

É também função do CNJ a instalação de centros judiciários de solução de conflitos, bem como capacitar, treinar e atualizar os servidores do seu quadro de pessoal, conciliadores e mediadores desses centros.

Toda e qualquer remuneração de agentes públicos (entende-se por agente público toda pessoa que esteja a serviço da Administração Pública, ainda que de caráter transitório, independentemente de remuneração) deve ser instituída por lei, bem como seus aumentos, gratificações e vantagens além das já previstas em legislação própria de cada cargo.

Como já explicitado no corpo do texto, caberá ao CNJ incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação, bem como promover convênios e parcerias público-privadas para atender ao que dispõe a resolução.

Nitidamente, as movimentações sobre a criação e composição de tais núcleos deverão ser cientificadas ao CNJ.

Seção II

Dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

§ 1º Todas as sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, excepcionalmente, as sessões de conciliação e mediação processuais ser realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º).

§ 2º Os Centros deverão ser instalados nos locais onde exista mais de um Juízo, Juizado ou Vara com pelo menos uma das competências referidas no caput.

§ 3º Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões



Judiciárias de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses a contar do início de vigência desta Resolução.

§ 4º Nas demais Comarcas, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses a contar do início de vigência deste ato.

§ 5º Os Tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em outros prédios, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, podendo, ainda, instalar Centros nos chamados Foros Regionais, nos quais funcionem dois ou mais Juízos, Juizados ou Varas, observada a organização judiciária local.

No que dispõe esse artigo, cada tribunal deverá realizar o estabelecimento e desenvolvimento dos seus centros, tendo por objetivo atender e orientar os cidadãos.

Os centros são estritamente necessários para que se possa dar a devida mediação a quem busca. Porém, é permitido, de forma extraordinária, a mediação nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, entretanto, não é plausível que se afaste da situação os conciliadores e mediadores cadastrados ao tribunal, sendo rigorosa a presença destes na tarefa.

Exige-se dos tribunais que haja ao menos uma vara, juízo, juizado, com pelo menos uma das competências (fazendária, previdenciária, família, cível).

Faz-se menção aqui da chamada Justiça Itinerante, explicitada no Título IV, Capítulo III, da Constituição Federal. Pode o Poder Judiciário, quando houver necessidade ou para promover justiça de fácil acesso, utilizar-se de localidades diversas daquelas estipuladas ou as de rotina, costume. Podem ser instauradas em lugares divergentes a fim de realizar a política de pacificação e cultura social de mediação de conflitos.

Art. 9º Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Os magistrados serão designados pelo Presidente de cada Tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ, conforme Anexo I desta Resolução.

§ 1º Caso o Centro atenda a grande número de Juízos, Juizados ou Varas, o respectivo juiz coordenador poderá ficar designado exclusivamente para sua administração.

§ 2º Os Tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

§ 3º O treinamento dos servidores referidos no parágrafo anterior deverá observar as diretrizes estabelecidas pelo CNJ conforme Anexo I desta Resolução.



Dispõe-se de um quadro hierárquico, como aqui alude, estabelecendo critérios de responsabilidade na supervisão dos agentes conciliatórios e mediadores. Esses responsáveis serão juízes designados pelo respectivo Presidente de Tribunal, que deverá promover treinamento nos moldes estabelecidos pelo CNJ.

Caso seja necessário, devido ao grande volume de demanda, pode o juiz coordenador ser designado para administrar, de forma exclusiva, o centro.

Devem os tribunais indicar, capacitar e manter servidores somente para os centros, isto é, na forma de dedicação exclusiva para dissolução de conflitos.

As diretrizes estabelecidas pelo CNJ encontram-se no anexo I da resolução⁹, carecendo de que seus moldes sejam primazia na hora de treinar seus agentes do quadro de pessoal dos tribunais.

Art. 10. Cada unidade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania, facultativa a adoção pelos Tribunais do procedimento sugerido no Anexo II desta Resolução.

Os conflitos pré-processuais têm por requisito não encararem a lide de imediato. Assim sendo, é imprescindível que haja essa fase anterior ao processo, pois permite que seja possível a solução do conflito sem que ao menos exista um processo. Todavia, se não for cabível a dissolução nessa fase, haverá a necessidade de passar para a fase processual, instituindo uma lide. Dessa lide, surgirá a intervenção do setor de solução processual de conflitos (não é que se precise da fase pré-processual para se entrar na processual, pode ser que entre direto na processual; também, nem todo conflito pré-processual será processual, já que ele pode ser resolvido, muitas vezes, sem que se exista um processo a ser instaurado). No setor de cidadania se realiza audiências de conciliação, na fase pré-processual, envolvendo questões da área de família, tais como pensão alimentícia, regulamentação de visitas, separação, reconciliação judicial, conversão de separação em divórcio e reconhecimento de paternidade.

Frisando que, embora haja um procedimento do CNJ apenas sugerido, logo, não é taxativo aos tribunais as medidas estipuladas no anexo II.

Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.

Aos membros do Ministério Público, bem como aos Defensores Públicos e Advogados é permitida a atuação nos centros. Visa-se, com isso, uma união de todas as partes nos conflitos, litigiosos ou não. Até porque, como disposto no Título IV,

⁹ Resolução 125, CNJ, na íntegra: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acessado em 12/07/2011.



Capítulo IV, Seção I e II, da Constituição Federal, são essas figuras Funções Essenciais à Justiça, logo, são devidas suas presenças nessas situações, também.

SEÇÃO III

Dos Conciliadores e Mediadores

Art. 12. Nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§ 1º Os Tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

§ 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se à reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

§ 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar o conteúdo programático e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ (Anexo 1) e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

§ 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores do entendimento entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido pelo Conselho (Anexo III).

Conforme esse documento explicita em seu artigo 12, somente poderão fazer parte dos grupos de mediadores e conciliadores dos órgãos do judiciário aqueles que estiverem devidamente capacitados. Cabe aos tribunais a realização de cursos de capacitação, podendo fazê-los através de parcerias.

Os mediadores que já passaram pela devida capacitação, não precisarão apresentar certificado de conclusão do curso. Entretanto os tribunais deverão promover cursos de aperfeiçoamento.

Todos os profissionais atuantes na área de métodos consensuais na resolução de conflitos devem reciclar-se constantemente. Submetendo-se também à avaliação do usuário, para que cada vez mais a comunidade acredite nessa forma de resolver os litígios.

Todos os envolvidos no processo de entendimento entre as partes estarão sujeitos ao código de ética estabelecido pelo conselho.



SEÇÃO IV

Dos Dados Estatísticos

Art. 13. Os Tribunais deverão criar e manter banco de dados sobre as atividades de cada Centro, com as informações constantes do Anexo IV.

O artigo 13 da Resolução 125 nos fala que os tribunais devem ter um banco de dados, ou seja, um conjunto de registros, contendo as informações de tudo o que se passou em cada centro.

Art. 14. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles, por meio do DPJ, mantendo permanentemente atualizado o banco de dados.

O citado artigo informa que é dever do Conselho Nacional de Justiça reunir todas as informações sobre as mediações e conciliações feitas no Brasil, bem como o desempenho final de cada uma delas, através do Diário do Poder Judiciário, atualizando sempre os registros contidos nos bancos de dados.

CAPÍTULO IV

Do Portal da Conciliação

Art. 15. Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras:

- I – publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética;**
- II – relatório gerencial do programa, por Tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro, com base nas informações referidas no Anexo IV;**
- III – compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos;**
- IV – fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil;**
- V – divulgação de notícias relacionadas ao tema;**
- VI – relatórios de atividades da “Semana da Conciliação”.**

Parágrafo único. A implementação do Portal será gradativa, observadas as possibilidades técnicas, sob a responsabilidade do CNJ.



