

ALUNO: DANIEL ANTOINE ABOU JAODÉ



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**PESPECTIVAS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS
PARA A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA
ADVERSARIAL**

por

DANIEL ANTOINE ABOU JAUDÉ

ORIENTADORA: Samantha Pelajo

2009.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

PESPECTIVAS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS PARA A SUPERACÃO DO PARADIGMA ADVERSARIAL

por

DANIEL ANTOINE ABOU JAOUDÉ

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Samantha Pelajo

2009.2

DEDICATÓRIA

À Minha Amada,

Márcia Miranda Charneski

Divino e abençoado Ser, que através de seu Amor e carinho incondicionais, me inspirou e deu forças para seguir, incentivando e ajudando em todos os momentos.

Sua Luz iluminou para sempre minha Vida,

Muito Obrigado por Tudo...

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar,

Aos meus amados pais pelo seu imenso Amor, e por encarnarem a Fé e a Coragem que superam todas as dificuldades, sendo para sempre o meu exemplo de carinho, me dando todas as condições para chegar até aqui...

E também aos meus amados irmãos, que sempre acreditaram em mim e me deram forças, sendo sempre aqueles que mais me orgulham...

Aos meus Amigos de Curso, *Bernardo Ramos e Rodrigo Abreu*, pelas inesquecíveis discussões Metafísicas e pelos intensos debates Espirituais.

Daniel Sá, pelo apoio e pelas memoráveis conversas metajurídicas e cinematográficas

Luciana Queiros e Leopoldo Pereira, pela ajuda e amizade nos momentos mais importantes,

Aos meus colegas do GIMEC, *Arthur Marinho e Rafaela Moreira* pelo apoio,

Agradeço de maneira especial a todos os professores que tive ao longo da vida, e nesta Universidade, aos seguintes:

Minha ilustre orientadora, *Samantha Pelajo*, pelo apoio e incentivo, e que com seu entusiasmo e ensinamentos, me iniciou na Senda da Mediação de Conflitos,

Eva Jonathan e Célia Novaes, que muito me ensinaram do ofício do Mediador,

E aos professores, *Regina Soares, Ana Lúcia Tavares, Gustavo Senéchal e Rafael Medina*, que a seu modo, me mostraram o lado mais Belo e Ético do Direito:

A Valorização incondicional da Dignidade Humana...

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
Capítulos:	
1- A gênese do conflito e suas conseqüências	9
2- O Paradigma litigioso e o processo judicial	16
3- O paradigma adversarial e a não efetivação dos preceitos constitucionais:	
3.1 A necessidade de uma nova abordagem em face dos preceitos constitucionais e a questão do acesso à justiça	20
4- As propostas da Mediação de Conflitos :	
4.1 O que é mediação? Características e benefícios em relação a outros métodos	30
4.2 Aportes teóricos	33
4.3 A importância da empatia na mediação	37
5- O papel da Mediação na superação do paradigma adversarial	
5.1 A transformação dos conflitos por via da revalorização dos aspectos subjetivos	41
5.2 A mediação e sua contribuição para uma nova cidadania atraves do empoderamento	43
5.3 A mediação Judicial	46
6- Conclusão	49

7- Bibliografia	55
-----------------------	----

RESUMO

Este trabalho visa à análise do fenômeno conflituoso, em como este se origina e se desenvolve, levando os envolvidos a adotarem atitudes antagônicas, polarizando a relação, e instalando-se assim, uma situação adversarial.

Abordará também, a forma como os conflitos repercutem e se modificam quando alcançam o poder judiciário. De tal forma que, através de uma visão litigiosa e objetivista, constata-se que pouca atenção é direcionada às questões que subjetivas permeiam todas as disputas, e desta forma perde-se a oportunidade de se obterem os benefícios oriundos de uma situação conflituosa.

Após serem apresentadas algumas perspectivas da Mediação de Conflitos como forma de superar o problema, serão considerados os efeitos deste enfoque na não efetivação dos preceitos constitucionais, especialmente o acesso à justiça, a cidadania e a solidariedade. Ao final, será analisado o papel que a Mediação Judicial poderá desempenhar em uma fase de transição, até que se conquiste uma cultura de pacificação.

PALAVRAS-CHAVE

Conflito - Paradigma adversarial - Não efetivação de preceitos Constitucionais – Acesso à Justiça – Mediação de conflitos – Empatia – Empoderamento – Solidariedade – Cidadania – Mediação Judicial

INTRODUÇÃO

A Constituição da República anuncia entre os seus princípios fundamentais o compromisso com a solução pacífica dos conflitos e traz entre suas garantias principais o amplo e irrestrito acesso à justiça.

Dentro deste contexto, o instituto da mediação de conflitos, como uma das formas “alternativas” de solução de conflitos, desempenha papel fundamental.

Tendo em vista que a mediação muitas vezes atende melhor aos interesses dos jurisdicionados, pois possibilita não só a definição das questões objetivas como também as de ordem subjetiva, poderá vir a contribuir de maneira decisiva para efetivar os ditames constitucionais.

Como espécie do gênero Negociação, a Mediação tem também como um dos seus pilares a temática da Comunicação. Os problemas oriundos da falta de comunicação, ou de sua deficiência, figuram certamente como uma das principais, senão a principal causa de conflitos, sejam de natureza interpessoal, empresarial ou internacional.

Nesse sentido, após breve análise a respeito da importância do assunto, e da análise sobre a suposta eficácia do atual paradigma jurídico para cumprir os objetivos constitucionais de pacificação social, e se verificando neste ponto a importância da Mediação como catalisadora do pleno acesso à justiça; serão analisados os aportes teóricos dados ao tema por algumas das principais escolas teóricas de Mediação. Em seguida, cuidar-se-á do tratamento dado pelo judiciário à questão do conflito, tendo em vista que a abordagem meramente processual dos desentendimentos, por força de sua objetividade, acaba por deixar de lado a subjetividade das situações, o que termina por minar a eficiência pretendida.

Isto juntamente com o fato de ser a via judicial naturalmente construída sob o prisma de dois lados adversos, onde o sucesso de um é correspondente ao fracasso do outro em obter o pleito legal.

Por fim, o presente trabalho destacará como a Mediação realizada em âmbito Judicial pode suprir estes problemas, se tornando o momento e o local adequados para que se dê a comunicação eficiente entre as partes litigantes e se satisfaça o desejo de solucionar o conflito.

Será feita primeiramente uma análise do fenômeno conflituoso, como nasce e se desenvolve uma disputa à partir das distorções da realidade feitas pelas partes em conflito, e como esta distorção converge em posicionamentos e polarizações, se inserindo em um contexto adversarial.

A seguir, será apreciada a forma como o judiciário enquadra o conflito e as conseqüências disto para a sociedade, tendo em vista que o processo judicial, ao favorecer as polarizações e a adversariedade, termina por prejudicar as relações subjacentes, podendo levar os conflitos a uma degeneração negativa, perdendo-se a chance que este oferece para o crescimento e o aperfeiçoamento de indivíduos e seus relacionamentos.

Após, examinar-se-á como este enfoque adversarial contribui ainda mais para impedir o pleno acesso à justiça, e como termina por restringir o alcance dos preceitos constitucionais, especialmente a dignidade, no que tange à convivência pacífica e ao aprimoramento do senso de solidariedade social.

No quarto capítulo, o trabalho monográfico abordará especificamente o instituto da Mediação de Conflitos e como suas ferramentas e técnicas podem ser úteis para a superação do problema apresentado. Através da Mediação, relacionamentos podem ser redefinidos, as pessoas podem desenvolver melhor sua autonomia como indivíduo em sociedade e adquirir maior consciência social a respeito de sua atuação na esfera pública.

Em seguida, serão tecidas considerações mais gerais a respeito dos benefícios da Mediação para a sociedade, a sua coadunação com os ideais democráticos, com especial atenção para o papel da Mediação Judicial em uma primeira fase de transição.

Analisar-se-á o papel da Mediação de Conflitos à luz das teoria da democracia deliberativa e em conjunto, será considerado também o papel da Mediação sob enfoque das modernas teorias políticas do Neo-Republicanism.

A conclusão dedica-se à abordagem de todos os aspectos relevantes do presente trabalho monográfico.

CAPÍTULO I - A GÊNESE DO CONFLITO

Muito além da clássica definição jurídica, o conflito, na sua mais abrangente acepção, não pode ser encarado apenas como uma lide.

“Um conflito possui um escopo muito mais amplo do que simplesmente as questões juridicamente tuteladas sobre a qual as partes estão discutindo em juízo. Distingue-se, portanto, aquilo que é trazido pelas partes ao conhecimento do Poder Judiciário daquilo que efetivamente é interesse das partes. Lide processual é, em síntese, a descrição do conflito segundo os informes da petição inicial e da contestação apresentados em juízo. Analisando apenas os limites dela, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito (lide sociológica) conduz à pacificação social; não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelos advogados ao processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos.”

“Além do problema imediato que se apresenta, há outros fatores que pautam um conflito, tais como o relacionamento anterior das partes, as suas necessidades e interesses, o tipo de personalidade das partes envolvidas no conflito, os valores das partes e a forma como elas se comunicam. Muitos desses fatores considerados secundários por alguns operadores do direito estão, na verdade, na origem do conflito e, por isso, devem ser levados em conta na solução do problema.” (AZEVEDO, 2009, p. 55).

Socialmente, o conflito é a convergência opositiva de concepções divergentes da realidade na ânsia de se alcançar certos fins. Pode ser ainda a incongruência de princípios, meios ou finalidades, valores e interesses oriundos das relações sociais.

Por ser fruto da diferença, o conflito é, paradoxalmente, também a reafirmação de certa igualdade: em termos ontológicos, dois seres só podem diferir se compartilharem de algum grau de semelhança, no mínimo a contingência espaço-temporal, tendo em vista que a *relação* só existe em algum tempo e lugar.

Para que haja diferença é necessário que haja uma relação, e a relação implica necessariamente algum grau de igualdade: só existe conflito porque há interdependência.

A Mediação enxerga além, percebendo que até o impasse gera uma interdependência. Este é motivado pela tentativa de concordância de posições (Fisher et al, 2005, p. 58), o que é dificultado, pois o mesmo habita entre o conflito de necessidades, desejos, e temores. E estes são os interesses, os que realmente motivam e ligam as pessoas em um conflito, se escondendo por detrás de posições aparentemente inconciliáveis.

A igualdade se percebe nos interesses acima citados, já que eles são o que realmente definem o problema. No caso de dois vizinhos numa discussão ou de duas nações em guerra, há sempre em comum um interesse, assim decorre que a disputa quando surge é sempre *motivada*, movido por desejos e metas.

