



A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DO DIREITO RECONFIGURADO

KALE, Tania Marcia

Professora de Direito Processual Civil – UFF

tania.kale@ig.com.br

CASTRO, André Hacl

Estudante de mestrado do Programa de Pós-Graduação

em Justiça Administrativa – UFF

castrohacl@gmail.com

BLANCO, Solange Machado

Estudante de mestrado do Programa de Pós-Graduação

em Sociologia e Direito – UFF

soma@vm.uff.br

34

RESUMO

Dos inúmeros debates que assistimos sobre a Reforma do Judiciário, uma incontestável reflexão se dá em torno do acesso a Justiça no Brasil. O número excessivo de litígios levados ao judiciário não pode ser traduzido como a democratização dos meios e instrumentos de acesso a justiça. Neste contexto, as práticas não adversariais de solução de conflitos como arbitragem, conciliação e mediação, surgem como possíveis alternativas ao procedimento estatal. No presente estudo, procuramos demonstrar que estas alternativas, além de facilitar a composição do conflito, podem resgatar a cidadania. Esta análise terá como referencial teórico a ética do discurso habermasiana, que fornece elementos críticos com os quais se coadunam as discussões sociais, tendo em vista os aspectos fundantes em princípios emancipatórios de uma sociedade justa e solidária.

Palavras Chave: Acesso a Justiça; Mediação; Habermas

ABSTRACT

The numerous discussions we had seen on the Reform of the Judiciary an undeniable reflection revolves around access to justice in Brazil. Excessive number of disputes brought to the judiciary can not be translated as the democratization of the means and instruments of access to justice. In this context, non-adversarial dispute resolution practices as arbitration, conciliation and mediation emerge as alternatives to state procedure. In this study we try to demonstrate that these alternatives would facilitate the composition of the conflict, can redeem citizenship. This analysis will take as a theoretical framework of Habermasian discourse ethics, which provides critical elements tying in social discussions, given the foundational aspects liberating principles of a just and caring society.

Key-words: Access to Justice; Mediation; Habermas



INTRODUÇÃO.

Há quem defenda a necessidade de uma verdadeira revolução institucional do Poder Judiciário no sentido de adotar modos diversos de solução de conflitos. Nesta esteira de pensamento, a proposta trazida por Cappelletti denominada de terceira onda, um novo acesso à justiça, não utilizando somente a estrutura "clássica" do judiciário, mas "no conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas" possibilitaria melhorar o acesso ao judiciário.

Acredita-se, ainda, como o ex Ministro de Estado da Justiça - Marcio Thomáz de Bastos - que "sem um fortalecimento dos mecanismos de resolução de conflitos, o judiciário continuará sofrendo a situação absurda de uma quantidade não absorvível de pretensões e, ao mesmo tempo de uma demanda reprimida de milhões de pessoas sem acesso à justiça. Os meios alternativos podem contribuir nas duas pontas do problema, tirando alguns conflitos da estrutura clássica do judiciário e resolvendo aqueles que nunca chegariam a ela."¹

Deve-se atentar para o fato de que a lógica para a adoção dos mecanismos alternativos se dá pelo objetivo primordial de desonerar o judiciário e não pelo reconhecimento de que o modelo tradicional jurisdicional, onde um terceiro, o Estado, decide o conflito julgando quem ganha e quem perde, após um prolongado lapso temporal, encontra-se esgotado para o atendimento das demandas advindas das complexas relações sociais contemporâneas.

Não se propõe a ausência do Estado na solução dos litígios. O que se discute é se a proposta apresentada, qual seja, a utilização dos *ADRs* - *Alternative Dispute Resolution*, que representa uma variedade de métodos de resolução de disputas de interesses, distintos e substitutivos da sentença proferida em um processo judicial, é adequada à implantação no Poder Judiciário, ou se a sua utilização capacita os cidadãos ao desenvolvimento da cidadania ativa, a democratização do Poder, e o tão discutido e aclamado acesso à justiça. No Brasil, os mais conhecidos desses métodos são: a arbitragem, a mediação e a conciliação.

É neste sentido, que a proposta do presente trabalho, traz à discussão o papel institucional e social do judiciário na implantação da mediação, como uma das formas

¹O ex Ministro de Estado, Marcio Thomáz Bastos, em discurso proferido no lançamento do 5º Premio do Instituto INOVARE, no estado do Acre, que teve como tema: "Justiça para todos – Democratização do Acesso a Justiça e Meios Alternativos para Resolução de Conflitos. Disponível em: <<http://pagina20.uol.com.br/04072008/cot0304072008.htm>>. Acesso em: 19 jul 2014, 17:50.



apoderadas pelo Estado como solução dos conflitos, uma vez que, já se utiliza a conciliação sem muito sucesso.

