



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Acesso à justiça por meio da mediação de conflitos

Roberta Freitas Carvalho dos Santos

Rio de Janeiro
2012

ROBERTA FREITAS CARVALHO DOS SANTOS

Acesso à justiça por meio da mediação de conflitos

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2012

ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Roberta Freitas Carvalho dos Santos

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O presente estudo pretende realizar uma reflexão sobre o papel da mediação como uma forma eficiente de compor os conflitos e de fomento de uma cultura de emancipação social. Partindo da análise da concepção de acesso à justiça e sua democratização, a fim de estabelecer uma crítica à teoria do conflito e o modo como os conflitos são encarados no modelo lógico jurídico-processual.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Conflito. Mediação.

Sumário: Introdução. 1. Direito fundamental ao acesso à justiça. 2. Teoria do conflito. 3. Formas de resolução de conflitos. 4. Mediação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem o objetivo de trazer uma reflexão sobre o direito fundamental ao acesso à justiça dentro do contexto trazido pela Carta Constitucional de 1998, no aspecto de sua democratização, propondo-se analisar meios alternativos de composição dos conflitos que tomem por base a teoria moderna do conflito.

Neste sentido, busca-se levantar a discussão segundo a qual o direito à justiça poderia ser exercido não apenas dentro da ritualística procedimental que impera nos

Tribunais, mas através de outros modelos que levem em consideração a participação das partes conflitantes e que conseqüentemente resulta em transformação do contexto social.

Cumprir examinar o que propõe a chamada moderna teoria do conflito em que se faz uma breve crítica aos processos desconstrutivos no olhar das relações sociais. A partir do entendimento de que o conflito é algo diferente e mais abrangente do que o conceito de lide, os modelos de solução de conflitos são pautados em modelos adversariais e não-adversariais.

Adiante, insta analisar o método da mediação de conflito, dispondo sobre suas características e princípios que regem.

Por fim, devem ser lançados apontamentos finais, com o escopo de se vislumbrar que a mediação cumpre o papel de repensar o conflito de forma mais holística extraindo as potencialidades para o desenvolvimento de relações humanas e sociais. Cumpre, igualmente, sua tarefa na democratização do direito ao acesso à justiça e a pacificação social de forma a atender o atual contexto social.

1. DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

Antes mesmo de um aprofundamento maior na questão proposta, cumpre esclarecer que o conceito de justiça, de forma alguma, encontra um padrão hermético.

Classicamente e de forma simplista, a par da dificuldade que demanda a tarefa de sua definição, entende-se por acesso à justiça o sistema pelo qual se reivindica direitos e se resolvem conflitos. Sistema esse que deve ser oferecido pelo Estado de forma acessível a todos os cidadãos e que deve produzir resultados socialmente aceitos como justos.

Segundo Mauro Cappelletti¹ o acesso à justiça pode ser considerado como um direito humano fundamental, que compreende o acesso a um sistema jurídico moderno e igualitário

¹CAPPLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

que garanta direitos e não apenas o proclame. Nestes dizeres pode entender que há o direito ao acesso à justiça efetiva.

O acesso à justiça pressupõe capacidade e oportunidade de realização de um direito, o primordial dos direitos humanos, assim considerados os direitos civis, políticos e sociais, que dão suporte a configuração leal e verdadeira da cidadania. Somente com essas bases se pode entender o Direito como construção do justo.

Insta frisar que dentro da proposta trazida neste trabalho, acesso à justiça é entendido como a busca por uma justiça social que engloba a justiça institucional, mas que com ela não se confunde. Não se limita ao universo do direito Estatal, tampouco no acesso aos órgãos judiciais já existentes.

Falar em justiça requer a análise das características que compõem a sua gênese, a saber: a equidade, a legitimidade e, sobretudo, a moralidade e todos os demais valores éticos. Assim, não se pode construir um verdadeiro sistema de justiça sem se falar em cidadania e mais além, sem se questionar que sociedade contemporânea, altamente complexa, reclame o oferecimento de condições materiais que tornem esse direito humano fundamental realizável, bem como que esse sistema esteja efetivamente impregnado de participação democrática.

Tal perspectiva se adequa à ideia trazida por Mauro Cappelletti no sentido de que se estaria vivendo um terceiro posicionamento em torno da temática acesso à justiça.

Dentro dessa terceira ordem, busca-se como meio de democratizar o acesso à justiça procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflito, a promoção de uma espécie de justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva, bem como a criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela membros dos variados grupos sociais e buscando a excessiva burocratização.