Cria-se o Portal da Conciliação, no qual serão divulgadas notícias pertinentes ao tema, relatórios das atividades praticadas, divulgação de novas atividades, como a “Semana da Conciliação”, é de funcionalidade desse portal, também, um fórum permanente de discussão, no qual a sociedade civil possa participar, que serão compartilhados projetos, pesquisas, artigos, entre outros.

É importante que a sociedade tenha acesso a este portal, para que ela veja como é possível resolver conflitos através deste meio, para que possa ficar sabendo de eventos, programações e que possa comparecer, dando credibilidade à mediação e à conciliação.

Disposições Finais

Art. 16. O disposto na presente Resolução não prejudica a continuidade de programas similares já em funcionamento, cabendo aos Tribunais, se necessário, adaptá-los aos termos deste ato.

Art. 17. Compete à Presidência do Conselho Nacional de Justiça, com o apoio da Comissão de Acesso ao Sistema de Justiça e Responsabilidade Social, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, cabendo-lhe instituir, regulamentar e presidir o Comitê Gestor da Conciliação, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas neste ato.

Art. 18. Os Anexos integram esta Resolução e possuem caráter vinculante, à exceção do Anexo II, que contém mera recomendação.

Art. 19. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar a Resolução 125, podemos obter um maior entendimento sobre os deveres e obrigações dos mediadores e conciliadores, bem como dos tribunais que abrigam estes métodos alternativos de resolução aos conflitos.

É importante que a sociedade conheça esse documento, saiba que existe a possibilidade de resolver os litígios de forma pacífica, sem que suas relações interpessoais sejam prejudicadas. É importante também, que, por trás da tentativa de implementar formas alternativas de acesso à justiça, há a necessidade de uma mudança de cultura e mentalidade da sociedade.

Podemos perceber que o conflito não é totalmente ruim. Conforme Lília Sales (2007, p. 34-35), o diálogo, que é o caminho a ser seguido para se alcançar essa solução, deve ter como fundamentos a visão positiva do conflito, a cooperação entre as partes e a participação do mediador como facilitador dessa comunicação.



Além dos conflitos, a sociedade atravessa uma crise da jurisdição, na qual um processo tramita durante muito tempo e, por diversas vezes, não traz o resultado desejado. Movimenta-se um grande grupo de pessoas, um alto volume de dinheiro, tem-se um enorme gasto de tempo, um desgaste, tanto físico, provido de inúmeras idas ao fórum, contratação de advogados, etc., quanto mental, e ainda assim, na maioria das vezes, não se tem a conclusão almejada para o conflito. Para Fabiana Spengler (2010, p. 36), o Estado contemporâneo está em crise, necessitando rever todos os seus papéis, tanto na esfera econômica quando nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais.

A Resolução 125 é também criada com o intuito de prevenir os conflitos. Para Sales (2007, p. 36), esta forma consensuada de resolver o litígio estimula a prevenção da má administração do conflito.

Para o ministro Cezar Peluso,

as pessoas que conciliam, em geral, respeitam os acordos que celebram. Em outras palavras, é mais fácil resolver definitivamente um conflito mediante conciliação do que uma sentença imposta, cuja execução demora um longo tempo e consome significativo volume de dinheiro público. *Nós queremos criar mais um serviço organizado do Judiciário no sentido de resolver ou prevenir litígios. O fundamental na resolução é criar uma mentalidade sobre tudo isso, uma cultura de que a conciliação também é uma coisa muito boa do ponto de vista social e, por consequência, também é muito boa do ponto de vista dos serviços estatais*, declarou o ministro Peluso.

A Política Nacional de Conciliação objetiva uma melhor qualidade nos serviços jurisdicionais prestados à comunidade e a intensificação, no âmbito do Judiciário, da cultura de pacificação social. O CNJ vai auxiliar os Tribunais na coordenação dos afazeres e consolidar parcerias com entidades públicas e privadas para ações que venham a ajudar na conciliação. Para a fundação dessa política, o Conselho Nacional de Justiça institui que seja formada uma rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário, entidades parceiras, instituições de ensino e universidades.

Sendo assim, a Resolução 125, se aplicada nos devidos termos (artigos citados e comentados no decorrer do texto), cumprirá com seus objetivos. Ela é um mecanismo que serve como meio de aproximação entre a sociedade e os operadores do direito, bem como a aproximação de ambos com as formas consensuadas de resolver litígios. Espera-se que com a implementação dessa resolução tenha-se (que a nossa sociedade transforme-se) (n)uma sociedade mais justa e pacífica.

REFERÊNCIAS

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2010.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: GEN, 2008.

<<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acessado em 06 jun. 2011.



CAPÍTULO XIII

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA DE INCLUSÃO SOCIAL NUM CONTEXTO DE ALIENAÇÃO SOCIAL¹

Marli M. M. da Costa²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O homem como animal político na concepção de Aristóteles, à medida que sentiu a necessidade e o interesse econômico-social de viver em sociedade, começou a interagir e alimentar o campo da conflitualidade pelo desejo de poder, e de sobrevivência. O desgaste dessa energia utilizado pelo domínio de território faz parte do sentido inacabado de poder. E ao encontro disso, acrescenta-se a idéia pautada nas premissas de Rousseau, que o homem nasce bom; é a convivência no grupo social que o projeta para a arte da guerra e interesse de dominar o outro.

Assim sendo, verifica-se no contexto histórico até os dias atuais que o homem é treinado para guerra. O aprendizado social volta-se na principal circunstância de fazê-lo enxergar o semelhante como inimigo, pois a partir disso é possível matar ou dominar para tomar o poder. Nesse aspecto, se constata que o problema da violência é cultural e, conseqüentemente, proveniente da alienação social.

1 O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz” financiado pelo CAPES/CNJ, coordenado pela professora doutora Lilia Sales e do qual é pesquisadora a autora. Texto também foi produzido a partir dos estudos e debates realizados junto ao Grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq e liderado por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto.

2 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com Bolsa Capes. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC –, professora da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC–, Professora da Graduação em Direito na FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa – Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar – CRP n. 07/08955 – autora de livros e artigos em revistas especializadas. Coordenadora e pesquisadora responsável pelo projeto Justiça Restaurativa na práxis das polícias militares: uma inter-relação necessária no atendimento às vítimas de crimes graves no município de Santa Cruz do Sul/RS. Integrante do projeto CNPq (PUC/RS) “Relações de Gênero e Sistema Penal: violência e conflitualidade nos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher”. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, liderado pela Prof^ª Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto.



Partindo de tal contexto, surge uma indagação no sentido de verificar se é possível a efetivação da justiça restaurativa no enfrentamento de conflitos sociais. Vale destacar que a adoção dessas práticas no atual modelo jurídico representa um grande desafio, ou seja, de reconhecer a função social dos atores (autor, vítima e comunidade) envolvidos no conflito pelo dano ocasionado pelo crime.

2 RETROSPECTIVA HISTÓRICA DA EXPROPRIAÇÃO DO LUGAR DA VÍTIMA NA JUSTIÇA PENAL: UM CASO DE ALIENAÇÃO ESTRUTURAL

A partir do século XVIII, o Estado torna-se o titular da ação penal e do direito de punir àqueles que atentem contra a segurança jurídica, redefinindo conceitos como os de “justiça e “direito” (ANITUA, 2008, p 37). Nesse aspecto, a autodefesa e a autocomposição deixam de ser as únicas formas compositivas de litígios. O que não legitima o poder público a punir sem oferecer o devido processo legal e a ampla defesa ao acusado. É pelo processo que se busca tutelar os direitos à vida, à liberdade, à honra e à integridade das pessoas enquanto agentes sociais.