Observa-se que a lógica do judiciário é adversarial, os alunos do curso de Direito têm formação voltada para o litígio e, os profissionais formados nem sempre dispõem de habilidades específicas para a condução de processos de construção do consenso. Ao contrário, o que se verifica, em geral, é a aplicação de técnicas excessivamente persuasivas, comprometendo a qualidade do acordo (ANDRIGHI, 2008).

Para tanto é trazido ao presente estudo, num primeiro momento, as diferentes concepções sociais de conflito, as consequências de sua instalação e as possibilidades de superação do mesmo. Percorre-se ainda, o caminho: dissenso, consenso e acordo como a esteira conceitual preparatória para o entendimento do processo de as soluções de conflitos.

Na sequência, descreve os métodos alternativos de soluções de conflitos mais conhecidos no âmbito nacional: a conciliação, a arbitragem e a mediação. E finalmente, faz-se uma análise do procedimento da mediação, utilizando a visão habermasiana demonstrando a possibilidade do desenvolvimento da autonomia, da cidadania, possibilitando a reconfiguração do Direito.

1. O CONFLITO

É inerente ao ser humano, enquanto indivíduos únicos, singulares, capazes de atos de fala e de ação. A convivência entre os pares não ocorre de maneira pacífica, harmoniosa, equilibrada e tranquila. As relações acontecem como numa montanha russa, ora tranquila subindo, ora des governada em franca descida.

Ele nasce das diferenças, das expectativas e dos desejos não atendidos, das frustrações. Desenvolve-se de forma negativa quando os envolvidos têm dificuldades no manejo das diferenças prescindem das qualidades do diálogo, associando as frustrações a um sentimento de incapacidade de coexistência entre interesses e pontos de vista.

Conforme nos ensina Hansen (2013b, p. 2):

O termo “conflito” é oriundo da palavra latina *conflictus*; composta dos termos *cum* (junto) e *fligere* (golpear, atacar). *Confligere*, “bater junto a, estar em desavença”, traz consigo os elementos implícitos que nos permitem construir um conceito mais aprimorado.



O conflito é relacional e é também cultural. É a maneira como se enxerga o conflito que leva a vislumbrar a possibilidade de resolvê-lo. Para algumas culturas o conflito é um ritual de passagem, e nesses casos, os envolvidos se percebem em processo de mudança, diante de uma oportunidade de crescimento, facilitando a compreensão de uma situação nova.

Todavia, em culturas como a nossa, o conflito tem características beligerantes. Os sujeitos envolvidos no conflito armam-se, preparam discursos, documentos, colocando-se a todo instante em estado de alerta. Certamente, neste tipo de cultura, o conflito gera entre os envolvidos um perdedor e um vencedor, um processo em que os fins ganham proeminência sobre os meios.

Diante das diferentes visões de conflito, diferentes consequências são geradas e vão importar no futuro das relações. Sentimentos como mágoas, descontentamentos, tristezas, dissabores e dores são experimentados ao longo da vida pelos sujeitos envolvidos no conflito, deixando marcas que afetam relacionamentos de uma vida inteira se não forem solucionados por ambas as partes.

E como o conflito se instala? A instalação do conflito ocorre quando há um estranhamento entre os sujeitos, divergências, e a percepção do outro não encontra possibilidades amenas, sinceras ou mesmo empáticas de acordos ou mesmo convivência. Desta forma, o estabelecimento relacional fica propenso à desconfiança, a dúvidas, pois não há o reconhecimento do outro. Reconhecer o outro é algo que ameaça, traz desconforto, aflição e inquietação. Diante de tal situação, quando nem sempre o sujeito se coloca de maneira racional, a sua atitude pode variar entre o ataque e a defesa.

Pode-se concluir que o conflito se instala a partir do momento em que não há o reconhecimento da pretensão do outro e que os indivíduos inseridos num contexto conflitivo se colocam em posição antagônica, frequentemente, em posições não racionais.

Uma vez instalado o conflito, os relacionamentos mudam e consequências surgem no contexto do mundo da vida. Diante disso, nos ensina Hansen (2013b, p.3-4), que as consequências ocorrem em diversos âmbitos e que vão desde a aniquilação dos envolvidos, à superação do mesmo (creio que aqui ele se refere ao “conflito”), até com a conciliação dos litigantes.



1.1 CONSEQUÊNCIAS DO CONFLITO

A aniquilação, como uma das consequências, consiste na extinção do conflito pela eliminação de uma das partes do litígio (HANSEN, 2013b, p.3-4). É quando há a negação absoluta do outro que pode ocorrer pelo seu extermínio físico, psicológico ou ético-moral.

A percepção ameaçadora do outro, bem como, o contexto conflitivo fora do controle e sem direção, motivada por questionamentos, por posturas, atitudes ou mesmo a presença em clara demonstração de rivalidade, hostilidade e luta, expõe o sujeito às suas fragilidades e insegurança. Nestas condições, a presença do outro se torna tão insuportável que a ideia é de extermínio, de eliminação.