Assim sendo, o embate pode ser encarado como uma reafirmação da solidariedade social. Só entramos em conflito porque vivemos em sociedade, pois se sobrevivemos é porque estamos juntos e somos interdependentes e se tal ocorre, é porque aprendemos a lidar com nossas diferenças: superando o entrechoque de valores e percepções por uma tolerância necessária.

A tendência mundial à globalização e a busca cada vez mais firme pela resolução pacífica das controvérsias em âmbito mundial é uma evidência deste processo. Esta dependência recíproca que origina e se retroalimenta dos conflitos foi assim resumida por um filósofo:

“[...] a solidariedade é antes de tudo o fato de uma coesão, de uma interdependência, de uma comunidade de interesses ou de destino. Ser solidários, nesse sentido, é pertencer a um mesmo conjunto e partilhar, conseqüentemente – quer se queira, quer não, quer se saiba, quer não – uma mesma história. Solidariedade objetiva, dir-se-á: é o que distingue o seixo dos grãos de areia, e uma sociedade de uma multidão” (COMTE SPONVILLE, 1995, p. 98).

O Conflito é fruto da diferença (de valores, crenças, metas, desejos etc.) e só existe na medida em que as pessoas se relacionam socialmente. Fenômeno natural das relações humanas, tendo em vista que cada ser

humano guarda em si singularidade e originalidade únicas que tornam impossíveis a concordância plena em todos os interesses.

“O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados.” [...] (VASCONCELOS, 2007, p. 19).

Duas das principais causas de conflitos merecem ser destacadas, a *percepção* e a *comunicação*.

O modo como as pessoas encaram os fatos, os julgamentos que fazem, as conclusões que tiram, enfim, toda a percepção feita a respeito do microcosmo conflituoso é de vital importância para se entender a gênese e a solução dos conflitos. Marshall Rosenberg, ao descrever alguns dos componentes do que chama de “comunicação alienante da vida”, diz a respeito dos julgamentos:

“Na raiz de grande parte ou talvez de toda violência - verbal, psicológica ou física, entre familiares, tribos ou nações - esta um tipo de pensamento que atribui a causa do conflito ao fato de os adversários estarem errados, e esta a correspondente incapacidade de pensar em si mesmos ou nos outros em termos de vulnerabilidade – o que a pessoa pode estar sentindo, temendo, ansiando, do que pode estar sentindo falta e assim por diante.[...]” (ROSENBERG, 2006, p. 40-41). “[...] Quer você esteja fechando um negócio ou resolvendo uma disputa, as diferenças são definidas pela diferença entre seu pensamento e o dele. [...] Em última instância, porém, o conflito não está na realidade objetiva, e sim na mente das pessoas. [...] A própria diferença existe por existir no pensamento das pessoas. [...] Os fatos, mesmo que bem estabelecidos, podem não contribuir em nada para solucionar um problema. [...] Por mais útil que seja buscar a realidade objetiva, é a realidade tal como cada lado a vê que, em última instância, constitui o problema de uma negociação e abre caminho para uma solução.” (Fisher et al., 2005, p. 40-41)

A Conseqüência mais marcante deste processo de percepção singularizada da realidade é a adoção daquilo que em teoria da negociação se denomina de *posicionamentos*, ou seja, a fixação irredutível que os envolvidos em uma disputa fazem de suas próprias percepções e julgamentos da situação, o que termina inevitavelmente por levar à polarização do conflito. Nesse sentido:

“Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar sua posição unilateral, na

tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte” (VASCONCELOS, 2007, p. 19).

“Mediadores experientes sabem que a polarização consiste em uma forma de restringir o conhecimento da realidade.” (AZEVEDO, 2009, p. 70).

“[...] Intuitivamente, o ser humano tende a polarizar suas relações conflituosas acreditando que para que um tenha seus interesses atendidos o outro necessariamente terá que abrir mão de sua pretensão. [...]” (AZEVEDO, 2009, p. 138).

Quando apegados às posições, os envolvidos dificilmente conseguem se desvincular de seus pontos de vista e enxergar os termos comuns. A negociação se torna então um jogo de ganhar ou perder:

“A negociação posicional, por sua vez, consiste naquela cujos negociadores se tratam como oponentes, o que implica pensar na negociação em termos de um ganhar e outro perder (em que quanto mais um ganha mais outro perde). Dessa forma, em vez de abordar os méritos da questão, o papel do negociador parece ser pressionar ao máximo e ceder o mínimo possível.” (AZEVEDO, 2009, p. 65).

A adoção de posições leva naturalmente a um antagonismo aparentemente incompatibilizável. Quando os impasses posicionais não são superados, ou quando não se consegue enxergar a relação conflituosa em diferentes perspectivas, pode ocorrer aquilo que se denomina *escalada* ou *espiral do conflito*: a tomada de posição de um dos lados leva a um posicionamento mais irredutível do outro, ou quando cada ato de um lado tende a levar a uma reação muitas vezes desproporcional, gerando um escalonamento em um processo degenerativo ou destrutivo da relação social pré-existente. (AZEVEDO, 2009, p. 32).

A superação dos impasses oriundos da adoção de posições fixas é feita a partir da observação dos interesses subjacentes. Tal temática será abordada no capítulo referente aos propósitos da Mediação de Conflitos.

Acompanhando o processo de interpretação divergente dos fatos – percepção –, outra das principais causas do conflito é a ausência de comunicação ou sua ineficiência. Por vezes esta comunicação prejudicada serve, por si só, como causa da controvérsia. Um determinado

acontecimento que não é comunicado, um ressentimento guardado, uma interpretação equivocada não expressa, entre outras ações, podem ocasionar um conflito e, de um modo ou de outro, são fruto de uma comunicação deficiente.

Algumas das principais causas apontadas para uma comunicação ineficiente são as seguintes: não investir seriamente na comunicação com a outra parte, não escutar atentamente o que se tenta comunicar e, também, não interpretar corretamente aquilo que fora comunicado (Fisher et al., 2005, p. 51).

Corrigir as eventuais falhas de comunicação ou estabelecê-la corretamente é um atalho certo para a solução das disputas:

“A comunicação muitas vezes ajuda a reduzir distorções perceptivas que se auto-realizam [...]” (MYERS, 2000, p. 299).

O desfecho de conflitos que envolvem casais, por exemplo, muitas vezes depende da maneira como se dá a comunicação interna em relação à expressão dos sentimentos. Estudos demonstram que a comunicação saudável é vital para um casamento feliz e a construção de acordos mais positivos (MYERS, 2000, p. 299).

Outro importante aspecto a ser ressaltado em relação à comunicação diz respeito ao fato de que nos estudos realizados a partir da Teoria dos Jogos, ficou constatado que quando a comunicação entre os jogadores é satisfatória a tendência é naturalmente à cooperação. (MYERS, 2000, p. 285).

Considerações acerca da importância do mediador para tornar a comunicação mais eficaz, e também a respeito do papel da Mediação como um dos canais de comunicação mais eficazes na sociedade serão feitos em capítulos subseqüentes.

A busca por soluções autocompositivas passa pela desconstrução da visão negativista das disputa

s. O fenômeno do conflito pode contribuir decisivamente para a melhoria das relações sociais e o desenvolvimento individual (MYERS, 2000, p. 281).

“[...] A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou o não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.” (VASCONCELOS, 2007, p. 19).

Ao contrário, este deve ser encarado mais como uma oportunidade no sentido de se redescobrir valores e interesses comuns, afinal:

“[...] É um elemento da vida que inevitavelmente permeia todas as relações humanas e contém potencial de contribuir positivamente nessas relações. Nesse espírito, se conduzido construtivamente, o conflito pode proporcionar crescimento pessoal, profissional e organizacional. A abordagem do conflito – no sentido de que este pode, *se conduzido com técnica adequada*, ser um importante meio de conhecimento, e aproximação de seres humanos – impulsiona também relevantes alterações quanto à responsabilidade e à ética profissional.” (AZEVEDO, 2009, p. 35).

Vasconcelos reafirma em caráter mais abrangente outro aspecto positivo dos conflitos:

“Tradicionalmente se concebia o conflito como algo a ser suprimido e 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, 2007, p. 20).

No que tange aos conflitos coletivos o mesmo pode ser dito. Um conflito ocasionado por questões étnicas, por exemplo, poderá se bem conduzido, resultar em um maior pluralismo e tolerância. Ou ainda, um de

matizes econômico-sociais, como o que aflige as regiões marginalizadas das grandes cidades brasileiras, poderia resultar, se fosse devidamente conduzido, em uma sociedade mais integrada, solidária e justa.

Os conflitos interpessoais geralmente se compõem dos seguintes aspectos (VASCONCELOS, 2007, p. 20): (i) uma pauta objetiva: consistindo no problema que se traz à tona, como, por exemplo, a divisão dos bens em uma partilha ou a guarda dos filhos em uma separação; (ii) uma pauta subjetiva: versando a respeito dos sentimentos, percepções, valores e necessidades associados àquela disputa e à mesma subjacentes; Na maior parte dos casos, a pauta subjetiva é a mais importante, sendo causa do conflito e determinando decisivamente o seu desenrolar e desfecho. É neste aspecto que a percepção escolhida e a comunicação ineficiente se apresentam de modo decisivo; e (iii) a trama ou o processo: sendo então as circunstâncias de manifestação do conflito, os fatos, os atores e desdobramentos, a dinâmica da disputa.

Em relação à pauta objetiva, devem-se mencionar as chamadas causas estruturais que podem se manifestar objetivamente, como condição econômica, social, gênero, religião etc. Compõe-se de elementos predeterminados, podendo se manifestar de forma mais geral, em determinadas circunstâncias ou em relação a determinados grupos de pessoas específicas.

As causas estruturais se relacionam mais à questão objetiva do que a subjetiva, pois dependem mais de uma *situação* do que das *pessoas* nela envolvidas, apesar de influenciarem diretamente a subjetividade: por exemplo, a cultura de uma pessoa, apesar de ser uma causa estrutural, exerce influência decisiva na sua escolha de valores e percepção de mundo. (EDELMAN & CRAIN, 1996, p. 41).

A seguir, será feita a análise de como o processo judicial encara o conflito e o transforma.

CAPÍTULO II - O PARADIGMA ADVERSARIAL E O JUDICIÁRIO

Para se entender de que forma o conflito se manifesta através do processo judicial, algumas considerações sobre este último precisam ser feitas. Os autores do Manual de Mediação Judicial citam o jurista mexicano Zamorra Y Castillo ao afirmar que:

“[...] o processo, rende, com frequência, muito menos do que deveria em função dos defeitos procedimentais, resulta muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes quando possível, o abandonem [...]” (AZEVEDO, 2009, p. 33).