Por outro lado, o que se verificou desde a História Antiga com a justiça privada, no período da Idade Média³, que se deu a profissionalização da justiça, por influência da civilização romano-germânica e, ainda, na Idade Moderna com as escolas penais clássicas sobre o crime e a delinquência; que a vítima esteve na condição secundária. Isso fica demonstrado quando se verifica que a estrutura do sistema é voltada para o autor do ato delituoso, ou seja, a preocupação assenta-se na punição desse sujeito. Como se bastasse puni-lo para o restabelecimento da vítima. Conforme Anitua,

Mais do que usurpar a função jurisdicional, o Estado e o Direito – o rei e seus juristas especializados – apropriaram-se das relações de poder interpessoais, do próprio conflito. O monopólio estatal *ius puniendi* significa que não se substituía somente a sociedade em assembleia, mas também as vítimas de reclamação, e em seus lugares apareceram funções estatais que deviam ser respeitadas por aqueles. O Estado teria o interesse, desde então, na resolução dos conflitos, mais do que os particulares, o que se revelaria em falta de acusações e no surgimento das delações secretas como motor inicial das ações que promoveriam juízos e castigos. (ANITUA, 2008, p 43).

3 (ANITUA, 2008, p 49). Tomás de Aquino (1225-1274) conseguiu realizar, nesse meio, a maior tarefa racionalizadora e de síntese em sua Suma Teológica, mediante a união do pensamento aristotélico com o cristão.[...] “A racionalização” é entendida aqui como a justificativa do poder da Igreja e dos poderes terrenos, todos orientados para o bem comum por sua origem divina. Para Tomás de Aquino, existia certamente um direito divino – ou lei eterna – que emanava diretamente da razão de Deus e, portanto, só por este e pelos santos entendíveis, mas também existia um direito natural mais inteligível e que participava do eterno. A justificativa do poder se baseia na suposta existência desse direito natural, do qual derivaria o direito humano e, com ele, o delito, visto como uma violação a esse natural que determina que se deve praticar o bem e evitar o mal. A associação entre delito e pecado é absoluta, mediante este “direito” que compreendia o espiritual e, também, e sobretudo, o terreno. O delito seria, pois, uma demonstração do estado em pecado e, além disso, seria algo “anti-natural” (pois a tendência natural seria a de fazer o bem e quem comete um delito faria o mal). Em todo caso, é dessa forma que a noção de delito ingressa nos pensamentos ocidentais.



Como contributo na busca de romper com tais proposições, eis a Criminologia Crítica – paradigma da reação social e a vitimologia que surgem para questionar a postura adotada pelo Direito Penal. Para os criminólogos, destacando Gabriel Anitua, o Direito Penal é seletivo, excludente, e, muito embora necessário por não existir algo novo para por em seu lugar, além de vitimizar o delinquente, revitimiza aquele que sofreu o dano, ou seja, a vítima direta.

É oportuno referir que o movimento em prol da Justiça Restaurativa surgiu a partir dos anos 60 e 70, ratificado pela Organização das Nações Unidas no ano de 1999, sobre a responsabilização do autor do crime, mas com a premissa de chamar a corresponsabilidade à vítima e à comunidade. Disso resulta a ousada proposta de restabelecer a cidadania da vítima ou das vítimas do sistema, sendo a Justiça Restaurativa um mecanismo que possibilita a discussão do evento danoso entre o delinquente, a vítima e a comunidade, permitindo, assim, que as vítimas também se apropriem devidamente do conflito.

No entanto, para a efetivação das práticas restaurativas na sociedade contemporânea existe um grande desafio a ser enfrentado, que é o comportamento cultural das pessoas que convivem em comunidade. O nível de cultura é um pressuposto para a alienação, pois a alienação social ou estrutural se dá a partir da cultura adotada como prática de convivência social. Analisemos a questão sob o seguinte aspecto: as pessoas convivem em pequenos grupos interligados dentro da comunidade. Entre eles, os principais são: a família, a escola e a própria comunidade. Essas instituições exercem uma relação de poder entre seus sujeitos, pois cada um tem atribuições ou funções sociais a desempenhar para a manutenção do convívio ou até mesmo de cuidado mútuo.

O problema está na resistência com relação à ruptura de paradigmas ou até mesmo mudança de papéis sociais. Como exemplo disso, observa-se a realidade das mulheres no mercado de trabalho. Embora elas possam exercer uma ou diversas profissões, continuam desempenhando a função de donas de casa, a função materna e, mesmo de maneira sutil, continuam sendo discriminadas pelos homens. A desigualdade de gênero é atual na contemporaneidade, é um problema de alienação social proveniente da cultura patriarcal, ainda arraigada na sociedade.

Ao encontro disso, como exemplo de alienação estrutural, tem-se a realidade dos institutos penitenciários brasileiros, que demonstram a capacidade humana de banir e destruir o outro, colocando-o em uma condição de sujeição pelo processo de retributividade. Os crimes decorrentes da transgressão de uma norma lícita são atos contrários ao direito, mas normais por serem cometidos pelos homens, logo, esse mal faz parte das relações sociais, como já dizia Durkheim.

Portanto, para que se adote outra modalidade de justiça na comunidade é importante conhecer o tipo de cultura em que se assenta as práticas de conversações existentes naquela comunidade. Os primeiros povos que habitaram esse planeta já conheceram a cultura matriarcal, que era diferente da patriarcal. Sabe-se que as relações se davam de maneira horizontal e harmônica. Não existia a dominação masculina imperando sobre a feminina. Segundo relatos de Maturana, a ideia de



delimitação de propriedade acompanhada com o pastoril influenciou significativamente o modo com que os homens começaram a se relacionar. Vindo, em seguida, a competição, o egoísmo, a hierarquia, a dominação e apropriação sobre o outro.⁴ Segundo Maturana, a cultura “é uma rede fechada de conversações que constitui e define uma maneira de convivência humana como uma rede de coordenações de emoções e ações” (MATURANA; VERDEN-ZÖLLER, 2004, p. 33).

A Grécia foi o berço da democracia, e mesmo com tamanha evolução para a época, apresentava sinais de cultura patriarcal, quando discriminava o escravo e a mulher. Por outro lado, a cultura matrística é preservada pelas mulheres que até a infância conseguem transmitir aos seus filhos, mas quando estes tornam-se adultos, o conflito com a cultura patriarcal confunde o seu ser dificultando o seu mecanismo de inserção na rede de conversações enquanto processo evolutivo para a sociedade, qual seja, a democracia.⁵ Como esclarece Ferreira:

Com efeito, a democracia é uma ruptura da coerência das conversações patriarcais, embora não as negue de todo. Isso se torna evidente, por um lado, na longa luta histórica pela manutenção da instituição democrática – ou para estabelecê-la em novos lugares – contra o esforço recorrente pela reinstalação, em sua totalidade, das conversações que constituem o Estado autoritário patriarcal. De outra parte, essa evidência surge na longa luta pela ampliação do âmbito da cidadania e, portanto, pela participação no modo de vida democrático de todos os seres humanos que ficaram de fora dele em sua origem. (FERREIRA, 2006, p. 90).

A democracia se originou de uma rede de conversações matrísticas que dá ao Estado a “forma de coexistência comunitária”, embora não tenha negado toda a cultura patriarcal (FERREIRA, 2006, p. 90).

Quanto à mudança cultural, há que se visualizar e até mesmo compreender a cultura, a sociedade e a personalidade de uma determinada estrutura, pois cada

4 (MATURANA; VERDEN-ZÖLLER, 2004, p.37). Os aspectos puramente patriarcais da maneira de viver da cultura patriarcal europeia – a qual pertence grande parte da humanidade moderna, e que doravante chamarei de cultura patriarcal – constitui uma rede fechada de conversações. Esta se caracteriza pelas coordenações de ações e emoções, que fazem de nossa vida cotidiana um modo de coexistência que valoriza a guerra. A competição, a luta, as hierarquias, a autoridade, o poder, a procriação, o crescimento, a apropriação de recursos e a justificação racional do controle e da dominação dos outros por meio da apropriação da verdade.