O homicídio é a dimensão física desse extermínio, também tipificado na tortura, na guerra e em outros mecanismos violentos de mesmo teor. Na perspectiva psicológica a aniquilação ocorre pela negação do outro, através do tratamento sistemático de ridicularização, menosprezo, ataques permanentes a qualquer manifestação do outro, ou, ainda, pela sua indiferença, reduzindo o indivíduo à invisibilidade.

Neste cenário, também há possibilidade de ocorrer a eliminação ético-moral, de acordo com Hansen (2013b, p.4):

Finalmente, a eliminação ético-moral se dá pela negação da pessoa do outro, entendendo-se na acepção jurídica do termo a expressão “pessoa”, enquanto instância portadora de dignidade, de valores e de direitos; nesse caso, não há qualquer reconhecimento do papel do outro que extrapole a esfera da mera objetificação, coisificação, pois o outro é uma coisa que eu uso e descarto, ou simplesmente não é.

Vale ainda trazer a observação:

O caráter tanático (*thanatos* = morte) da aniquilação acaba com o conflito, pela exclusão de possibilidade de existência direta de um dos envolvidos nele. Entretanto, o aniquilador também é aniquilado neste processo, porque morre naquilo que tem de especificamente humano: sua capacidade reflexivo-argumentativa. Parafraseando Aristóteles, pensador grego do séc. IV a.C, quem acaba com a possibilidade do argumento não só cala o outro, mas se cala, reduzindo-se ao estado de planta com o seu silêncio. (HANSEN, 2013b, p.4)

Cada indivíduo tem uma história de vida. Experiências diversas e partilhadas são percebidas de maneira diferenciada, o que faz cada ser humano ser único. Ao longo da vida,



identidades são construídas e a partir delas, com seus desejos, expectativas, interesses e necessidades, nos relacionamos com o mundo.

São essas percepções diferenciadas que muitas vezes, na interação entre subjetivos, resultam em tensões, em conflitos. O desafio constante da humanidade tem sido a superação dessas tensões.

1.2. A SUPERAÇÃO DO CONFLITO

Nas situações em que as ideias, as convicções, os pensamentos, confrontam-se, inicia-se um processo de desentendimentos e desconfortos que vão colocando em risco as relações entre as pessoas. Deixando a intransigência, a intolerância e a desconfiança tomarem conta da relação, o risco da ocorrência do conflito torna-se inevitável.

Frente à situação acima descrita, caminhos devem ser trilhados com o intuito de superar o conflito, tentando buscar soluções amenas, conciliadoras, amorosas tornando as relações menos vulneráveis e suscetíveis de soluções irracionais.

Dentro deste contexto vale fazer uma diferenciação de conceitos trabalhados no presente estudo, do que se compreende numa situação de conflito, acerca do que é dissenso, consenso e acordo. Dentro desse contexto, vale fazer uma diferenciação dos conceitos trabalhados no presente estudo, do que se compreende numa situação de conflito por dissenso, consenso e acordo.

1.3 O DISSENSO, O CONSENSO E O ACORDO.

Superação significa ultrapassar, suplantar, ir além dos limites. Um conflito é superado quando, segundo Hansen, “três elementos pressupostos nele (subjetividade, alteridade, relação) por parte dos litigantes, é respeitado o processo dialógico na busca de solução da contenda”. Possibilitando duas prováveis consequências: o consenso ou o dissenso. Vale, neste momento, trazer a definição de cada uma das consequências, uma vez que, ambas implicam na maneira de como se dará a solução do conflito.

Hansen define dissenso como:

O dissenso é o resultado da diferenciação dos participantes de um processo social qualquer no que tange a concepções, necessidades, expectativas, valores ou desejos,



fator que vai implicar na presença de interesses dissonantes ou divergentes entre os mesmos num caso ou situação específica. (HANSEN, 2013b, p.5)

A ocorrência do dissenso é algo comum e frequente nas relações humanas, pois temos histórias de vida, percepções, observações, reações e atitudes distintas, diante das circunstâncias que nos apresentam.

Atenta-se que, para o entendimento do conceito e para a compreensão do “fenômeno do dissenso”, o que deve ser observado em sua ocorrência é o âmbito comunicacional. No acontecer das interações humanas, algumas atitudes, comportamentos e reações são esperados pelos sujeitos daquela sociedade e, conseqüentemente, todos os que a ela pertencem serão cobrados e terão suas condutas julgadas de acordo com suas expectativas, ou seja, cria-se um senso que “é partilhado (ou comum), é interpretado por todos do grupo social como racional e razoável dentro de um conjunto de ações possíveis.” (HANSEN, 2013b, p.6)

Hansen (2013b, p.6) esclarece o entendimento sobre o dissenso:

[...] quando alguém age de modo diverso daquele tido como “o normal” e se comporta de maneira diferente do que é o “senso”, temos uma posição que se pretende racional e razoável rivalizando ou se contrapondo à posição aceita pela coletividade como a racional e razoável para aquela situação. Assim, temos “dois sentidos” para a mesma situação concreta; eis que se instaura o dissenso (*di-sensus*).