Nesta mesma linha, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho e Ana Carolina Weber, ao discorrerem a respeito da Mediação Civil e a superação do paradigma litigioso, afirmam que:

“[...] É o próprio modelo conflitual de jurisdição -- caracterizadas pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas como indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro neutro e imparcial, representado pelo Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito – que é posto em xeque, fazendo com que readquiram consistência as propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiência diversas, tais como as que repropõe a idéia de consenso como instrumento de solução das demandas [...]” (PINHO, 2008, p. 8).

O principal fundamento de tal crítica reside no fato de ser o enquadre processual excessivamente objetivista, deixando de lado, ou em segundo plano, aspectos tão ou mais importantes do que a questão juridicamente substantiva. Assim:

“[...] o processo judicial aborda o conflito como se fosse um fenômeno jurídico e, ao tratar exclusivamente daqueles interesses juridicamente tutelados, exclui

aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados.” (AZEVEDO, 2009, p. 33)

Inevitavelmente, este excesso de objetividade, materializado na redução do conflito a uma mera lide processual, termina por exacerbar as atitudes de posicionamentos unilaterais. A adjudicação é, via de regra, uma espécie de jogo de soma zero, onde para um ganhar a outra parte deve perder (ALMEIDA, 2003, p. 189).

Deste modo, os litigantes, para obterem a satisfação de seu pleito objetivo, terminam por exacerbarem suas posições atacando as do adversário, ocorrendo o que foi chamado de “hipertrofia do argumento unilateral” (VASCONCELOS, 2007, p. 20).

Como já dito, a consequência mais improdutiva desta superconcentração no substrato jurídico e nos posicionamentos unilaterais, fruto direto do paradigma litigioso-adversarial, é que de certa forma impede a visualização de pontos comuns e interesses complementares, esvaziando as possibilidades ou potencialidades de se redefinir a percepção da disputa.

Desta forma, muitas vezes o que acontece é que as relações sociais que dão origem às demandas jurídicas terminam muito prejudicadas, isso quando não rompidas de vez. Neste ponto deve ser trazido à tona o que o psicólogo social Morton Deutsch denominou de “conflitos destrutivos”, e a que fazem referência os autores do manual de Mediação Judicial nos seguintes termos:

“[...] para Deutsch, um processo destrutivo se caracteriza pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida. Em processos destrutivos há a tendência de o conflito se expandir ou tornar-se mais acentuado no desenvolvimento da relação processual. Como resultado, tal conflito freqüentemente torna-se “independente de suas causas iniciais”, assumindo feições competitivas nas quais cada parte busca “vencer” a disputa e decorre da percepção, muitas vezes errônea, de que os interesses das partes não podem coexistir. Em outras palavras, as partes quando em processos destrutivos de resolução de disputas concluem tal relação processual com esmaecimento da relação social preexistente à disputa e acentuação da animosidade decorrente da ineficiente forma de endereçar o conflito.” (AZEVEDO, 2009, p. 33-34)

Reforçando esta idéia de que os posicionamentos arraigados terminam por minar relações, por força da estruturação de argumentos contrapostos e a necessidade psicológica de se obter a “vitória”, advertem os autores do livro *Como Chegar ao Sim* que:

“[...] A barganha posicional tensiona e por vezes destrói o relacionamento entre as partes.” (Fisher et al., 2005, p. 24 e 38-39)

Donde então cumpre indagar se, ao vencer-se uma lide jurídica, tendo como custo o definhamento da relação social subjacente, a pacificação pretendida através da tutela jurídica é alcançada ou se os objetivos socialmente almejados são realizados com o devido sucesso. Esta pacificação por meios destrutivos ou “defeitos procedimentais” (AZEVEDO, 2009, p. 34) termina por ser uma verdadeiro contra-senso, pois:

“[...] o ordenamento jurídico processual, que se dirige predominantemente à pacificação social, organiza-se, segundo a ótica de Morton Deutsch, em torno de processos destrutivos lastreados, em regra, somente no direito positivo. As partes, quando buscam auxílio do Estado para solução de seus conflitos, freqüentemente têm o conflito acentuado ante procedimentos que abstratamente se apresentam como brilhantes modelos de lógica jurídico-processual – contudo, no cotidiano, acabam por freqüentemente se mostrar ineficientes na medida em que enfraquecem os relacionamentos sociais preexistente entre as partes em conflito.” (AZEVEDO, 2009, p. 35-36)

Deste modo fica patente a necessidade de se resgatar as relações subjetivas dentro do contexto judicial, trazer de volta aquele componente da dignidade humana naquilo que diz respeito ao fortalecimento dos laços sociais, à solidariedade, pois a solidariedade é uma das matizes da dignidade:

“[...] O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (MORAES, 2006, p. 48)

E assim, possibilitar um resgate do humanismo nas relações jurídicas. Pois o procedimento lógico-racional sobre o qual o pensamento jurídico se estrutura, a subsunção da premissa maior que é a Lei aos fatos da vida das pessoas termina inevitavelmente por deixar de lado diversas outras questões não abarcadas por este silogismo, tais como valores, interesses e necessidades que não se enquadram nas categorizações simplistas da norma:

“Ao examinar quais fatos encontram-se presentes para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção) o operador do direito não pode mais deixar de fora o componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano.” (AZEVEDO, 2009, p. 36)

CAPÍTULO III - O PARADIGMA ADVERSARIAL E A NÃO EFETIVAÇÃO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

3.1 – A necessidade de uma nova abordagem em face dos preceitos constitucionais e a questão do acesso à justiça:

A dignidade da pessoa humana é a pedra angular sobre a qual se ergue todo o edifício jurídico e para onde convergem todos os direitos e garantias individuais, sociais ou coletivos (SILVA, 2005, p. 105). Fundamentos do Estado Constitucional Brasileiro, este Princípio dos Princípios requer, para sua concretude plena, um mínimo de pacificação social, pois não é possível ser digno em um ambiente de violência.

Por esta razão, com fundamento na busca pela harmonia social, que, desde o preâmbulo, a Constituição manifesta seu compromisso com a resolução pacífica das controvérsias, sendo naturalmente o Poder Judiciário o principal guardião desta função.

Acontece, porém, que a Carta Magna não concedeu exclusivamente ao Poder Judiciário esta tarefa de compor os conflitos e os cidadãos não são obrigados a recorrer unicamente a um terceiro poder para sanarem seus conflitos.

Quando se tem um interesse contrariado pode-se buscar uma das seguintes opções: **i** - o exercício legítimo das próprias razões, ou seja, conseguir o que se quer através das formas admitidas pelo ordenamento jurídico; **ii** - o exercício arbitrário das próprias razões, que seria obter o que se deseja por qualquer meio, ainda que em desrespeito à Lei; e **iii**, em substituição à opção anterior, recorrer-se ao Estado-Juiz para conseguir o que se pleiteia.

Assim sendo, se for estimulada a participação de um terceiro diferente do Estado para ajudar as pessoas a comporem suas disputas,

poderá se incrementar o exercício legítimo das próprias razões, e ao mesmo tempo declinará a procura pela opção substitutiva – judicial – embarreirando-se menos o acesso ao judiciário.

Desta forma, recorrer ao Estado para dirimir os desentendimentos passa a ser a última opção, somente após esgotados todos os mecanismos autocompositivos de resolução. Já que, a principal tarefa do Estado-Juiz é, pois, dirimi-los conforme o Direito, por força da exclusividade da Jurisdição Estatal.

Antes de explicitar o papel crucial da Mediação nesta busca pela efetivação, é de fundamental importância iluminar o caminho que vem sendo percorrido até o atual momento, conforme os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a evolução do acesso à justiça e a sua mudança de paradigma, chegando a um novo enfoque, que vislumbra também como solução a Mediação.

Sendo assim, a definição de acesso à justiça consiste na finalidade jurídica das pessoas reivindicarem seus direitos e resolverem seus litígios sob a égide do Estado. Contudo, este conceito teórico vem evoluindo com o tempo, atualmente falamos em justiça social, diferentemente dos séculos dezoito e dezenove em que se falava apenas em uma justiça formal, na qual esta só podia ser obtida por aqueles que tivessem condições financeiras para arcar com seus altos custos.

Com um novo olhar sobre os direitos humanos, estes ganharam conotação coletiva, abandonando a visão individualista da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, os direitos e deveres sociais passam a ganhar reconhecimento nas Constituições, o que representou um grande passo para a efetividade dos direitos proclamados. Esta nova visão dos direitos humanos permitiu que o acesso à justiça passasse a ser tratado como o mais básico destes direitos.

A procura por um efetivo acesso à justiça gerou soluções práticas, que são caracterizadas como as três ondas renovatórias: a assistência judiciária aos mais pobres, a representação jurídica para os interesses difusos e o novo enfoque de acesso à justiça.

A primeira onda de acesso à justiça consiste na assistência judiciária aos mais pobres, já que esta era dada apenas por advogados particulares, não alcançando a realidade de muitos da sociedade, logo uma das soluções primeiramente visualizadas foi a assistência jurídica gratuita, sem honorários, por estes advogados, o que claramente não funcionou por se dedicarem mais arduamente ao trabalho remunerado.

Com esta realidade, surge a necessidade de melhoria do Judiciário neste quesito, o que foi sendo buscado com a implantação do Sistema *Judicare* em países como a Áustria, Inglaterra, França e Alemanha Ocidental. O reconhecimento da necessidade de igualdade de tratamento fez com que surgisse a idéia de advogados particulares pagos pelo Estado, alterando apenas por quem os honorários seriam pagos. Contudo, o problema encontrado neste sistema é o fato de que “ não encoraja, e nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreenderem seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédio jurídico” (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 38).

Outra tentativa de resolução desta questão foi a criação de advogados remunerados pelos cofres públicos, diferentemente do anteriormente exposto, esta supera a solução para a questão do custo, mas também busca sanar os problemas gerados pela desinformação jurídica, já que auxilia aqueles em desvantagem financeira a reivindicar seus direitos, além de gerar advogados que lutam por esta classe. Porém, é claro que a primeira onda renovatória é limitada por se focar apenas na assistência judiciária, esquecendo-se que o acesso consiste em muitos outros objetivos a serem alcançados.