5 (MATURANA; VERDEN-ZÖLLER, 2004, p. 86-87). Falemos da origem da democracia, segundo minha proposição. A oposição entre uma infância matrística e uma vida adulta patriarcal – que está no fundamento de nossa vida patriarcal europeia – se manifesta em nós, adultos, por uma nostalgia inconsciente da dignidade inocente e direta de nossa infância. Essa nostalgia constitui em nós uma disposição operacional sempre presente, que toma a forma de um desejo recorrente e inconsciente de viver na coexistência fácil que surge do respeito mútuo, sem a luta nem o esforço contínuos pela dominação do outro que são próprios da cultura patriarcal. Ela é um aspecto remanescente de nosso emocionar infantil matrístico. Acredito que essa nostalgia pelo respeito recíproco constitui o fundamento emocional do qual surgiu a democracia na Grécia, como uma cunha que abriu uma fenda em nossa cultura patriarcal. Por meio dessa abertura pôde emergir novamente, em nossa vida adulta, o emocionar infantil matrístico que estava oculto. Ao mesmo tempo, também creio que é precisamente a natureza matrística do emocionar que dá origem à democracia, o que desencadeia a oposição que a ela faz o patriarcado.



qual não representa um sistema isolado, ao contrário, existe a interação que sustenta a rede e o tipo de comunicação que se dará no próprio espaço, considerando que cada comunidade constitui-se de uma distinta estrutura. E quando se compreende isso, é possível se referir à cultura e à personalidade como renovações de tradições que dependerão cada vez mais do nível de disponibilidade a crítica e a capacidade de inovar dos indivíduos. Dito de outra forma, a efetivação da cultura restaurativa na modernidade depende da vontade política de cada sujeito que se propõe a contribuir com o processo de desvelamento da racionalização como projeto social que se sustenta no agir comunicativo, e sempre que necessário, as tradições assentadas na cultura patriarcal passem pelo estado permanente de revisão.⁶

Para tanto, as práticas restaurativas nesse processo representam a possibilidade de ampliar o espaço público pela rede de conversações abertas, que significa ir além da mudança cultural patriarcal e da cultura neomatrística, devendo haver “uma alteração na configuração do atuar e do emocionar dos membros de uma cultura” (MATURANA; VERDEN-ZÖLLER, 2004, p. 34).

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA: A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA

Embora o homem pareça estar sempre lutando contra situações de angústia, de forma a se manter em equilíbrio, é de sua natureza a contradição entre o desejo de fazer ou não fazer determinada coisa. Dessa forma, afirma Muller que a paz não deve significar ausência de conflitos, mas o domínio, a gestão, o tratamento dos mesmos. A ação política também deve procurar a resolução não violenta dos conflitos, pois a identificação de alternativas para satisfazer as necessidades humanas mínimas constitui-se em um instrumento de tratamento de conflito sem violência, incentivando a harmonia e o restabelecimento das relações entre os indivíduos.

A partir disso, percebe-se a necessidade da efetivação das práticas restaurativas, que possam romper com os paradoxos punitivos que estão estereotipados pela norma, quando esta, por sua vez, torna-se símbolo da retributividade presente no processo de conversações da comunidade. Portanto, a Justiça Restaurativa é o

⁶ (HABERMAS, 2003, p. 207). Tradução livre. [...] En lo que respecta a la cultura y a la sociedad, la diferenciación estructural se pone de manifiesto en un creciente desacoplamiento entre o sistema institucional e imágenes del mundo; en lo que atañe a *la personalidad y a sociedad*, en la ampliación del espacio de contingencia en el establecimiento de relaciones interpersonales, y en lo que se refiere a la cultura y la personalidad, esa diferenciación estructural se manifiesta en que la renovación de tradiciones depende cada vez en mayor grado de la disponibilidad a la crítica y de la capacidad innovadora de los individuos. Como puntos de fuga de estas tendencias evolutivas se perfilan, en lo que se refiere a la cultura, un estado de revisión permanente de tradiciones fluidificadas y convertidas en reflexivas; en lo que atañe a la sociedad, un estado de dependencia de los órdenes legítimos de procedimientos formales de creación y justificación de normas, y en lo que respecta a la personalidad, un estado de estabilización continuamente autocontrolada de una identidad del yo basada en elementos sumamente abstractos; estas tendencias sólo pueden imponerse en la medida en que las tomas de postura de afirmación o negación que sirven de sostén a la práctica comunicativa cotidiana no tengan su fuente en un acuerdo normativamente adscrito, sino que broten de los procesos cooperativos de interpretación de los propios participantes. Señalizan, por tanto, la liberación del potencial de racionalidad que la acción comunicativa lleva en su seno.



espaço de diálogo que disponibiliza às pessoas a possibilidade de exercer seus direitos de cidadania.

Sabe-se que a jurisdição é uma conquista constitucional, pois é o caminho que serve como garantia do processo, ao litigante. Nesse viés, está se discorrendo sobre a justiça tradicional, que ao se visualizar um triângulo que tem na sua base os conflitos sociais, se nota que pelo processo ocorre a artificialização do conflito social, quando os atores tornam-se o autor e o réu. Seus pedidos não são autônomos, necessitando de um advogado, pois a ele é dada a capacidade postulatória para requerer junto ao Estado (representado pela figura do juiz) a prestação de um serviço público, ou seja, o conflito social em lide.⁷

Esse espaço, também denominado mundo da vida⁸, é constituído por pessoas que, nas suas relações interativas ricas em significados e significantes, de acordo com os signos convencionados, como objetos comuns e mecanismos de comunicação, também são instituídos pelos conflitos, que podem ter ruídos, e quando não compreendidos e absorvidos se alastram vindo a contribuir para a violência. Além disso,

“O acompanhamento reflexivo da práxis da justificação do mundo vivido, do qual nós mesmos participamos como leigos, permite traduções reconstrutoras que incentivam uma compreensão crítica. Nesse posicionamento metodológico, o filósofo amplia a perspectiva de participação *fixada* para além do círculo dos participantes *imediatos*.” (HABERMAS, 2002, p.14).

As práticas adotadas pela sociedade, também para se legitimarem, se valem de posturas simbólicas adotadas e vivenciadas pelo grupo social. Nesse processo de justificação de argumentos favoráveis aos integrantes da comunidade é interessante esse método, pois estimulará a compreensão crítica e o local de cada participante na tomada de decisões.

Significa dizer que, para que as práticas restaurativas façam parte da cultura de uma comunidade como possibilidade de resolução de conflitos, é importante que seus membros a reconheçam, ou seja, que pelo agir também decorrente da reação-estímulo consigam a interação comunicativa com o outro. Observe que a interação comunicacional passa por gestos, depois transforma o comportamento dos envolvidos e, por último, produz a relação interpessoal entre aquele que fala e o que escuta. Disso resulta o aprendizado entre os atos de entendimento e as ações orientadas para o êxito.⁹

7 BOLZAN DE MORAES, José Luiz. Palestra ministrada no dia 03 de dezembro de 2008, na sede da OAB/RS. Mediação e Justiça Restaurativa que caminhos são estes?

8 Expressão utilizada por Jürgen Habermas como significado de sociedade.

9 (HABERMAS, 2003, p. 19-20). En primer lugar, los gestos tienen que transformarse en símbolos mediante sustición de los significados que sólo valen para cada uno de los organismos, por significados que sean idênticos para todos los participantes. En segundo lugar, ha de transformarse el comportamiento de los participantes en la interacción de modo que la relación causal estímulo-reacción-estímulo sea reemplazada por relación interpersonal entre hablante y destinatário: el uno



Na esfera pública os participantes dos fluxos de conversação envolvidos por ações de natureza cognitiva e emocional quando abrem possibilidades de interação retomando procedimentos de diálogo, como o da Justiça Restaurativa, desejam alcançar o entendimento. Por sua vez, Habermas diz que

la “obtención de un acuerdo” (*Einigung*) entre los participantes en la comunicación acerca de la validez de una emisión; acuerdo (*Einverständnis*), el reconocimiento intersubjetivo de la pretensión de validez que el hablante vincula a ella. (HABERMAS, 2003, p. 171).