O resultado, ou a reação dos sujeitos da sociedade envolvida pode ser implacável, podendo inclusive levar ao extermínio do dissidente. Para que este tipo de reação seja afastado há a necessidade de buscar a construção do consenso.

Este processo se instaura a partir do procedimento comunicativo, no qual da argumentação, o dissidente apresenta suas razões para sua conduta diferenciada. Diante disso, quando no dissenso, os membros da sociedade também apresentam seus argumentos, suas razões para que o dissidente perceba dois importantes aspectos. Um primeiro aspecto que deve ser demonstrado é que tal comportamento foge às regras estabelecidas e tidas como esperadas dentro daquela comunidade ou sociedade. Depois, deve ainda demonstrar que tal atitude ou conduta discordante não está dentro dos parâmetros tidos como razoáveis e racionais, o que coloca em risco a própria comunidade, que por esse motivo seu comportamento deve ser evitado.

Instaurado o processo comunicativo para o enfrentamento do dissenso algumas conseqüências são esperadas, como nos ensina Hansen (2013b, p.7):



a) Pode surgir o convencimento, por parte do dissidente, de que os argumentos apresentados são racionais e razoáveis a ponto dele abandonar suas atitudes e condutas provocadoras do dissenso; b) Pode haver o convencimento, por parte da coletividade, de que as atitudes e condutas do dissidente possuem racionalidade e razoabilidade e de que, apesar de diferentes do convencionalmente aceito, não põem em risco as bases do relacionamento que sustenta e legitima o tecido social, podendo ser aceitas, imitadas ou, no mínimo, toleradas pela coletividade; c) Pode ocorrer também, diante de várias atitudes e condutas dissonantes, que sobre algumas delas exista um processo de convencimento, nos moldes elencados em “a)” ou em “b)”, mas que sobre outras condutas e atitudes não haja convencimento de parte a parte, de sorte que sobre estas atitudes e condutas continue a existir o dissenso. Tal dissenso, porém, já não é mais o mesmo do início, porque agora está explicitado, delimitado, clivado pelos argumentos apresentados pelos concernidos no processo.

Diante disso, os resultados obtidos no enfrentamento do dissenso a partir da racionalidade comunicativa, em que os sujeitos envolvidos participam do procedimento dialógico-argumentativo e da construção do discurso, podem possibilitar o crescimento e o amadurecimento da comunidade envolvida, e ainda, a possibilidade de consolidar a prática democrática naquela sociedade ou grupo.

Diverso do dissenso, o consenso é entendido por muitos como um acordo entre participantes sobre ações, atitudes e condutas partilhadas e tidas como adequadas para uma situação específica. Esse entendimento, no entanto, não parece o mais correto, pois há uma sutil diferença entre acordo e consenso: tanto o consenso quanto o acordo trazem a ideia de convencimento a partir de uma decisão conjunta entre os envolvidos numa situação. Todavia, devemos atentar para a diferença dos resultados obtidos em um procedimento e outro.

Hansen (2004, p. 117-123) esclarece, a partir do pensamento de Jürgen Habermas, que os resultados obtidos são importantes para fundamentar essa distinção que “reside nas distintas racionalidades presentes na ação, quais sejam, instrumental-estratégica ou comunicativa”, valendo trazer a colação para o entendimento.

Segundo Habermas (1989, p. 64-65), a racionalidade instrumental-estratégica se configura pela circunstância na qual um sujeito trata a um outro como um meio, como um instrumento do qual usa para obter um determinado fim; o outro, então, tem seu valor reduzido à utilidade que apresenta: quando tratamos a natureza e os produtos humanos (mesa, cadeira, celular, computador, pão, etc.) como meios, estamos em senso estrito falando de racionalidade instrumental; quando tratamos pessoas como simples meios, estamos diante da racionalidade estratégica. A atitude que o sujeito adota é objetivante, em termos de domínio ou adestramento, estabelecendo uma assimetria na relação entre o sujeito e o outro. Por outro lado, no entender de Habermas, a racionalidade comunicativa se faz presente quando tratamos ao outro com simetria, como um efetivo interlocutor com o qual queremos estabelecer diálogo



no sentido de construção intersubjetiva da verdade, na busca cooperativa do interesse coletivo. Nela, a força de coerção se faz presente na propositura do melhor argumento, e não em elementos estranhos ao processo comunicativo.

Diante dessa elucidação, quando houver referência a acordo, deve ficar compreendido que o resultado obtido pelas partes foi o melhor possível naquele momento. As partes não estavam convencidas de que o resultado era bom para ambos, o que houve foi uma negociação em torno de um objetivo.