A segunda onda renovatória consiste na representação de interesses difusos, assim, como havia a concepção do processo como algo bilateral, os direitos de um grupo não eram bem recebidos pelo sistema vigente. Houve uma legitimação desses grupos, por assim dizer, a necessidade de criação de uma nova abordagem, procedimentos tiveram que ser alterados para assegurar os “direitos públicos” relativos a direitos difusos, como se referiu Professor Chayes, citado por Cappelletti e Garth no livro *Acesso à Justiça*, na página 38.

Quanto à terceira onda, cabe ressaltar “que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário” (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 70). Esta percepção da necessidade de uma abordagem original, no sentido de demanda por diferentes métodos para garantir um efetivo acesso, permitiu e vem permitindo mudanças no sentido de vislumbrar novas portas para atender cada tipo de litígio, respeitando assim, as suas especificidades.

Logo, quando há essa percepção da singularidade de cada disputa, há a valorização da importância dos métodos alternativos de resolução de conflitos, como a Mediação, que é abordada neste trabalho. Esta surge como uma das portas para sanar a presente questão sobre o acesso, já que observa a subjetividade das pessoas dentro de um conflito, além de, aparecer como uma das formas alternativas ao Judiciário.

Abordar a última onda renovatória nos remete à Mediação, pois as duas primeiras se preocupavam apenas em “encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados” (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 67). E esta terceira onda vem para ampliar os horizontes das duas primeiras, e assim, alcançar a efetividade tão almejada.

Assim, pode-se afirmar com base no acima exposto, que outra grave consequência da atual prevalência do paradigma adversarial consiste no não

atendimento ao princípio do pleno acesso à justiça, que nas palavras de Mauro Cappeletti e Bryant Garth:

[...] Pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. [...] O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELETTI & GARTH, 1988, p. 11 – 13).

Os autores acima citados, ao se referirem à terceira onda renovatória, após a superação das barreiras econômicas e de representação, tratam das reformas necessárias para superar alguns dos entraves burocráticos do acesso ao judiciário e tornar efetivos os direitos, sustentam que se faz necessário ampliar os meios de resolução e prevenção de desentendimentos:

“Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” Acesso à justiça, 67,68 (CAPPELETTI & GARTH, 1988, p. 67 – 68)

Por força deste princípio, os jurisdicionados poderão recorrer aos meios alternativos de resolução de conflitos, que seriam basicamente mecanismos compositivos diferentes do tradicional: recorrer à tutela judicial para resolver uma disputa. Estes meios alternativos são reconhecidamente uma das formas mais eficazes de serem superadas algumas das barreiras mais significativas no que tange à acessibilidade da prestação da Justiça, em sua mais ampla acepção (CAPPELETTI & GARTH, 1988, p. 3 e 4).

Não se deve olvidar que acesso ao judiciário é apenas uma das formas de acesso à justiça e não se confunde com esta. Esta busca é no sentido de se resguardar os direitos humanos, pois a Justiça é antes de tudo um Valor e um Horizonte a serem perseguidos por todas as sociedades democráticas, no sentido de possibilitar a todos os cidadãos o livre

exercício de seus direitos básicos e em sua impossibilidade, na capacidade de exigir do Estado, por meio do judiciário, que os resguarde e os assegure.

Neste sentido, se referindo mais especificamente à mediação de conflitos, o Ministro da Justiça Tarso Genro, no prefácio ao Manual de Mediação Judicial aduz o seguinte:

“O acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema, e, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas.

Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário como não apenas aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos pólos de uma relação jurídica processual – o usuário do poder judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados.” (AZEVEDO, 2009, p. 13)

Dentro do rol dos chamados meios extrajudiciais de resolução dos conflitos, a Mediação é o que oferece algumas das melhores ferramentas para a concretização dos direitos humanos, referentes a prestação jurisdicional justa como garantidora da Dignidade Humana e do direito a Solidariedade, principalmente no que tange ao restabelecimento dos laços sociais e à ampla satisfação que possibilita aos participantes¹.

Este senso de satisfação não pode ser deixado de lado, pois oferece indícios preciosos da qualidade do sistema como um todo. Neste sentido o seguinte trecho do manual de mediação judicial, citando os estudos de Deborah Rhode:

¹ O pleno acesso à justiça é reconhecido de fato como direito básico universal, conforme estabelece a declaração universal dos direitos humanos em seu artigo 8º:

“Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição

“Segundo a professora Deborah Rhode, a maioria dos estudos existentes indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo. Outra importante conclusão foi no sentido de que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas aumenta a percepção de confiabilidade (*accountability*) no sistema.” (AZEVEDO, 2009, p. 23)

A Mediação de conflitos muito contribui no sentido de dar aos usuários este senso de Justiça e satisfação com o procedimento, pois:

“Por meio da mediação, o conceito de Justiça apresenta-se em umas de suas acepções mais básicas: a de que a Justiça da decisão é um valor adequadamente estabelecido em razão de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios considerando o pleno conhecimento delas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, na mediação a Justiça se concretiza na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção de tal consenso e, tanto pela forma como pelo resultado, estão satisfeitas com seu termo. Constata-se de plano que, nesta forma de resolução de disputas, o polissêmico conceito de Justiça ganha mais uma definição, passando a ser considerado também em função da satisfação das partes quanto ao resultado e ao procedimento que as conduziu a tanto.” (AZEVEDO, 2009, p. 14)

Outra importante questão concernente aos trechos acima diz respeito à participação das pessoas nos processos de composição de conflitos. O atual modelo adversarial de resolução dos desentendimentos é nefasto à cidadania, pois desestimula os jurisdicionados a exercerem sua plena autonomia, no sentido de terem de recorrer ao Estado-Juiz quando, muitas vezes, poderiam resolver satisfatoriamente suas demandas de modo autônomo.

Este enfoque que hoje predomina, termina por levar a uma excessiva “judicialização das pretensões”, ou seja, a eleição do poder judiciário como o único canal possível para se obter a realização de direitos. As conseqüências disto são negativas, já que, além de levarem à demanda excessiva, e em função disto à lentidão e queda da qualidade da prestação jurisdicional, estimulam a dependência à tutela estatal, aumentando os

espaços para o arbitramento – ainda que judicial - ou seja, a tomada de decisões feitas por outra pessoa, em detrimento da autonomia individual e coletiva. E como já fora mencionado, este processo de judicialização, mina as bases de uma sociedade livre, democrática, participativa e plenamente republicana.

Urge então informar e estimular a sociedade para outras formas de exigir seus direitos, caminhos que valorizem um enfoque não adversarial, através do resgate ao valor do diálogo na busca por soluções; que propicie uma maior satisfação fortalecendo os vínculos sociais; que seja mais célere; e assim, finalmente conduza a uma democracia mais aberta e efetiva, realizando com sucesso os ditames maiores do valor da Justiça.

Um dos caminhos mais promissores para alcançar tais metas seria por via do estímulo à prática da Mediação de conflitos, porque esta manifestaria tais características necessárias à realização destes feitos.

O princípio republicano, tal como entendido na contemporaneidade, vai ao sentido de não apenas proporcionar como principalmente estimular plenamente a autonomia, ao mesmo tempo em que se espera reduzir ao máximo todos os espaços de arbítrio. Daí se definir também este Neo-Republicanism como sinônimo de não arbítrio ou manifestação da contestabilidade plena (BOBBIO & VIROLI, 2002, p. 09 e 114): “[...] *o republicanismo identifica a verdadeira liberdade na ausência de dependência da vontade arbitrária de um homem ou alguns homens*[...]”

Estas idéias se casam perfeitamente com aquelas das modernas teorias políticas a respeito do que seria hoje a democracia participativa, ou também democracia deliberativa (SOUZA NETO, 2006, p. 10). Nesta, os cidadãos são chamados a participar a todo o momento das decisões que os afetam (BOBBIO, 1992, p. 28), exercem com plena e total igualdade o direito de participar, por meio de suas próprias palavras e discursos.

A Mediação de Conflitos encarna perfeitamente estes ideais, como adiante será mostrado.

Se, como foi visto anteriormente, o Judiciário, ao tentar sanar uma disputa, acaba por acirrar as polarizações e desgasta as relações, pode-se claramente afirmar que a pacificação pretendida não foi alcançada, pois a resolução do conflito jurídico não implica necessariamente na resolução do conflito como um todo: a solução do problema objetivo que se manifestou no processo quase nunca resolve o problema subjetivo que deu causa ao litígio. Pelo contrário, como já fora visto, a solução da lide pode tender apenas a aumentar o conflito.

Ao se comprometer percorrer, desde o preâmbulo, a via da resolução pacífica das controvérsias como meio de se alcançar a Justiça e a Solidariedade, o legislador constituinte manifestou² de forma inequívoca que a pacificação pretendida não era meramente uma paz processual, mas sim, uma paz pós-litígio.

A paz que se busca tem uma meta clara: a fraternidade, e esta só é possível através da solidariedade:

“[...] O princípio da solidariedade [...] é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a Lei Maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós” (MORAES, 2006b, p. 178)

O que se quer é a construção de uma sociedade justa, livre e solidária³. E por *justa*, deve ser entendida aquela sociedade na qual exista a verdadeira satisfação com a resolução dos conflitos. Por *livre*, aquela em

² Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

³ Constituição Federal, ART 3º, III.

que haja autonomia para decidir seus rumos na sociedade e, por *solidária*, aquela onde os indivíduos já não se encaram como estranhos, pois não mais se sentem incompreendidos: mesmo havendo diferenças de percepção, prevalece o respeito mútuo e a idéia de se sentir co-partícipe de uma realidade maior, onde prevalecerá aquele entendimento na alteridade, sinônimo de tolerância, respeito e dependência recíproca.

Esta solidariedade, fruto do senso de justiça e do senso de participação, é que por sua vez renderá o fruto do senso de Fraternidade almejado pelo legislador constituinte, e abraçada por todos os povos na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, pois a solidariedade nada mais é que um meio termo entre a indiferença e a plena comunhão fraternal.

Para tanto, é preciso começar por se reatar os laços alquebrados e restabelecer a empatia. Não se fará isso através da idéia de réus ou autores, digna do paradigma litigioso reinante.