Diga-se, a bem da verdade, que a Justiça Restaurativa é uma prática comunicativa que contribui com os agentes comunicativos a se localizarem no espaço social e no contexto histórico-cultural, pelas exposições narrativas do que ocorre no mundo da vida (HABERMAS, 2003, p. 193).

Como bem esclarece Ferreira,

A Justiça Restaurativa não deve ser entendida como a uma forma privada de realização da justiça – ao lado da *vindicta privada* ou da negociação direta entre as partes envolvidas num conflito, mesmo quando também estas se mostrem regradas, controladas e não brutais –, nem como uma justiça pública ou “oficial”, tal como a que resulta do funcionamento do sistema judicial, mas como uma justiça tendencialmente comunitária, menos punitiva, mais equilibrada e humana. (FERREIRA, 2006, p. 24-25).

Por outro lado, para Sica, não existe um conceito acabado de Justiça Restaurativa¹⁰, ela não precisa ser definida, pois cada comunidade tem seus sinais comunicativos. Importa destacar, no seu entendimento, que como ponto de partida para compreender e restabelecer a sua práxis nas relações faz-se necessário reconhecer que há identidade entre a teoria e a prática; que ambas não são distintas e

se relaciona con el otro y el otro con el uno con interacción comunicativa. Finalmente, tiene que producirse un cambio estructural de la interacción de modo que los participante aprendan a distinguir entre actos de entendimiento y acciones orientadas al éxito. Con estas três tareas queda resuelto el problema del tránsito desde a interacción mediada por gestos a la etapa de la interacción mediada simbólicamente. Permite ver que la relación intersubjetiva entre participantes en la interacción, que adoptan una actitud los unos frente a los otros y toman postura recíprocamente frente a sus respectivas emisiones, se reproduce en la estructura de la relación de cada uno consigo mismo. Mas, por otro lado, esa subjetividad de orden superior, que se caracteriza por no poder relacionarse consigo misma más que mediatamente, es decir, a través de las complejas relaciones con los otros, supone una mudanza en la estructura global de la interacción. Pues cuanto más complejas sean las actitudes de alter que los participantes en la interacción han “de trasladar a su propia experiencia”, tanto más se desplaza lo que ex antecedente, en virtud de propiedades sistémicas, une a los participante en la interacción (en un principio, pues, a los organismos), del plano de las regulaciones instintivas innatas para cada especie al plano de una intersubjetividad generada comunicativamente, condensada en el medio de los símbolos lingüísticos y asegurada, finalmente, por tradición cultural.

10 SICA, Leonardo. Palestra ministrada no dia 03 de dezembro de 2008, na sede da OAB/RS. Mediação e Justiça Restaurativa que caminhos são estes?



nem fragmentadas. Nesse viés, considera que a Justiça Restaurativa oferece práticas, como, por exemplo, a mediação, para a resolução de alguns conflitos via diálogo. Os recursos restaurativos são adaptáveis e flexíveis aos modelos e categorias que se instauram na comunidade. Para que sejam efetivas no contexto em que são adotadas, é importante que se removam das relações sociais o “hábito de punir”¹¹, pois não está em discussão a violação da norma, e sim a relevância de se abrir espaços públicos para suprir déficits de comunicação.

Para Bauman, a abordagem com relação à comunidade não deve ser feita como um lugar de compreensão mútua ou em que não existem conflitos sociais, pois há uma ilusão de que nela as discussões são amigáveis e amenas, que os interesses são voltados à coletividade em prol da harmonia, embora a palavra comunidade evoque tudo aquilo de que se sente falta e de que se precise para viver seguro, confiante no mundo contemporâneo (BAUMAN, 2003).

E para Dworkin “a comunidade deve ser vista como um agente moral distinto” (DWORKIN, 1999, p. 228). Essa assertiva é em virtude do princípio da integridade no direito, que vem ao encontro do ideário de solidificar o princípio da solidariedade na comunidade como prática social e política, aberta a paradigmas, como o da justiça restaurativa. Portanto, pensar no que possa ser melhor dentro desse espaço constituído de rede de conversações é estar também aberto para a vida política e para o direito como elemento integrador das relações sociais.

Na vida política, nos habituamos a discutir de um certo modo sobre as instituições sociais e políticas: atacando-as ou defendendo-as com base na justiça ou na equidade. Mas não podemos esperar defender a integridade da maneira normal, pois sabemos que às vezes a integridade entrará em conflito com aquilo que recomendam a equidade e a justiça. Se quisermos afirmar a integridade política como um ideal distinto e dotado de autonomia, precisamos aumentar a amplitude do argumento político. Mas como? Aqui está uma sugestão, ainda que não se trate da única possibilidade. A retórica revolucionária francesa reconheceu um ideal político que ainda não examinamos. Deveríamos procurar nossa defesa da integridade nas imediações da fraternidade, ou, para usar seu nome mais difundido, da comunidade. (DWORKIN, 1999, p. 228).

Mesmo sendo difícil defender a integridade, pois os sujeitos carecem de amplitude política, a alternativa apresentada por Dworkin está na defesa fraternal em benefício da comunidade. Nesse sentido Sica traz à discussão as dificuldades de se resgatar o significado de comunidade, principalmente nos grandes centros urbanos, onde são raros as relações pessoais e o convívio nos espaços sociais. Contudo, enfatiza que a proposta da Justiça Restaurativa é a de resgatar as relações comunitárias (SICA, 2007, p.15). Porém,

¹¹ Ibidem.



o que se observa é que o preenchimento do conteúdo do termo “comunidade” deve ser obtido de acordo com as peculiaridades (sic) peculiaridades operativas de cada programa (sic) programa. Por exemplo, em certos lugares a comunidade é compreendida no sentido de *community of concern*, ou seja, aquelas pessoas mais diretamente relacionadas com o ofensor e com a vítima (familiares, amigos, vizinhos) e que, de alguma forma, podem dimensionar os efeitos ou foram afetados pelo crime e colaborar para uma solução consensual. Em outros lugares, a comunidade pode ser concebida por meio da participação de entidades da sociedade civil organizada que trabalham em determinadas situações, ou seja, a regra básica é “respostas diferentes, para contextos diferentes”. (SICA, 2007, p.15).

Verifica-se, desse modo, que para se obter êxito com as práticas restaurativas faz-se necessária a participação da comunidade, de forma solidária e responsável. Claro que os seus membros precisam ser autônomos e com vontade deliberativa para mudanças através da participação, mas não significa que o Poder Público também não tenha sua parcela de comprometimento.

Nessa ótica, vislumbra-se, a partir do exposto, que a sociedade apresenta uma necessidade urgente de exercitar o princípio da solidariedade e tentar valorizar possibilidades diferentes, eis que a fraternidade retoma a comunhão de pactos entre diferentes sujeitos, com suas histórias e suas diferenças, sendo a união um elemento fundamental na vida dos sistemas sociais, pois quanto mais a amizade, a união, deixar de sustentar as relações espontâneas da sociedade, mais haverá necessidade de uma lei prescrita e, por conseguinte, da reverberação do senso comum punitivo e do rotulamento de indivíduos.

Segundo Brancher, a Justiça Restaurativa, definida pelas Nações Unidas em 2002, refere-se a um processo em que todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa unem-se para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro.