De outra forma, o entendimento buscado através do consenso liga-se à ideia de construção de entendimento entre os participantes através da racionalidade comunicativa, onde a busca da solução do conflito é alicerçada nos interesses de ambas as partes.

Ressalta-se, que essa busca não tem que ter obrigatoriamente um final feliz, o que deve ocorrer é o esforço das partes em associar propósitos, atitudes e procedimento de entendimento mútuo.

1.3.1 O SIGNIFICADO ATUAL DE PACIFICAÇÃO

A partir das considerações acima realizadas, há a possibilidade de voltarmos o olhar para uma palavra que está em voga: pacificação. Nos tempos em que se discute o acesso à justiça, direitos humanos e transformação dos conflitos, qual o real significado do termo?

A palavra pacificação está em oposição ao sentido de guerra, confronto e violência e, nesse sentido, a construção da paz pressupõe um estado de guerra, uma situação onde já há um conflito instalado.

A construção da paz traz a ideia de práticas relacionadas à transformação do conflito, através de um processo de inclusão, da alteridade, da dignidade, do conhecimento e do atendimento das expectativas, desejos e necessidades do outro. A partir deste entendimento, constitui um movimento em oposição a atitudes de violência, de hostilidade, de preconceitos e de toda forma de exclusão.

O foco da construção da paz está nas habilidades de escuta, da não violência, do olhar para o outro kantiano de acordo com a máxima do *olha para mim como se estivesse diante de um espelho* (meu), no diálogo franco, aberto, verdadeiro, na proposta habermasiana discursiva, de possibilidades de consensos.



A pacificação discursiva pressupõe o reconhecimento do outro como igual, na sua dignidade, no respeito as suas diferenças, no estabelecimento das relações construtivas. Exige empenhar esforços para transformar situações conflitivas através consenso, do diálogo, da mediação. Só dessa forma, a pacificação vai ser alcançada de forma justa.

2. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DO DIREITO RECONFIGURADO

Não há novidade na afirmação sobre a invasão do direito nos âmbitos público e privado. Diariamente, testemunha-se essa ocorrência no âmbito político, dos poderes e na vida privada. Esse fenômeno foi denominado de *judicialização* das relações.

Observa-se que no âmbito privado, onde até então era inaceitável a intervenção estatal, hoje, algumas instituições, como por exemplo, a família, contam com regulamentações que tratam desde a sua formação até a sua dissolução, incorporando, inclusive, outros direitos como o de filiação, relações de gênero, educação etc. Devem ainda ser ressaltados, os direitos relativos à natureza, à comunidade, à saúde, à educação.

É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social, que se convencionou chamar de *judicialização* das relações sociais (VIANNA, 1999, p.149).

Com a nova configuração do panorama mundial, com a constatação das imensas demandas sociais não atendidas pelo Executivo e o Legislativo, culminando com a crise do *Welfare State*, nos países de democracias consolidadas, Vianna (1999, p.149) esclarece:

A crise do *Welfare State* nos países de democracias consolidadas seria apenas uma das manifestações de um processo mais amplo, traduzindo-se em um deslocamento da centralidade do Legislativo como principal agente da iniciativa e da produção das leis em favor do Executivo, o qual, por sua vez, abandonaria as funções de administração do bem-estar, sendo progressivamente alçado à condição de uma agência 'tecnoburocrática' que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica. A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.

Diante do pensamento acima desenvolvido, o judiciário transforma-se em espaço promotor de discussões sociais, justificando dessa maneira, a *judicialização* das relações sociais, o que não condiz com a verdade.



Desde a consolidação do Estado moderno, generalizou-se a crença de que o método mais adequado para a solução “**justa**” desses conflitos é aquele oferecido pelo próprio Estado por meio da jurisdição e do processo judicial (grifo nosso).

Contudo, o que se tem assistido nas últimas décadas são críticas e questionamentos feitos pelos jurisdicionados quanto ao tempo do procedimento, da sua eficácia, de sua qualidade e da sua imparcialidade. A questão que também se encontra em jogo é se o Judiciário seria a única via de solução para os conflitos.

2.1 AS SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS CONHECIDAS E UTILIZADAS NO ÂMBITO NACIONAL

Hoje, no Brasil, algumas propostas alternativas de solução de conflito têm sido oferecidas no âmbito judicial e extrajudicial como solução dos conflitos. Essas propostas são denominadas de meios alternativos de solução de controvérsia – ADRs – que atualmente, excluindo a arbitragem, não são previstas em lei. Apesar de a mediação estar prevista na Resolução 125/1 do CNJ, ainda estão em tramitação projetos de lei acerca desta modalidade de resolução.