Para se construir uma sociedade verdadeiramente democrática, de cidadãos ativos, é fundamental lembrar-se constantemente de alguns ideais que permeiam o conceito de democracia. Norberto Bobbio, ao escrever a respeito do tema, depois de chamar a atenção para alguns destes ideais, como, por exemplo, a tolerância, a não violência e a renovação, destaca o ideal da fraternidade como meta a ser alcançada por toda sociedade que se pretenda democrática:

“[...] Em nenhum país do mundo o método democrático pode perdurar sem tornar-se um costume. Mas pode torna-se um costume sem o reconhecimento da irmandade que une todos os homens em um destino comum? Um reconhecimento ainda mais necessário hoje, quando nos tornamos a cada dia mais conscientes deste destino comum e devemos procurar agir com coerência, através do pequeno lume de razão que ilumina nosso caminho.” (BOBBIO, 1992, p. 39 – 40)

⁴ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS ART 1º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com **espírito de fraternidade**.(grifo nosso)

Mas a Mediação pode ser um dos caminhos para se alcançar este objetivo, ajudando a dirimir conflitos, melhorando ou resgatando relações, e assim, fortalecendo a solidariedade, e contribuindo para um maior senso de participação, protagonismo e comunhão de destinos.

CAPÍTULO IV - AS PROPOSTAS DA MEDIAÇÃO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

4.1 - O que é mediação? Característica e benefícios em relação a outros métodos:

Um conflito, quando eclode, pode ser sanado de diversas formas. As partes envolvidas poderiam seguir qualquer das entradas daquilo que é chamado de fórum de múltiplas portas de solução de conflitos (BARBOSA, 2003, p. 243). Tal resolução pode ser por via de métodos heterocompositivos, em que uma terceira parte com poder decisório impõe uma solução, como por exemplo, a arbitragem ou a decisão judicial; ou pelo método autocompositivo, em que as próprias pessoas buscam resolver por si mesmas a controvérsia, como por exemplo, a negociação ou a mediação.

A Mediação é espécie do gênero Negociação e, como tal, guarda características comuns, como a autonomia da vontade das partes e a busca por um entendimento construído. Contudo, possui muitas diferenças com as outras formas de resolução de conflitos.

Por exemplo, diferencia-se da arbitragem na medida em que não há por parte do terceiro participante a necessidade de decidir a demanda. A sua participação é apenas em facilitar os mediados a reverem suas posições iniciais e trabalharem na melhoria da comunicação. Em relação à Conciliação, diferencia-se na medida em que o acordo entre as partes deixa de ser o único objetivo, focalizando-se também na questão relacional. E, para finalizar, se distingue do procedimento puramente judicial por, entre outras razões, ter sempre em conta alcançar o benefício mútuo dos envolvidos.

A autonomia da vontade dos participantes não é apenas um requisito fundamental, mas também um verdadeiro princípio⁵ fundante de sua estrutura, sem o qual não se pode sequer pensar em Mediação. A liberdade de escolha se manifesta em todas as etapas do processo, desde a eleição do mediador para atuar no caso, passando pela participação na definição dos procedimentos, a identificação de múltiplas alternativas mutuamente benéficas e chegando por fim, à elaboração ou não de um acordo, com sua devida sustentabilidade, ou seja, um acordo eficaz, pois os próprios mediandos o elaboraram, o que permite uma maior adesão ao seu cumprimento ao longo do tempo.

Deve-se acrescentar, ainda, que o procedimento de Mediação é todo voluntário, podendo aos participantes abrir mão de prosseguí-lo a qualquer momento, respeitando a liberdade individual, valorizando-se a dignidade humana no que tange a autonomia na escolha dos rumos da própria vida, princípio basilar em um Estado Democrático de Direito.

A Mediação é uma negociação facilitada por terceiro (MYERS, 2000, p. 298-299):

“Os mediadores também ajudam a resolver conflitos ao facilitarem a comunicação construtiva. Sua primeira tarefa é ajudar as partes a repensarem o conflito e a adquirirem informações sobre os interesses da outra. [...] exortando as partes a porem de lado as exigências conflitantes e a pensarem, em vez disso, nas necessidades, interesses e objetivos fundamentais da outra parte [...]”.

Essa intervenção pode se dar em diversos níveis, desde a ajuda na busca por soluções, falando-se, neste caso, em Mediação Avaliadora ou Avaliativa, ou a partir da mera facilitação da comunicação entre os mediandos, tratando-se, então, da Mediação Facilitadora ou Facilitativa propriamente dita (AZEVEDO, 2009, p. 43). Sobre esse papel do mediador de desconstruir percepções e restabelecer a comunicação:

⁵ Regulamento modelo e Código de Ética do CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.

“[...] Nesse sentido, o mediador deve ser prestativo e acessível sem exercer pressões para demonstrar que na maior parte dos casos os interesses reais das partes são congruentes e que por falhas de comunicação frequentemente as partes têm a percepção de que os seus interesses são divergentes ou incompatíveis.” (AZEVEDO, 2009, p. 138)

Dentre alguns dos benefícios intrínsecos ao procedimento de Mediação, merecem destaque o empoderamento e a possibilidade de se administrar sentimentos e reatar relações rompidas, conforme aduz o Manual de Mediação Judicial (AZEVEDO, 2009, p. 56 – 57):

“A mediação deve considerar aspectos emocionais durante o processo e ao mediador não caberá decidir pelas partes, mas conduzi-las a um diálogo produtivo, superando barreiras de comunicação, a fim de que as partes encontrem a solução.”

Cabe salientar que não é recomendada para todos os tipos de casos. Inicialmente, ela seria ideal apenas para casos onde pudesse ser feita transação e, por isso, não caberia naqueles que envolvam direitos indisponíveis, ou que dependam expressamente de provimento jurisdicional como, por exemplo, falências ou casos de interdição.

Mas se ressalte que mesmo assim, existem exceções: situações que dizem respeito à paternidade, que é um direito indisponível, podem ser objeto de mediação desde que as partes concordem.

Sobre estas especificidades de cada um dos métodos de resolução, Fernanda Medina Pantoja, aduz que:

“[...] O processo judicial se revela, por exemplo, extremamente eficiente para decidir questões que envolvam direito indisponíveis, ou para resolver litígios em que haja desequilíbrio de poder entre as partes; a arbitragem de um especialista pode ser o método ideal para responder a questões de especificidade técnica; a conciliação no curso do processo é mais indicada para dirimir conflitos derivados de uma relação descartável; e a mediação é capaz de lidar eficientemente com matérias de cunho emocional.” (PINHO, 2008, p. 207)

4.2 - Aportes Teóricos

Seguem algumas considerações sobre os fundamentos e técnicas da Mediação, segundo alguns dos principais modelos teóricos que embasam a prática:

O mediador deve ser capaz de ajudar as pessoas a olharem o problema de forma mais objetiva e impessoal (Fisher et al., 2005, p. 35), separando a questão substantiva em si do relacionamento subjacente. Para tanto, este profissional deve ser capaz de fazer com que as partes desviem o olhar de suas percepções distorcidas, saiam de suas posições iniciais polarizadas e identifiquem os interesses mútuos.

Deve também trabalhar no sentido de (i) incrementar a qualidade da comunicação entre os participantes, cujas falas devem ser claras e a escuta ativa; (ii) ajudá-las a estabelecer empatia, a partir do convite a se visitar o lugar do outro; (iii) estimulá-las a buscar critérios objetivos de negociação e a visarem sempre o benefício mútuo.

Estes são alguns dos principais aportes teóricos do método linear da Escola de Negociação de Harvard, modelo este que é considerado o pioneiro nos estudos de Mediação e que teria como uma de suas características principais estar direcionado para o acordo.

O profissional de Mediação deve, no modelo conhecido como *circular-narrativo*, por meio de perguntas intencionais, buscar desconstruir ou desestabilizar o conflito e, a partir disto, reconstruir as narrativas. É dito circular, pois busca visualizar o conflito por inúmeros aspectos, a partir de várias perspectivas, adotando uma visão mais sistêmica de toda a relação conflituosa, e também porque o encara de uma forma não linear, que se desenvolve circularmente, com avanços e retrocessos, podendo se retroalimentar constantemente (VASCONCELOS, 2007, p. 82-84).

A meta seria a de reverter a espiral do conflito e desconstruir todo o seu percurso de crescimento. Dentre as principais técnicas, estão as que buscam o desenvolvimento de um espírito de co-laboração, de co-operação; o estímulo ao protagonismo, a fim de que as partes encarem o problema lado a lado e busquem em suas histórias de vida situações e fatos que os ajudem a lidar com o desentendimento atual; o uso de resumos com conotação positiva, para fazer com as partes reavaliem o modo de perceber os acontecimentos pretéritos; e também a utilização de uma equipe reflexiva, que ajuda a conferir uma espécie de retorno narrativo alternativo tanto para os mediandos como também para o mediador.

No modelo de mediação dito transformador, a principal tarefa dos mediadores seria dotar os mediandos daquilo que se chama de empoderamento que consistiria, nas palavras de Andre Gomma:

“[...] Empoderar uma parte é fazer com que ela adquira consciência das suas próprias capacidades e qualidades [...]” (AZEVEDO, 2009, p. 145)

Desse modo, encorajando as partes a observarem a situação até então experimentada como de natureza conflitiva de outras formas, o mediador as ajuda a redescobrir por si mesmas a sua capacidade de lidar com o problema e readquirir autonomia, reconstruindo-se sua autoestima e aumentando seu protagonismo.

Com este objetivo, deverá empenhar-se para desconstruir nos participantes as idéias de vitimização, substituindo-as por uma postura pró-ativa. As pessoas envolvidas em conflitos muitas vezes sentem que ele as transcende ou as envolve da tal forma que as leva a considerarem-se vítimas das circunstâncias ou das atitudes de outrem (ROSENBERG, 2006, p. 9). Isto termina por anuviar a responsabilidade pessoal que cada um tem pela situação vívida e, sem se conceber esta responsabilidade, não se torna possível que se visualize a potencialidade de modificar a conjuntura problemática.

Assim, o que se busca é que se localizem claramente as causas que conduziram a situação até o conflito, as responsabilidades individuais, os aspectos positivos da relação no seu passado e a potencialidades e ganhos embutidos no mesmo, ressaltando sempre seu lado benéfico e com enfoque prospectivo, buscando soluções criativas e não simplesmente reativas.

Compreendida nesta noção de empoderamento está a maior contribuição da Mediação para o desenvolvimento da concepção de cidadania, a ser detalhada mais adiante.

Ao permitir e legitimar que as pessoas sejam capazes de auto gerir sua existência e resolverem seus conflitos sem necessitarem de ajuda externa. Também se verifica aqui a importância desta noção para minimizar aqueles obstáculos do acesso à justiça que dizem respeito à imensa demanda, pois, se as pessoas puderem administrar por si próprias os conflitos, recorrerão menos ao Judiciário, que poderá voltar suas atenções aos casos em que a solução consensual não seria possível.