É um processo voluntário, relativamente informal, o qual ocorre em espaços comunitários com a intervenção de facilitadores, permitindo o uso de técnicas de conciliação e transação, com o objetivo de alcançar um acordo restaurativo que supra as necessidades individuais e coletivas das partes, buscando a integração social de todos os envolvidos no conflito (VASCONCELOS, 2008).

A Justiça Restaurativa se apresenta como uma abordagem diferente à justiça penal, eis que se concentra na reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, em detrimento de mera resposta punitiva aos transgressores. Isto é, a Justiça Restaurativa busca promover a inclusão da vítima e do ofensor a partir de comunidades de assistência, permitindo, dessa forma, que as partes diretamente envolvidas possam participar de processos colaborativos, cujo objetivo é a redução do dano ao máximo possível.

Logo, para Habermas, relacionar a Justiça Restaurativa com os preceitos da Ação Comunicativa implica o pressuposto de que o espaço público ocupado pelos



atores sociais é constituído de uma rede comunicacional, pois cada um desses sujeitos tentará externar os atos de fala, o que está no ímpeto dos seus “mundos”: o subjetivo, o social e o objetivo. Cada participante tem seu momento de verbalização ou externalização dos seus sentimentos e, principalmente, oportunidade de relatar sua versão sobre os fatos presentes. Essa passagem implica, portanto, uma reapropriação ou empoderamento do conflito pelos principais envolvidos. Em síntese, a relação centra-se no agir comunicativo dos atores sociais.

Dentro de tal contexto, a teoria da ação comunicativa abre possibilidades de se construir novas percepções e compreender a sociedade, que tem características distintas, inclusive desiguais com relação ao ser humano. Evidencia-se aqui, num primeiro momento, a importância dos atos comunicativos entre os seres no subestabelecimento das relações interpessoais e sociais, que também envolvem o direito como elo de conexão e interação na sociedade. Em outros termos, a ação comunicativa diz respeito aos atos comunicativos, que podem ser expressos tanto pela linguagem falada, escrita, como a corporal. Tudo leva a crer que as relações entre os homens são movidas por ações que têm por finalidade precípua a comunicação, ou seja, o entendimento mútuo.

O diálogo representa, nas práticas restaurativas, a principal ferramenta na solução do conflito pelos interlocutores, os quais deverão restar conscientizados de seus direitos da corresponsabilidade que os une, para que se consiga maior eficácia do acordo.

Portanto, dirimir conflitos pressupõe a obtenção de um ambiente de comunicação pacífica e a igualdade de condições de diálogo entre os atores sociais. O êxito da tarefa do coordenador das práticas restaurativas está condicionado à sua aptidão de auxiliar imparcialmente o diálogo entre os envolvidos de forma a diminuir a hostilidade¹² e conduzi-los ao encontro das suas próprias soluções de conflito.

Embora não haja uma forma predeterminada de procedimento para a Justiça Restaurativa, a Comunicação Não Violenta e a conciliação ou mediação têm sido empregadas no Brasil como método no processo restaurativo. O que se mostra conveniente é que, desde o início dos círculos restaurativos, o facilitador utilize uma linguagem simples e direta, esclarecendo aos interessados principais e secundários que nesse espaço de agir comunicativo deverá ser realizado um trabalho cooperativo, no qual o respeito mútuo e a escuta são fundamentais quanto ao que cada um pretende externar sobre o conflito.

Nesse contexto, a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas constitui um instrumento adequado para a Justiça Restaurativa, pois propõe um novo mecanismo para a aquisição da verdade, no qual os atores sociais sejam protagonistas de um processo comunicativo baseado na melhor argumentação racional e que tem por

12 “Os seres humanos não devem se deixar levar para um relacionamento de “hostilidade” com aqueles que encontram, em que todos sejam inimigos de todos; devem antes buscar estabelecer um relacionamento de “hospitalidade”, onde cada um é anfitrião do outro. É significativo que as palavras hostilidade e hospitalidade derivem da mesma raiz etimológica: as palavras *hostes* e *hospes* referem-se ambas ao estrangeiro ou forasteiro, que pode ser excluído como inimigo ou acolhido como hóspede” (MULLER, 2006, p. 28).



objetivo obter o entendimento por meio da cooperação, com a exclusão de métodos coercitivos e manipulatórios.

Na Teoria da Ação Comunicativa distinguem-se a ação instrumental e a ação comunicativa. A ação instrumental como modalidade técnica, é orientada ao êxito de fins, independente dos meios empregados. Na ação comunicativa prevalecem a comunicação e a interação voltadas para a promoção do entendimento entre os membros da comunidade (HABERMAS, 1987, p. 27).

Relevante, ainda, a distinção do agir estratégico e do agir comunicativo. No primeiro existe uma atuação sobre o outro que pode ensejar continuação desejada de uma interação; já no outro ocorre a motivação racional pelo outro para uma adesão, por causa do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de fala suscita.

Nessa ótica, é necessário que haja reinserção do princípio da solidariedade no contexto social, como um mecanismo viável para a implementação de um novo modelo de Justiça, e também de uma nova cultura social local, considerando que cada indivíduo é capaz de envolver-se e participar em suas respectivas comunidades, é capaz de construir um processo inclusivo de satisfação de ideais que traduzam o conceito de cidadania.

Nesse contexto, as relações humanas ganham força na mobilização de desejos e anseios centrados na organização e construção de um novo paradigma social, pautado pela participação do cidadão que ainda não esteja alienado socialmente, ou seja, um cidadão inteiro, que inda vislumbre o crescimento de sua comunidade e de seus semelhantes.

É preciso haver um rompimento do velho paradigma de rotulação ou etiquetamento do sujeito para que um novo paradigma possa nascer. O espaço público representa um local de trocas comunicativas e racionais pela linguagem, bem como a interligação do Estado e da sociedade civil¹³ que se dá pelo princípio da solidariedade. Essa esfera de tensões é constituída pelos interesses públicos e privados, que em prol do bem comum se complementam e formam o todo.¹⁴ Os atores

13 (HABERMAS, 1997, p. 99). [...] o atual significado da expressão “sociedade civil” não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como “sistema das necessidades”, isto é, como sistema de trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. Hoje em dia, o termo “sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses “*designs*” discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõe o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo continuidade e duração.

14 (HABERMAS, 2003, p. 173). A exigência da orientação pelo bem comum, que se liga com a autonomia pública, constitui uma expectativa racional na medida em que somente o processo democrático garante que “cidadãos da sociedade” cheguem ao gozo de iguais liberdades subjetivas. Inversamente, somente uma autonomia privada dos “cidadãos da sociedade”, assegurada, pode capacitar os “cidadãos do Estado” a fazer uso correto da autonomia política. A interdependência



sociais ao articularem sobre as políticas públicas necessárias aos cidadãos aplicam o princípio da democracia e possibilitam a seus pares o exercício da cidadania. Desse modo,

A cidadania ativa é pressuposto básico para a efetivação do princípio da subsidiariedade. Na sua efetivação, as instâncias privadas precisam trabalhar para a coletividade, pelo que devem realizar tarefas de interesse geral, operando-se de modo e por razões conjugadas. A solidariedade é necessária, sendo que a própria participação do Estado ocorrerá para a efetivação da solidariedade entre os componentes da sociedade. (BARACHO, 1996, p. 64).