As ADRs, ou meios alternativos de solução de controvérsia, representam uma variedade de métodos de resolução de disputas de interesses, distintos e substitutivos da sentença proferida em um processo judicial (SALLES, 2013, p.4). As soluções alternativas de controvérsias mais conhecidas e utilizadas no Brasil são a conciliação, a arbitragem e, atualmente, a mediação.

É pertinente frisar que a conciliação é um instituto já conhecido pelo Judiciário brasileiro. Desde a Constituição Imperial há previsão da conciliação pré-processual a ser tentada para a resolução do conflito. No período Republicano, no governo Vargas, a conciliação foi incorporada pelo Decreto-Lei n.º 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho) essencial nos conflitos entre trabalhadores e empregadores. Ela é prevista, inicialmente, quando da instituição das Comissões de Conciliação Prévia (art. 625-A até art. 625-H); aparece também no estabelecimento das Juntas de Conciliação e Julgamento (art. 647 até 667); em todos os momentos é ainda possível a conciliação e o Juiz de primeira instância (art. 846) ou mesmo de instância superior devem procurar e até mesmo persuadir ao acordo (art. 764, §1º). Além da incidência e previsão ampla da conciliação na área trabalhista, também a Lei n.º 8.952/94 e a



Lei 5.869/63 (Código de Processo Civil) trazem a sua previsão. No CPC vários são os artigos que preveem a conciliação tais como o artigo 125, 277, 331 e 584, III, valorizando o instituto no âmbito processual, objetivando através dele a resolução dos conflitos. Para finalizar, há na lei 9.099/95, que estabelece os Juizados especiais: os artigos 16, 21 e 73 preveem e se referem à conciliação (HANSEN, 2011, p.111).

Da mesma forma, a arbitragem, que já vigora em nossa legislação desde 1996, é um método de solução de conflitos no âmbito das relações privadas, em demandas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis em que as partes escolhem um terceiro de sua confiança para aplicar o direito. Apesar de ser um instituto com previsão na lei 9.307/96, a arbitragem não é recente, uma vez que esteve prevista na Constituição Imperial de 1824, no art. 160, disciplinando causas cíveis e penais intentadas norteando as partes e juízes-árbitros. Apesar do instituto já ter sido utilizada remotamente no Brasil, foi alvo de uma ação de inconstitucionalidade, tornando-o reconhecido a partir de uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal quando admitiu sua constitucionalidade (STF, SE 5206 AgR - Espanha rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12 2001)⁷. Este método de solução de conflito permite em geral realizar um julgamento mais célere do que os ocorridos no Judiciário, bem como, mais especializado na maior parte dos casos apresentados.

No presente estudo tomar-se-á a mediação como objeto de discussão, tendo em vista propostas de leis para a sua inserção no Poder Judiciário.

2.2 O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO NA VISÃO HABERMASIANA.

Assentada na autonomia da vontade, regida pelo propósito da não adversarialidade, dedicada a transformar contextos competitivos em colaborativos, norteada pelo interesse comum e pela satisfação mútua, pautada na autoria das pessoas envolvidas, voltada para o restauro do diálogo e da relação social limitada pelas fronteiras da Ética e do Direito e dissonante da intenção de interferir diretamente na confecção de acordos, (re) nasce a Mediação (ALMEIDA, 2010, p. 46).

A ideia acima desenvolvida tem por objetivo auxiliar pessoas na construção do consenso sobre determinada situação problematizada. A mediação privilegia a discussão do conflito e tem como objetivo diferencial, não o único, a restauração das relações.



Este proceder encontra-se muito próximo da ideia de agir comunicativamente, numa visão habermasiana. Procedimentos pautados no diálogo e no discurso tornam possíveis o exercício da cidadania e a prática democrática. A prática dialógica proposta pela mediação, utilizando a linguagem como instrumento para o entendimento, é a justificação do que seja o discurso, que será adiante exposto.

A proposta da mediação é uma reflexão de construção futura, sua visão é prospectiva. E o que isto significa? Significa que os envolvidos, ao participarem, vão redefinir seus papéis sociais, devendo, a partir da futura situação, apresentar seus desejos, suas expectativas e necessidades, apresentando seus argumentos de forma clara, sincera e transparente. Também deve ser privilegiada uma escuta atenta de maneira que a contra-argumentação possa ser considerada e analisada pelas partes.

Nesta mesma linha de pensamento, Habermas (2003a, p.79) propõe um procedimento de interação dialógica, onde os envolvidos numa mesma situação de dissonância utilizam a razão comunicativa. Diante da situação de dissonância, o agir dos envolvidos deve estar orientado comunicativamente para o entendimento e esclarece:

Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para ordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado).

A ideia é que diante de uma situação concreta do cotidiano, os envolvidos interajam de forma discursiva, legitimando suas pretensões e validando suas ações. Os envolvidos devem apresentar os seus argumentos respeitando um procedimento para, após uma análise, a melhor alternativa considerada por todos seja acolhida.