Ao se trabalhar no sentido de se obter esta capacitação das partes, busca-se que as mesmas transformem seus pontos de vista, com a colaboração do mediador, para reconhecerem e identificarem os interesses comuns, na busca pelo entendimento. Segundo Vasconcelos, na Mediação Transformativa ou Transformadora, o mediador vai trabalhando:

“[...] por intermédio do apoio a processos mentais e emocionais dos próprios mediados em direção ao esclarecimento e à tomada de decisões. [...]”
(VASCONCELOS, 2007, p. 86)

Aliada a este empoderamento está a aptidão de se conectar empaticamente com o outro lado, de visualizar a situação sob o seu ponto de vista. O mediador deve constantemente estimular esta atitude integradora. É dita transformativa, pois tem o objetivo de transformar um conflito que se degenera em destrutivo para um de natureza construtiva.

Através desta empatia, ou reconhecimento co-adquirido, busca-se então explorar mais ainda o enfoque relativo, pois se reconhece que é só por meio do relacionamento que existe a diferença, e nesta diferença esta o núcleo da auto-afirmação ou identidade. Assim sendo, esta transformação se fia a uma ética de alteridade:

“[...] Essa Ética de alteridade incide sobre um fenômeno circular e dialético, que nasce da relação, substancializa-se pela autodeterminação e se integra, construtivamente, pelo reconhecimento” (VASCONCELOS, 2007, p. 87)

Os mediadores poderão, ainda, segundo este modelo, para obter as transformações, buscar os seguintes aspectos sistêmicos dentro dos relatos.

As *conexões*, tendo em vista que os conflitos sempre são parte de um padrão maior, por sua vez inserido em uma rede de padrões: o conflito é um episódio na história de uma relação.

Depois, necessitam buscar as *regras internas* destes padrões, seus movimentos interiores, os códigos internos de cada disputa.

Precisam identificar, em terceiro lugar, o *contexto* dentro do qual o conflito eclodiu e atentar para a estrutura que está por trás.

Deve ver as *interações* por trás das ações, ver sua interligação.

E, por fim, entender que os *eventos* de um sistema de relações são cíclicos e reflexivos, não respeitando uma causalidade linear (VASCONCELOS, 2007, p. 87 – 88).

É importante salientar que estes dois últimos modelos são diferentes do primeiro, já que valorizam antes de mais nada a busca pelo entendimento através do fortalecimento das relações subjacentes às questões substanciais que fizeram nascer o desentendimento. São, por isso, considerados modelos potencialmente mais profícuos para questões que envolvam conflitos com intensidade emocional maior.

Em todos os modelos acima referidos, a construção da empatia é tida como peça central na resolução do conflito e na busca por um entendimento.

Por este motivo, serão destacados alguns breves comentários adicionais a seu respeito.

4.3- A EMPATIA:

Quando ocorrem os conflitos, muitas vezes os envolvidos na disputa se sentem atacados ou ameaçados pelas atitudes ou pretensões do outro lado, ou ainda se sentem incompreendidos. Resulta disto uma tomada de comportamentos mais defensivos, fechados, de autoproteção (BUSH & FOLGER, 1996, p. 140). Conseqüentemente, esta autodefesa bloqueia a capacidade de se enxergar além de suas próprias perspectivas e necessidades, levando então a atitudes de desconfiança ou de hostilidade.

Para que o entendimento se manifeste torna-se então necessário desconcentrar a atenção dos envolvidos exclusivamente em si próprios e passar a incluir o outro, se sensibilizando também com a sua situação. É essencial, portanto desenvolver-se a empatia ou reconhecimento:

“A Empatia é a compreensão respeitosa do que os outros estão vivendo.”

(ROSENBERG, 2006, p. 9)

“[...] A marca do reconhecimento é o apartar-se – ainda que seja breve ou parcialmente – da concentração em si mesmo para interessar-se pela perspectiva da outra parte como tal, para preocupar-se com a situação do outro como semelhante humano, não como um instrumento para satisfazer as próprias necessidades.” (BUSH & FOLGER, 1996, p. 152, tradução nossa)

A empatia é de vital relevância, pois contribui significativamente para a superação dos posicionamentos iniciais.

“A capacidade de ver a situação como o outro lado a vê, por mais difícil que seja, é uma das mais importantes habilidades que um negociador pode possuir” (Fisher et al., 2005, p. 41)

O mediador deve, sempre que útil, convidar os mediados a visitarem o lugar do outro. Ao fazer isso, permite que cada um tome conhecimento das necessidades do outro e permite também, uma mudança de percepções fundamental para que se possa enxergar onde estariam os interesses comuns e conciliáveis. A empatia fortalece assim naturalmente o senso de compaixão dos envolvidos (BUSH & FOLGER, 1996, p. 142), e possibilita igualmente uma maior solidariedade.

Não se olvidando que, a empatia e o reconhecimento são pressupostos necessários para a construção da tolerância em uma sociedade pluralista. E sem tolerância não seria possível falar em solidariedade e menos ainda em fraternidade.

O objetivo deve ser então o de propiciar, por meio da identificação empática, que uma pessoa possa reconhecer as necessidades e preocupações da outra, para além das suas próprias. Para assim, se relacionar de forma muito concreta com aquilo que o outro possui de humano (BUSH & FOLGER, 1996, p. 144).

A empatia ou reconhecimento podem se manifestar em termos práticos de diversas formas: percebendo-se que pode ter havido um equívoco na interpretação dos fatos; concedendo aos outros o benefício da dúvida; pedindo-se desculpas; reconhecendo a contingência de uma atitude supostamente desabonadora; a renúncia espontânea à sua própria visão da situação; se propõe mudanças na conduta; desejo de experimentar o que o outro está sentindo; entre outras possibilidades (BUSH & FOLGER, 1996, p. 140 – 144).

Tendo isto em vista, o profissional de Mediação poderá utilizar técnicas comunicativas que melhorem ou aperfeiçoem esta compreensão

mútua, solicitando às partes que se expressem em termos de sentimentos e necessidades (ROSENBERG, 2006, p. 26), desconstruindo julgamentos e preconceitos. A empatia permite um relaxamento das tensões, quando as pessoas podem finalmente se sentir compreendidas e escutadas.

[...] Para realizar esta tarefa, deve estar preparado para suspender o julgamento enquanto “experimenta” as visões deles. [...]” (Fisher et al., 2005, p. 41)

É dever do mediador possibilitar que isto aconteça, sabendo que a compreensão intelectual não ajuda no processo, e que a empatia verdadeira requer que haja a presença e a abertura para o que a outra pessoa está sentindo.

“[...] O que é essencial é nossa capacidade de estarmos presentes em relação ao que realmente está acontecendo dentro da outra pessoa – em relação aos sentimentos e necessidades únicos que uma pessoa está vivendo naquele mesmo instante” (ROSENBERG, 2006, p. 177)

A empatia também não se confunde com dar conselhos ou oferecer ajuda:

“Em vez de empatia, tendemos a ter uma forte tendência em dar conselhos ou encorajamento e de explicar nossa própria posição ou sentimento. A empatia por outro lado requer que se concentre plenamente a atenção na mensagem da outra pessoa. [...] Acreditar que temos que consertar situações e fazer os outros se sentirem melhor impede que estejamos presentes. [...] O ingrediente chave da empatia é a presença: estamos totalmente presentes com a outra parte e com aquilo que ela está passando [...]” (ROSENBERG, 2006, p. 133 - 136)

Mais uma vez se nota como a Mediação de Conflitos, ao estimular e desenvolver a alteridade e a empatia pode contribuir muito para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, de acordo com os ditames constitucionais.

Pois se os indivíduos puderem perceber melhor os sentimentos, percepções e necessidades alheios, estará sedimentado o terreno para que se

fortaleçam os vínculos sociais e a capacidade de se solidarizar com seus concidadãos. E desta forma, juntos caminharemos no sentido de construir uma sociedade onde prevalece o senso de cooperação e interdependência.

É claro que esta transformação que se opera por via do reconhecimento empático vai além do procedimento de Mediação, dando frutos em outros aspectos do social (BUSH & FOLGER, 1996, p. 147). O mesmo se verifica em relação ao empoderamento, como se verá adiante.

CAPÍTULO V - O PAPEL DA MEDIAÇÃO NA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA ADVERSARIAL

5.1 A transformação dos conflitos por via da revalorização dos aspectos subjetivos

Antes de ser abordado especificamente o papel da Mediação como um dos mais promissores caminhos para a construção de uma mentalidade jurídica não dualista e construtivista, vale destacar mais algumas notas daquilo que Morton Deutsch classificou de conflitos construtivos:

“Seriam aqueles em razão dos quais as partes concluiriam a relação processual com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa. Para esse professor, processos construtivos caracterizam-se: *i*) pela capacidade de estimular as partes a desenvolver soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; *ii*) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (*e.g.* magistrado ou mediador) a motivar todos os envolvidos para que *prospectivamente* resolvam as questões sem atribuição de culpa; *iii*) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses; e *iv*) pela disposição das partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes. Em outros termos, partes quando em processos construtivos de resolução de disputas concluem tal relação processual com fortalecimento da relação social preexistente à disputa e, em regra, robustecimento do conhecimento mútuo e empatia.” (AZEVEDO, 2009, p. 34)

Ela se apresenta, portanto, como uma das melhores formas de possibilitar que desentendimentos que caminham para se tornarem destrutivos voltem a se tornar construtivos, pois permite que a interação entre as pessoas possa ser resgatada, ainda que em outros termos, através da compreensão mútua que cada uma faz dos sentimentos e necessidades da outra, por uma *melhoria ou facilitação da comunicação*, e chegando-se, enfim, a um reenquadre da percepção que seria desta vez uma realidade co-construída.

A Mediação opera este feito através do trabalho na comunicação entre os mediandos. E ao se restabelecer este canal, desenvolve-se a pauta subjetiva, que diz respeito aos valores, sentimentos e necessidades; passando-se então a iniciar a fase de negociação com a análise da pauta objetiva, que remete ao problema substantivo propriamente.

Primeiro trabalha-se a despersonalização do conflito, separando as pessoas do problema, já em um primeiro esforço de salvaguardar a relação subjacente ao embate (Fisher et al., 2005, p. 35). Os participantes devem enxergar a situação da maneira mais objetiva possível, em um processo criterioso de observação.

É de grande importância que a observação seja isenta de julgamentos, pois, quando se combinam as duas coisas - o que é muito natural em uma situação de conflito -, a outra parte encara esta observação-avaliação como um julgamento moralizador ou uma crítica. E isto, como seria de se esperar, apenas acirrará os ânimos dos envolvidos e bloqueará a comunicação (ROSENBERG, 2006, p. 57).