Como esclarece Bárbara Freitag, os requisitos primordiais para que uma cidade empírica e histórica desenvolva e preserve as formas de cidadania com o caráter democrático está vinculado com o compromisso de seus habitantes em cumprirem e assegurarem as normas jurídicas no Estado de Direito. Com respeito a isso, pode-se enfatizar o modelo de democracia deliberativa esboçada por Habermas, que implica na aceitação e na defesa dos princípios básicos da democracia propriamente dita.¹⁵ Além disso, a conexão de cada indivíduo dentro do espaço se dá efetivamente pela democracia, sem a mesma fica inviável redirecionar discussões políticas de natureza prioritária, que atendam às necessidades humanas e básicas dos cidadãos. Assim,

A visão democrática radical de Habermas postula a inclusão de todos os cidadãos na base da igualdade de direitos. Tal compreensão da democracia, cujas bases foram lançadas por J. -J. Rousseau, é dinâmica, pois está apoiada no direito e na ideia de que a sociedade democrática atua sobre si mesma através de meios políticos. Nela, os destinatários das leis são, ao mesmo tempo, os seus autores. (HABERMAS, 2003, p. 11).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de práticas restaurativas na sociedade contemporânea representa um marco precursor, pois indica a preocupação de alguns de seus integrantes com políticas públicas efetivas e voltadas para o social. Isso evidencia um avanço para ruptura de paradigmas ou problemas de natureza cultural que definem a alienação estrutural.

Então, antes de se pensar em aplicabilidade de outra modalidade de justiça comunitária, pois as práticas restaurativas é a justiça feita pela e para a comunidade,

de democracia e Estado de Direito transparece na relação de complementariedade existente entre a autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para a outra.

15 Notícia fornecida por Bárbara Freitag na Conferência Mundial sobre o desenvolvimento de cidades (de 13 a 16 de fevereiro de 2008, em Porto Alegre/RS). (informação verbal).



é necessário resignificar essa comunidade, conhecê-la com maior profundidade, verificando que tipo de conversação seus agentes mantêm entre si e o Poder Público, ou seja, qual o lugar dado para a política no espaço comum. Uma comunidade não existe sem o direito e sem a política como prática social e intelectual. Repensar sobre esse espaço público é também questionar sobre tudo o que está posto nele: forma de governo, cultura e principalmente na democracia.

É oportuno considerar que uma democracia com pilares na cultura patriarcal é inoperante, vazia ou inexistente, o que, conseqüentemente, faz do direito um mero instrumento de estratégias de grupos dominantes. O que se quer dizer é que rupturas de paradigmas dentro do direito, como a Justiça Restaurativa, se efetivam quando a comunidade tem sua própria identidade e exerce a cidadania pela democracia. Infelizmente, os sujeitos ou membros da comunidade conhecem os discursos democráticos e os ideais de uma justiça com base no princípio da solidariedade, mas poucos vivem isso no seu meio, pelo simples fato de tais princípios ainda representarem um ideal a ser alcançado.

Não significa com o exposto que as práticas restaurativas não possam ser realizáveis. Elas estão sendo desenvolvidas em algumas comunidades gaúchas, como, por exemplo, em Porto Alegre, com resultados interessantes, muito embora tímidos. Apesar da alienação social sobre os reais objetivos apresentados pelos mecanismos da Justiça Restaurativa, a mesma está se tornando uma realidade em nosso meio.

É preciso haver um rompimento do velho paradigma de rotulação ou etiquetamento do sujeito para que um novo paradigma possa nascer. O espaço público representa um local de trocas comunicativas e racionais pela linguagem, bem como a interligação do Estado e da sociedade civil¹⁶ que se dá pelo princípio da solidariedade. Essa esfera de tensões é constituída pelos interesses públicos e privados que em prol do bem comum se complementam e formam o todo.¹⁷ Os atores

16 (HABERMAS, 1997, p. 99). [...] o atual significado da expressão “sociedade civil” não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como “sistema das necessidades”, isto é, como sistema de trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. Hoje em dia, o termo “sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses “*designs*” discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõe o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo continuidade e duração.

17 (HABERMAS, 2003, p. 173). A exigência da orientação pelo bem comum, que se liga com a autonomia pública, constitui uma expectativa racional na medida em que somente o processo democrático garante que “cidadãos da sociedade” cheguem ao gozo de iguais liberdades subjetivas. Inversamente, somente uma autonomia privada dos “cidadãos da sociedade”, assegurada, pode capacitar os “cidadãos do Estado” a fazer uso correto da autonomia política. A interdependência de democracia e Estado de direito transparece na relação de complementariedade existente entre a autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para a outra.



sociais ao articularem sobre as políticas públicas necessárias aos cidadãos aplicam o princípio da democracia e possibilitam a seus pares o exercício da cidadania. Desse modo,

A cidadania ativa é pressuposto básico para a efetivação do princípio da subsidiariedade. Na sua efetivação, as instâncias privadas precisam trabalhar para a coletividade, pelo que devem realizar tarefas de interesse geral, operando-se de modo e por razões conjugadas. A solidariedade é necessária, sendo que a própria participação do Estado ocorrerá para a efetivação da solidariedade entre os componentes da sociedade. (BARACHO, 1996, p. 64).

Como esclarece Bárbara Freitag, os requisitos primordiais para que uma cidade empírica e histórica desenvolva e preserve as formas de cidadania com o caráter democrático está vinculado com o compromisso de seus habitantes em cumprirem e assegurarem as normas jurídicas no Estado de Direito. Com respeito a isso, pode-se enfatizar o modelo de democracia deliberativa esboçada por Habermas, que implica na aceitação e na defesa dos princípios básicos da democracia propriamente dita.¹⁸ Além disso, a conexão de cada indivíduo dentro do espaço se dá efetivamente pela democracia, sem a mesma fica inviável redirecionar discussões políticas de natureza prioritária, que atendam às necessidades humanas e básicas dos cidadãos. Assim,

A visão democrática radical de Habermas postula a inclusão de todos os cidadãos na base da igualdade de direitos. Tal compreensão da democracia, cujas bases foram lançadas por J. -J. Rousseau, é dinâmica, pois está apoiada no direito e na ideia de que a sociedade democrática atua sobre si mesma através de meios políticos. Nela, os destinatários das leis são, ao mesmo tempo, os seus autores. (HABERMAS, 2003, p. 11).

Diante dessa constatação, assume especial relevância o pensar de alternativas que viabilizem uma nova análise do fenômeno da criminalidade, verificando suas causas reais em um ambiente de fragmentação social e, a partir dela, construir alternativas que sejam norteadas pela proteção incondicional dos direitos humanos. Portanto, a solidificação das práticas restaurativas e dos ideais fraternos de solidariedade atuam como instrumento de garantia da efetiva proteção social contra riscos e vulnerabilidades, a qual tem um papel relevante na democratização da gestão e da execução de políticas sociais, propiciando, assim, a efetivação de políticas públicas restauradoras, mantenedoras da paz social, capazes de garantir o reconhecimento e o cumprimento dos direitos sociais até então negligenciados.

Com efeito, os problemas sociais que redundam em altos índices de criminalidade podem ser sanados e prevenidos a partir da implementação de instrumentos

¹⁸ Notícia fornecida por Bárbara Freitag na Conferência Mundial sobre o desenvolvimento de cidades (de 13 a 16 de fevereiro de 2008, em Porto Alegre/RS). (informação verbal).



restauradores eficazes, que permitam a interação da comunidade em cooperação, viabilizando a participação popular e, por conseguinte, reduzindo a exclusão social, bem como ampliando a esfera de garantia dos direitos de cidadania de forma igualitária e justa. Assim, o conceito e a prática da cidadania ganham corpo, e passam a figurar como valores a serem perseguidos, dentro da atuação dos indivíduos centrada nas bases do capital social, do agir comunicativo, da confiança interpessoal, e no desejo legítimo do exercício dos direitos de cidadania.

Nesse sentido, a reconstrução da solidariedade deve ser explorada e articulada entre os atores sociais, para que como princípio constitucional juntamente com o princípio da cidadania não continue a desempenhar uma mera função simbólica. Associada a essa ideia, está também a de reconstrução do sujeito enquanto ator social, pois entende-se por ator social o sujeito liberto que concebe a si mesmo a possibilidade de agir comunicativamente, e, com isso, transformando o seu entorno.