Vale trazer os pressupostos argumentativos adotados por Habermas (2003a, p.110-112):

(1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se; (1.2) Todo falante que aplicar um predicado F a um objeto *a* qualquer que se assemelhe a *a* sob todos os aspectos relevantes; (1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes; (2.1) A todo falante só é lícito afirmar aquilo que ele próprio acredita; (2.2) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão



tem que indicar a razão uma razão para isso; (3.1) É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos; (3.2) a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção; b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso; c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades; (3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2)

Pressupõe-se que ao associar o discurso com o agir orientado para entendimento mútuo os envolvidos caminhem para a construção de reconhecimento recíproco. Os envolvidos devem então agir com base na lealdade e na sinceridade, bem como tratar o “olho no olho”, em condições de simetria.

2.3 A POSSIBILIDADE DO DESENVOLVIMENTO DA AUTONOMIA E DA CIDADANIA ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO

A mediação trabalha nesta mesma linha de pensamento. O diálogo na mediação permite aos participantes partilharem ideias, vivências, construindo a própria história. Assim, as partes são protagonistas da reconstrução da sua biografia, onde a visão prospectiva capacita-os para a assunção de compromissos e de novos papéis. O resultado das decisões é legítimo, uma vez que as partes têm efetiva participação e é construído a partir da confiança, tornando-o válido (estamos concordando com o resultado).

A autonomia na mediação é um dos elementos essenciais. A busca pela mediação deve ter o caráter voluntário, de opção pelo processo, uma vez que as próprias partes vão geri-lo. Tal assertiva busca se distanciar do arriscado comportamento usual, como bem observado por Kant, em que o indivíduo em geral outorga a um tutor a condução do seu destino, deixando a cargo de outrem o poder de decisão (KANT, 1985, p. 100). Nesse mesmo sentido, Habermas desenvolve a ideia de autonomia, que advém da capacidade decisória dos envolvidos, através dos procedimentos e pressupostos comunicativos e da formação de opinião e da vontade.

É a partir desta ideia habermasiana que se entende a soberania popular. Pode-se concluir que se a mediação é fruto do consenso entre os envolvidos em situação de conflito, onde questões serão debatidas ao longo do processo, não há como impor a mediação, como atualmente entende poder fazer o judiciário brasileiro.

Seguindo a ideia até então desenvolvida, a mediação se propõe a propiciar um ambiente de cooperação, caso contrário, não há como realizá-la. Sem cooperação dos sujeitos não há o



reconhecimento das decisões. Qualquer construção sem participação, sem efetiva colaboração dos envolvidos, seja no âmbito político, escolar, do trabalho ou do direito não terá legitimidade e conseqüentemente não terá validade.

A mediação pressupõe a confidencialidade, ou seja, a plena compreensão de que os fatos, informações, relatos, situações propostas e documentos trazidos, oferecidos ao longo do procedimento, devem ser resguardados. O respeito aos envolvidos no conflito impede ao mediador, inclusive, servir de testemunha.

Quanto ao aspecto da confiabilidade, as partes quando buscam a mediação confiam que o método pelo qual optaram é o mais adequado para o conflito por eles enfrentado. Aqui o reconhecimento da dignidade do outro passa por relacionamento de intimidade e convicções, “do olho no olho”.

A confiabilidade é de duas espécies. Existe aquela estabelecida entre indivíduos que se conhecem bem e que, baseados num relacionamento de longo prazo, substanciaram as credenciais que tornam cada um fidedigno aos olhos do outro. A confiabilidade relativa aos mecanismos de desençaixe é diferente, embora a fidedignidade seja ainda central e as credenciais certamente estejam envolvidas. Em certas circunstâncias, a confiança em sistemas abstratos não pressupõe encontro algum com os indivíduos ou grupos que são de alguma forma "responsáveis" por eles. Mas na grande maioria das instâncias tais indivíduos ou grupos estão envolvidos, e devo me referir a encontros com eles por parte dos atores leigos como os *pontos de acesso* dos sistemas abstratos. Os pontos de acesso dos sistemas abstratos são o terreno comum dos compromissos com rosto e sem rosto. (GIDDENS, 1991, p. 76-77)

Cabe, neste momento, atentar para o fato de que a mediação desenvolve e possibilita a ação e a comunicação onde as partes têm o poder de escolha sobre a condução do procedimento, sobre a escolha do mediador, sobre o tempo a ser despendido, e sobre o resultado a ser obtido. As relações podem ser recuperadas através da promoção do respeito mútuo, onde as diferenças e as limitações são respeitadas, proporcionando a integração dos indivíduos.

Pode-se afirmar que a mediação é um terreno fértil ao desenvolvimento da cidadania e para o exercício da democracia, uma vez que constitui um procedimento pautado no diálogo. O reconhecimento do outro e o distanciamento de um terceiro interventor, estranho ao conflito que decide pelos envolvidos, empodera as partes nos moldes do Esclarecimento Kantiano.