Em seguida, parte-se para a narrativa das histórias, oportunidade em que o mediador buscará ajudar as pessoas a saírem de seus posicionamentos unilaterais, a partir da identificação dos sentimentos, valores, necessidades e interesses por detrás destas posições, tornando-os claros para os envolvidos.

Por meio de perguntas revestidas da intenção de desconstruir a visão conflituosa, abordará causas e responsabilidades individuais e resgatará aspectos positivos do passado da relação, fazendo uso de resumos com conotação positiva, fixando tais aspectos. O que se quer neste ponto é circular o problema substancial e ver toda a rede de complexidades na qual se desenvolveu.

Parte-se, então, para o estabelecimento da conexão empática entre os mediandos. Fazendo com que visitem o lugar do outro e assim, observem a

situação sob o seu ponto de vista, a partir de seus sentimentos, interesses e necessidades, se busca alcançar definitivamente a saída dos posicionamentos unilaterais e da postura adversarial, revertendo, se for o caso, todo o escalonamento da disputa para a convergência rumo ao entendimento e soluções de benefícios mútuos.

Para se chegar neste ponto, deve-se ter estabelecido ao longo da Mediação a autonomia e a responsabilidade das partes, assim como a sua capacidade de transcender à situação.

Este empoderamento é o que permite que se estabeleça o reconhecimento com as visões do outro lado, e a partir disto, a construção criativa de uma solução de mútuas vantagens, que considere os interesses de ambos os envolvidos. Neste ponto, se usam com preferência critérios objetivos, que não têm vinculação direta com a pretensão de cada uma das partes envolvidas.

5.2- A mediação e sua contribuição para uma nova cidadania através do empoderamento

Um dos objetivos da Mediação de Conflitos consiste em estimular nos participantes aquilo que se denominou de “Empoderamento” ou “Revalorização”, ou seja, a capacidade de restabelecer o senso de poder e valorização pessoal dos envolvidos em um conflito. Sendo assim, quando se está em uma disputa, ocorre que muitas vezes as pessoas experimentam uma diminuição de sua organização psicológica interior, ficando temerosas, confusas, desestruturadas ou inseguras, em relação ao que devem fazer (BUSH & FOLGER, 1996, p. 135). Nesta linha:

“[...] Se alcança o Empoderamento quando as partes em disputa realizam a experiência de uma consciência mais sólida de sua própria valia pessoal e de sua própria capacidade para resolver as dificuldades que as afrontam, sejam quais

forem às restrições externas”. (BUSH & FOLGER, 1996, p. 134, em tradução nossa).

Esta forma de composição busca resgatar esse senso de orientação por meio do restabelecimento da calma, da clareza mental e da autoconfiança, alcançando assim um poder decisório capaz de ajudá-las a re-assumirem o controle da situação.

O mediador deve estimular o ressurgimento deste empoderamento através das seguintes atitudes: i) possibilitar uma compreensão mais clara do quê é realmente importante e do porquê, tendo em vista a situação anterior; ii) a compreensão clarificada de metas e desejos, bem como dos interesses realmente envolvidos na situação dada, e também do porquê de persegui-los; iii) permitir a visualização de alternativas para se alcançar tais metas; iv) ajudar a desenvolver uma maior capacidade comunicativa, através da escuta ativa e da comunicação clara; v) auxiliando no sentido de se obter a noção clara dos recursos disponíveis e o modo de redistribuí-los diante da demanda conflituosa; vi) quando estimula a reflexão, deliberação e tomadas de decisões conscientes e autônomas; vii) quando instiga a análise das qualidades e debilidades dos próprios argumentos suscitados pelas partes; viii) e quando estimula a apreciação crítica da situação, das possíveis soluções e alternativas, entre muitas outras possibilidades (BUSH & FOLGER, 1996, p. 135 – 138).

Deste modo, desenvolve-se nas pessoas o senso de autodeterminação e autonomia, capacitando-as a resolverem suas questões pessoais sem necessitarem recorrer a agentes externos. Resgata-se também o senso de responsabilidade pelos acontecimentos da própria vida e pela influência que se exerce na dos outros.

Esta responsabilidade se origina de uma liberdade: quando se verifica que se tem a capacidade-liberdade de se impedir ou modificar as causas que originaram uma situação conflituosa, nasce naturalmente um

senso maior de protagonismo. E tal acontecimento tem grandes implicações para além da esfera individual (BUSH & FOLGER, 1996, p. 139).

Este senso de protagonismo desde logo se transformará em senso de participação, já que a partir da realização do *reconhecimento* de que a situação conflituosa é conjuntamente construída, e de que a sua transformação, ou seja, a solução do conflito, depende de uma tomada de atitudes conjuntas, desenvolve-se um juízo de pertencimento que muito contribui para o desenvolvimento de uma cidadania ativa.

Pois agora já há uma maior conscientização sobre o papel que cada um poderá desempenhar quando tiver que resolver suas disputas, não só trans-individuais como também coletivas. As pessoas descobrem então, que através da Mediação os conflitos poderão ser solucionados por via de uma comunicação eficiente, por meio do dialogo. Já não necessitam de uma terceira pessoa para assisti-las ou decidir por sua conta.

Desta forma, por exemplo, os membros de uma comunidade desassistida poderão, através deste empoderamento, desenvolverem a autonomia necessária para buscarem por si próprios as soluções para os problemas que os afligem, sem dependerem da vontade política dos governantes. Mas, sendo este o caso, poderão desenvolver um maior poder de negociação para pleitear, sem necessariamente ter que recorrer à tutela judicial para o atendimento da demanda.

Esta revalorização do poder do diálogo para solucionar conflitos é característica daquela forma de democracia conhecida como deliberativa, onde todos podem participar com igual voz e vez de todos os processos decisórios.

Neste sentido, a Mediação e as suas características representariam aquilo que ficou conhecido como a “situação ideal de fala”, onde todos os envolvidos em uma deliberação ou discussão podem participar livremente delas e produzir afirmações, expressando suas opiniões, desejos e

necessidades e onde nenhum dos participantes da discussão poderá sofrer qualquer tipo de coação que vá de encontro a esta manifestação desimpedida do discurso (SOUZA NETO, 2006, p. 10).

Desta forma, resta clara uma abertura com vistas a uma maior solidariedade e no rumo de uma democracia mais participativa. A Cidadania, como entendida modernamente⁶, é pressuposto da Dignidade Humana: só pode ser digno aquele que possui uma voz, que possui direitos e sabe como pleiteá-los. A Mediação visa desenvolver este senso de pertencimento social, reflexivo e pró-ativo. Ampliar a capacidade de se buscar as causas que originaram uma situação, visualizar suas conseqüências e questionar como e por que poderia ser diferente.

Revalorizar a dignidade, por via do empoderamento, é o caminho para se possibilitar um maior acesso à Justiça, aqui entendida como o *valor* jurídico, aquele que diz respeito à satisfação das pessoas com o sistema em que estão inseridas, e do qual, doravante, se sentem participantes.

5.3- A MEDIAÇÃO JUDICIAL

Uma questão que se coloca, então, seria a de como possibilitar que a Mediação de Conflitos alcance estes objetivos. A forma ideal seria através da construção de uma cultura cidadã, onde as práticas autocompositivas de resolução de conflitos seriam um dos canais de engajamento e participação, no caminho rumo a uma sociedade mais democrática.

Mas, enquanto tal contexto não é possível, ou ainda não se alcança este ponto, tendo em vista principalmente a atual prevalência do paradigma adversarial, um caminho seria o estímulo à prática da Mediação em âmbito judicial, em concomitância ao desenvolvimento das formas extrajudiciais de Mediação.

⁶ Ver a este respeito os seguintes autores, entre outros: Philip Pettit, Quentin Skinner e Maurizio Viroli

A Mediação Judicial, na forma como está prevista no projeto de Lei a respeito do tema,⁷ poderá ser prévia ou incidental, versando sobre todo o conflito ou apenas parte dele.

Esta espécie do gênero naturalmente deverá respeitar e consagrar os princípios e metas do instituto, como, por exemplo, a autonomia de vontades, a preservação dos relacionamentos e o desenvolvimento de empatia e do empoderamento.

Desta forma, se tem a um só tempo a possibilidade de serem reequilibradas as relações e desarmadas as polarizações, ou seja, permite uma nova percepção que inclua a outra parte de um modo não adversarial. A Mediação Judicial se mostra a oportunidade adequada para se restabelecer a comunicação entre os envolvidos, sem apegos à linguagem opositiva que envolve o litígio jurídico.

Ao mesmo tempo em que pode ser alcançada uma solução justa e efetiva, a Mediação Judicial contribui para a redução das causas que dependerão realmente de uma decisão judicial e possibilita um maior senso de satisfação por parte daqueles que procuram o Poder Judiciário. Esta modalidade é sem dúvida mais um passo na caminhada rumo a um maior acesso à justiça

Afinal, a busca pela tutela jurisdicional é emblemática no sentido da situação escalonada em que já se encontra o embate. As partes só querem a adjudicação, pois já não vislumbram outra forma de se alcançar entendimento uma com a outra.

A Mediação Judicial poderá ser, portanto, esta outra forma de encarar a situação e se resolver o problema, já que o que se quer no mais das vezes é que o conflito encontre uma solução, e tal solução não precisaria ser necessariamente jurisdicional. É a falta de conhecimento

⁷ PROJETO DE LEI Nº 4.827/1998

sobre as outras formas de resolver conflitos que leva na maior parte das vezes as pessoas a recorrerem ao Judiciário.

Portanto, a Mediação realizada em âmbito judicial poderia ser este primeiro contato com outros meios de se alcançar a composição, com a vantagem de se poderem recuperar relacionamentos e se proporcionar benefícios mútuos, ao mesmo tempo em que se desenvolvem a autonomia, o empoderamento e a conscientização cidadã, como já fora visto anteriormente.

É muito importante que este trabalho seja realmente comprometido com o empoderamento e o desenvolvimento da autonomia das pessoas. Pois o que se deseja, tendo em vista o ideal da cidadania, é que os envolvidos aprendam a compor seus problemas sem necessidade de se recorrer a uma terceira parte, quer seja conciliador, mediador ou juiz.

Se tal não ocorrer, acontecerá que as demandas judiciais apenas mudarão de endereçamento: da mesa do juiz para a mesa de Mediação, e a super demanda da justiça permanecerá. Deve-se então capacitar às pessoas a não só comporem por si mesmas os conflitos como também a preveni-los.