REFERÊNCIAS

BRANCHER, L.; Aginsky, B. *Projeto justiça para o século 21*. Disponível em: < http://www.justica21.org.br/j21/webcontrol/upl/bib_241.doc > Acesso: 03 nov. 2009.

BRASIL. Projeto-de-lei nº 7006/2006, que propõe facultativamente o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

CEL Jarí Luiz dalbosco. (Org). Polícia comunitária e sociedade. In: SILVA, Robson Robin. *Curso nacional de promotor de polícia comunitária*. Grupo de trabalho, Portaria SENASP nº 002/2007. Brasília - DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública. SENASP.

CUSTÓDIO, André Viana; COSTA Marli M.; PORTO Rosane. *Justiça restaurativa e políticas públicas: uma análise a partir da teoria da proteção integral*. Curitiba: Multideia, 2010.

FRIEDRICH, D. W; COSTA, M. M; DA SILVA, G. P. (Coord.). A Justiça Restaurativa na práxis das polícias militares: uma análise sobre as políticas de segurança às vítimas de violência. In: COSTA M. M; PORTO R; FRIEDRICH, D.W. *A justiça restaurativa na práxis das polícias militares: uma inter-relação necessária no atendimento às vítimas de crimes graves no município de Santa Cruz do Sul*. Curitiba: Multideia, 2009. p. 9-21.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional: a teoria revolucionária que define o que é ser inteligente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa, II*. Crítica de la razón funcionalista. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Taurus Humanidades,



2003.

HULSMAN, L. C.; BERNAT de J. *Penas perdidas*. O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karan. Paris: Editions du Centurion, 1993.

HOFFMAN, Gene Knidsen. *Escuta compassiva*. Editado por e com uma introdução de Dennis Rivers - www.NewConversations.net -The Institute for Cooperative Communication Skills - Santa Barbara, Califórnia, janeiro 2006. Este texto está disponível gratuitamente no formato PDF em <www.comunicarmelhor.org>. Tradução para o português: Márcia Gama – Mediadora e Facilitadora de Aprendizagem do Recife – Pernambuco – Brasil(contato: marciamediatora@gmail.com).

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa In: SLAKMON , C.; De VITTO, R.; PINTO, R. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005.

JESUS, Damasio E. de, advogado em São Paulo, autor de diversas obras, presidente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. *Justiça Restaurativa no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7359>>. Acesso em: 26 jan. 2009.

KOSOVSKI, Ester. As novas formas de proteção à vítima. In: KOSOVSKI, Ester; SÉGUIN Elida. (Coord.). *Temas de vitimologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.21-25.

LUGLI, Rosario S. Genta. A construção social do indivíduo. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. *Revista Educação: Bourdieu pensa a educação*. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento, p. 26-35.

MARTÍN, Nuria Beloso. (Org.). *Mediación Penal de Menores*. In: _____. *Estúdios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*. Espanha: Junta de Castilla y León, 2006.

MELO, Anderson Alcântara. *A construção de uma polícia democrática no Brasil: Reflexões e desafios*. Artigo publicado na Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, vol. 8, n. 48, fev./março 2008.

NETO, Scuro Pedro. *Justiça Restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes*. *Revista da AJURIS/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: AJURIS, v.33, n.103, p. 231-251, set. 2006.

PRADO, Geraldo. “Justiça Penal Consensual”. Diálogos sobre a justiça dialogal. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (Org.). Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2002.

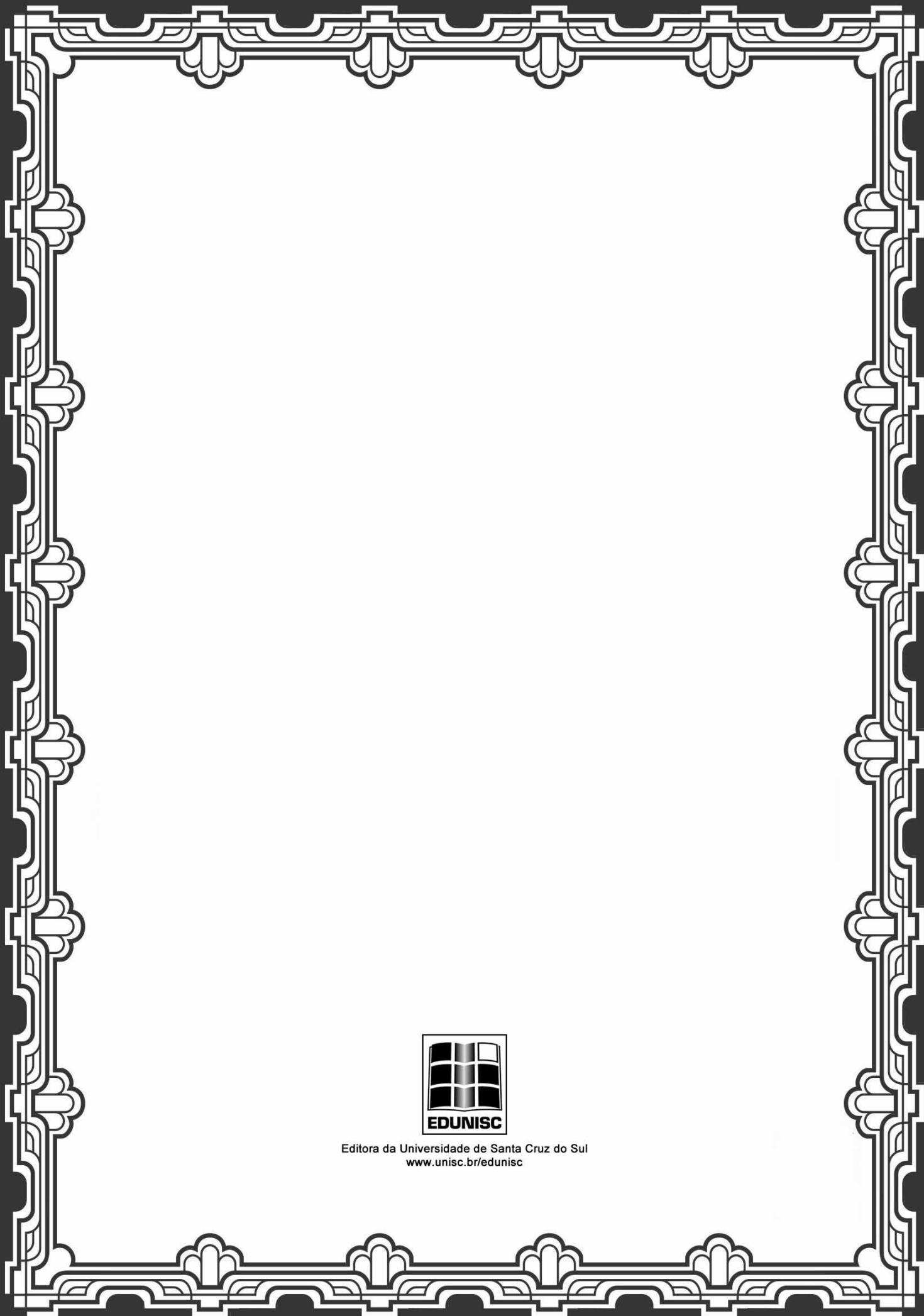
PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *A justiça restaurativa e as políticas públicas de atendimento a criança e ao adolescente no Brasil: uma análise a partir da experiência da 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Santa Cruz do Sul, fevereiro de 2008.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: [s.n.], 2006.

SILVA, Mario Bezerra. *Vitimologia*. Disponível em: < <http://www.apriori.com.br/cgi/for/post5278.html>> Acesso em: 27 ago. 2008.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.





Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul
www.unisc.br/edunisc