Ressalta-se ainda que, se desenvolvido social e culturalmente esse procedimento, nos moldes que Habermas propõe e vê o direito, como algo construído a partir da crítica da sociedade sob o viés comunicativo, a judicialização das relações e a função do judiciário poderão ser revistas pela sociedade.



3. CONCLUSÃO

Diante de uma demanda quantitativa bastante significativa, uma vez que todos os caminhos para a solução do conflito levam ao Judiciário, o efeito não foi outro senão o não atendimento das expectativas dos jurisdicionados com a demora da prestação jurisdicional e a sensação da não distribuição de justiça, gerando o descrédito e a desilusão neste Poder.² Assim, a proposta de aproximação do cidadão do seu direito fundamental de buscar efetiva justiça através da tutela jurisdicional distanciou-se da realidade do cidadão brasileiro, sendo hoje percebida como uma quimera.

A proposta de utilização da mediação pelo Judiciário é a pauta do dia nas discussões promovidas pelo Estado, tanto no judiciário quanto no legislativo, e tem como principal alegação a diminuição dos números das demandas encaminhadas ao Poder Judiciário. Não se discute, conforme já acima afirmado, se a proposta apresentada é adequada à implantação no Poder Judiciário, ou se a sua utilização capacita os cidadãos a desenvolverem a cidadania ativa, a democratização do Poder e o tão discutido e aclamado acesso à justiça.

Deve ser ressaltado que, para se atingir a eficácia da utilização dos métodos de solução de conflito, as *ADRs*, também já acima referidos, faz-se necessária a construção de uma cultura voltada à solução pacífica e extrajudicial dos conflitos. Urge repensar as bases da formação dos profissionais envolvidos, inclusive os profissionais do Direito, bem como a promoção de fóruns de discussão sobre os métodos, criando instâncias de informação e de esclarecimento da sociedade.

² Segundo o “Sistema de Indicadores de Percepção Social” (Sips), Do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), de 2011, a nota média atribuída à Justiça foi 4,55, numa escala de 0 a 10. Em relação à rapidez, acesso, custo, decisões justas, honestidade e imparcialidade, a média nacional da Justiça brasileira foi de mal a regular, com os piores indicadores nas duas últimas características. De forma semelhante, o “Índice de confiança na Justiça” da Fundação Getúlio Vargas referente ao segundo trimestre de 2010, aponta que a Justiça é considerada morosa para 88% dos entrevistados, 80% disseram que o custo para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 72% acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar. A falta de competência para solucionar os casos foi de 54% dos entrevistados. Quando indagados quanto à confiabilidade no Judiciário, apenas 33% dos entrevistados responderam que ele é confiável ou muito confiável. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6878/RelICJBRASIL2TRI2010.pdf?sequence=1>>. Dados obtidos em: SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de Controvérsias: Métodos Adequados Para Resultados Possíveis para Resultado Adequados* In: SALLES, Carlos Alberto *et alii* (Coord.). *Negociação, Mediação e Arbitragem*. Curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012, p.2- acesso em 30 de setembro de 2013.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tania. Mediação de Conflitos Comunitários e Facilitação de Diálogos: Relato de uma experiência na Maré. In: *Mediação de Conflitos e Facilitação de Diálogos: aportes teóricos para diálogos com múltiplas partes*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010

ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. Sistema Multiportas: o Judiciário e o consenso. *Folha de São Paulo*, 24/06/2008 - Tendências e Debates.

ARENDT, Hannah. *Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

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

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p.76-77

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 72. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101 e 102).

_____. *A inclusão do outro*. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Londrina: Edições CEFIL, 1999.

_____. Gestão de Conflitos. In: OLIVEIRA, Rosana Terezinha Queiroz de.(Org.). *Gestão Universitária*. Niterói: Editora da UFF, 2013b (no prelo)

_____. Kant: razão, liberdade e moralidade. In: HANSEN, Gilvan Luiz; CENCI, Elve Miguel (Org.). *Racionalidade, modernidade e universidade*. Prefácio de Aquiles Côrtes Guimarães. Londrina: Edições CEFIL/EDUEL, 2000.

_____. A Resolução de Conflitos no Estado Democrático de Direito: Uma Perspectiva Habermasiana. in FACHIN, Zulmar e BANNWART JUNIOR, Clodomiro José (org.). *Direito e Filosofia- Diálogos* Campinas/São Paulo: ed. Millennium, 2011.



KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é o Esclarecimento? In: KANT, Immanuel. *Immanuel Kant: textos seletos*. 2.ed. Introdução de Emmanuel Carneiro Leão; tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985, p.100.

SALLES, Carlos Alberto [et al.] *Negociação, Mediação e Arbitragem*. Curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Editora Método, 2013.

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