Este trabalho essencialmente pedagógico da Mediação de Conflitos poderá ser em grande parte protagonizado pela Mediação Judicial, em uma espécie de primeira etapa antes de se construir uma cultura de pacificação e entendimento por via de diálogos não adversariais.

CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico procurou-se demonstrar como um conflito nasce e se desenvolve a partir da oposição de valores, sentimentos e necessidades. E, a partir disto, realizando-se uma das percepções singularizadas da realidade que se reflete em uma comunicação ineficaz, estabelecem-se aquilo a que se denominou de *posicionamentos*, ou seja, o apego excessivo aos próprios argumentos e visões, terminando por produzir a polarização do conflito.

Esta polarização, por sua vez, quando o conflito não é resolvido, tende a se acirrar, produzindo uma espécie de escalada que leva no mais das vezes à degeneração da relação social subjacente. O esmaecimento dos laços sociais por força da carga emocionalmente negativa e do desgaste de uma situação de desentendimento é a principal consequência dos desentendimentos ditos destrutivos.

Contudo, os conflitos não são fundamentalmente negativos. Pelo contrário, são um produto natural e necessário ao convívio social, possibilitando, quando bem administrados, uma importante oportunidade de aperfeiçoamento pessoal e profissional. E, da mesma forma, as disputas coletivas, em uma perspectiva mais ampla, podem ser a reafirmação de uma ética social de tolerância, integração e solidariedade.

Possuem então esta característica: por trazerem sempre uma espécie de oposição, permitem que sejam reavaliados os valores e as escolhas e, quando necessário, sejam readequadas ou modificadas as visões de mundo para contemplar uma forma antes não vislumbrada. Além disso, um conflito pode ser a forma de se desenvolver uma maior autonomia, por força da revalorização da capacidade decisória e criativa das pessoas envolvidas, ou

seja, por meio de seu *empoderamento*. Este empoderamento possibilita, por sua vez, que as pessoas passem a ter uma maior abertura para conhecer a perspectiva uma das outras, por via do reconhecimento empático. Desta forma, se descobre que as antinomias não são absolutas, que há sim interesses por de trás das posições que podem ser reconhecidos como convergentes ou passíveis de compatibilização.

O estímulo à mudança de percepções e atitudes, o desenvolvimento de um maior senso de autonomia, a valorização da empatia e a busca pela integração de interesses conduzem, por seu turno, a um fortalecimento das relações sociais ou, pelo menos, a um não esmaecimento dos laços por força das distorções ocasionadas pelo embate. De tal forma que, possuindo estas características, um conflito pode vir a ser considerado como de natureza construtiva.

O caminho natural para que se dirima um desentendimento dentro de um Estado Democrático de Direito é por via do Poder Judiciário. Cabe ao Estado-Juiz a função jurisdicional, isto é, de dizer o Direito conforme a legislação aplicável ao caso concreto – princípio da subsunção. Contudo, esta via de resolução de controvérsias termina não sendo a mais adequada para aqueles que a buscam em algumas situações, por força de sua intrínseca objetividade, especialmente aquelas em que há uma relação de interdependência que se prolonga no tempo. Além do que, existe a questão da não satisfação com os resultados, a demora ou ainda o desgaste que provoca. Sem com isso deixar de ser o Judiciário o meio mais adequado para muitas outras situações.

Além do que, o modo como o processo judicial se estrutura apenas contribui para a polarização dos desentendimentos, pois é focado quase que exclusivamente nas questões objetivas que são trazidas pelas partes - lide

jurídica -, sem atentar para todo um universo subjetivo em que se encontra inserida e delimitada - lide sociológica.

Porém, ignorar ou pouco trabalhar esta questão subjetiva acaba por trazer conseqüências vitais no que diz respeito ao pleno acesso à Justiça, entendendo este em sentido amplo, como pressuposto da Dignidade Humana. Já que, só é possível ter uma existência digna se se puder contar com um aparato judicial que, além de eficiente, é considerado justo, no sentido de assegurar direitos e solucionar disputas. E, em conjunto, se poder contar com outros meios de obter esta eficiência e justiça, tal como o estímulo às formas alternativas de resolução de conflitos, dentre as quais se inclui a Mediação.

Ao priorizar o problema objetivo ao invés do enfoque relacional, o processo judicial termina por estimular a degeneração do conflito e, ao fazê-lo, prejudicam-se as relações sociais, desestimula-se a solidariedade, perdem-se oportunidades de se desenvolver a autonomia e conjuntamente, a cidadania. Desta forma, os jurisdicionados deixam de ter assegurado o seu amplo acesso à Justiça tal como pretende a Carta Magna e os tratados internacionais relativos aos Direitos Humanos.

A superestima ao paradigma litigioso-adversarial se evidencia nos dias de hoje pela elevadíssima demanda aos tribunais, prejudicando ainda mais o acesso à Justiça. Tal prejuízo, também se evidencia pelos seguintes aspectos: o desgaste das relações sociais e em conseqüência disto a não construção de uma cultura de paz, tal como é o desejo do constituinte; o não atendimento a um devido processo legal, tendo em vista que este conceito envolve também um senso de satisfação e justiça que o atual modelo não proporciona; e o não atendimento ao preceito da Dignidade Humana no que tange a formação de cidadãos ativos e participativos de uma sociedade solidária que almeja a fraternidade.

A Mediação de Conflitos pretende superar estes problemas principalmente por meio do resgate do enfoque relacional e da atenção às questões subjetivas. De tal forma que aqueles que participam desta sentem que a um só tempo puderam não apenas solucionar o problema substantivo, que se materializou em uma lide, como também puderam de alguma forma aprimorar o relacionamento com a outra parte envolvida.

A Mediação busca operar este propósito principalmente a partir da desconstrução das percepções conflitantes e do incremento da questão da comunicação. As principais técnicas se utilizam de perguntas intencionais que desconstruem a narrativa conflituosa, buscando despersonalizar o conflito, de modo a preservar a relação subjacente e também o desenvolvimento da empatia e do senso de empoderamento, tudo com vistas a identificar interesses mútuos que poderão ser conciliados em detrimento dos posicionamentos unilaterais, e sempre com um enfoque prospectivo e criativo na busca pelas soluções.

Esta forma de resolução de conflitos tem como uma de suas principais vantagens o fato de possibilitar um maior desenvolvimento da noção de cidadania, pois estimula, através do empoderamento, o surgimento de um senso crítico e auto-reflexivo, por meio do qual, a partir da autonomia, se redescobre a capacidade de se gerir as disputas com as outras pessoas, sem necessariamente se submeter ao poder decisório de uma terceira parte. As pessoas assim “empoderadas” podem ser protagonistas de mudanças em seus relacionamentos e mais ainda em seus contextos sociais coletivos, tendo em vista o desenvolvimento da capacidade de buscar as causas e soluções dos problemas que as atingem de forma mais consciente e focada.

Além disto, a partir desta revalorização ou empoderamento, também propicia que as pessoas se tornem mais abertas a incluir a percepção de

mundo das outras, por força do desenvolvimento da empatia. Quando esta questão é trabalhada, desenvolve-se com naturalidade um sentimento maior de participação em um contexto social mais amplo, ou seja, em uma relação, e assim, se redescobrem as responsabilidades e possibilidades de cada envolvido.

Esta constatação das responsabilidades, possibilidades, sentimentos e necessidades, que o desenvolvimento da alteridade provoca, traz como conseqüência natural um senso maior de participação no incremento do contexto interpessoal, resgatando o valor dos relacionamentos e, assim, fortalecendo um senso de colaboração e solidariedade.

Estes dois resultados da Mediação, o empoderamento, que estimula o desenvolvimento da cidadania ativa, e o reconhecimento empático, que fortalece laços sociais e desenvolve a solidariedade, estão de acordo com as idéias mais avançadas do pensamento político-filosófico da contemporaneidade, no que tange a se construir uma sociedade mais dinâmica, aberta e pluralista, valorizando as diferenças; que eleja o diálogo como forma prioritária de resolução de conflitos; e que vise realizar um republicanismo mais solidário, almejando o ideal maior da Fraternidade Humana.

Uma forma de se alcançar estes objetivos por via Mediação de Conflitos, em um primeiro momento, anterior ao da construção de uma sociedade em que reine um paradigma não adversarial, seria a de se estimular o desenvolvimento da Mediação Judicial, uma modalidade específica do gênero Mediação de Conflitos. Desta forma, aqueles que procurassem o Poder Judiciário para dirimir suas disputas teriam uma oportunidade de obter todas as vantagens que um procedimento não adversarial possibilita.

Além do que, realizar a Mediação em âmbito judicial seria uma das formas mais eficientes de se proporcionar aos jurisdicionados um adequado tratamento de suas questões, especialmente as de cunho subjetivo, que o procedimento judicial ordinariamente não contempla. Possibilita-se, também, que alguns daqueles entraves que dizem respeito ao acesso à Justiça sejam de alguma forma superados, já que seria então proporcionado um atendimento jurídico de maior interesse dos usuários, ao mesmo tempo em que poderia ser reduzida a elevada demanda que atinge os tribunais, podendo aumentar assim a eficiência do sistema como um todo.

Deve ser lembrado que esta Mediação Judicial só lograria êxito se cumprisse com seu papel de ajudar as pessoas a desenvolverem um maior senso de protagonismo, autonomia e solidariedade, de modo a necessitarem cada vez menos buscar na tutela do Estado a solução dos seus problemas e conflitos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. 512 p.

AZEVEDO, André(org). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. 248 p.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed.Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. 512 p.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. 171 p.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Diálogos em torno da República: os grandes temas da política e da cidadania*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. 130 p.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *La Promesa De LaMediacion: Como Afrontar El Conflicto Mediante La Revalorizacion Y El Reconocimiento*. Barcelona: Ed. Granica, 1996. 405 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988. 168 p.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins, 1995. 392 p.

EDELMAN, Joel; CRAIN, Mary Beth. *O Tao da Negociação: como prevenir, resolver e transcender os conflitos pessoais e profissionais*. Rio de Janeiro: Record, 1996. 335 p.

FISHER, Roger; URY, William. *Como chegar ao Sim: A negociação de acordos sem concessões*. Ed. Imago, 2005. 214 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 01 - 60.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os princípios da constituição de 1988*. 2ª. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167 - 190.

MYERS, David G. *Psicologia social*. 6. ed.. Rio de Janeiro: LTC, 2000. xii, 422 p.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; WEBER, Ana Carolina. *Teoria geral da mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 301 p.

ROSENBERG, Marshall. *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais*. Rio de Janeiro: Ágora Editora, 2006. 285 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 344 p.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Ed. Método, 2007. 206 p.