Acredita-se que sob esse prisma outros métodos são capazes de proporcionar o real alcance do sentido de justiça, aqui proposto. Ademais, existem certos tipos de conflito em que o tradicional processo litigioso perante o Judiciário pode não ser o melhor caminho para ensejar a reivindicação efetiva dos direitos, a satisfação das partes e a ideia de pacificação social.

O paradigma atual de realização da justiça, cujo padrão adotado perpassa a verticalidade do imperativo legal, pautados numa ordem universal, excessiva formalização, falta de condições materiais e disparidade no contexto social, encontra-se em crise e conseqüentemente acaba por excluir tal acesso a todos os cidadãos. Em última análise o modelo vigente não responde satisfatoriamente ao comando constitucional de democratização do acesso à justiça.

A proposta trazido neste trabalho não propõe questionamentos acerca do monopólio Estatal na prestação da jurisdição, uma vez que não se está aqui igualando em sentidos o acesso à justiça como acesso ao Judiciário, a proposta é de dar força a um movimento que se volta para a promoção de meios alternativos de solução de conflitos, mas também, por outro lado adaptar o sistema formal a um contexto social contemporâneo altamente complexo.

Para corroborar, vale trazer o entendimento do sociólogo e jurista Boaventura de Souza Santos ²

[...]a criação de mecanismos de solução de conflitos, caracterizados pela informalidade, rapidez, acesso ativo da comunidade, conciliação e mediação entre as partes constituem a maior inovação da política judiciária.

Prossegue seu entendimento sustentando que a construção de alternativas de solução do conflito paralelas à administração da justiça convencional atende de forma mais eficaz a pluralidade social vigente.

² SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011, p.62.

2. TEORIA DO CONFLITO

O conflito tem sido estudado por diferentes ciências e técnicas do conhecimento humano, tais como direito, filosofia e até a administração. Para uns o conflito é uma situação de concorrência em que as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais e na qual uma delas deseja ocupar posição incompatível com os desejos da outra. Por outro lado pode ser entendido como a luta pelo poder que se manifesta na procura de todas as coisas.

Partindo de uma premissa baseada na causalidade linear, tenta-se explicar o conflito como nascido de uma ação que motivou uma reação. Contudo, tal análise prejudica a possibilidade de entender a sua natureza intrínseca, a sua presença permanente e as relações entre efeito e causa e responsabilidade do efeito na motivação da própria causa.

Essa ideia do conflito a partir de uma visão clínica de gestação, nascimento, desenvolvimento e eclosão, que envolve uma teoria descritiva evolutiva, deixa de lado a estrutura e natureza do conflito.

Uma conclusão plausível de se adotar seria a de que o conflito está inserido no relacionamento humano em estado latente e até mesmo pode ser um dos fatores geradores de relacionamentos.

MortonDeutsch³ entende que o conflito pode se revelar de duas maneiras: o conflito manifesto, que é aberto ou explícito, e o conflito oculto, que é implícito ou negado. Em suma o conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis.

³ DEUSTCH, Morton. *A resolução do conflito: processos construtivos e desconstrutivos*. New Haven (CT) Yale University Press, 1997 – traduzido e parcialmente publicado em AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 24.

Via de regra, se aborda o conflito como um fenômeno negativo nas relações sociais que proporciona perdas, para ao menos uma das partes envolvidas.

A chamada teoria moderna do conflito defende a possibilidade de se perceber o conflito de forma positiva, como um fenômeno natural. Percebê-lo dessa forma faz com que os mecanismos de fuga ou luta não sejam desencadeados ante a ausência de percepção de ameaça, de perda.

Tal teoria traz uma reflexão sobre a necessidade de utilizar situações de conflito como uma oportunidade de aprendizado e de crescimento e geração de ganhos mútuos. Segundo a autora Mary Parker Follett⁴ o conflito deve ser enxergado como o surgimento de diferenças entre dois lados, e não necessariamente algo negativo, que deveria ser evitado a todo custo ou resolvido de forma dominadora. A autora propõe:

[...]O conflito é algo inerente às relações humanas e dele não podemos fugir, representa a diferença que habita a individualidade humana. Cada indivíduo tem propósitos, desejos e vontades pessoas que muitas vezes conflitam com os de outros. Devemos, assim, aproveitar a energia do atrito causado pela divergência de interesses, ideias e visões de mundo para construir novas realidades, novos relacionamentos, em patamares mais produtivos para todos os envolvidos no conflito. Pela Teoria Moderna do Conflito uma opção válida para solução dos conflitos é afastar as abordagens dominadora, comumente adotada, e excessivamente concessiva para adotar uma terceira forma, a integradora de interesses de forma construtiva.

Na proposta da integração, o conflito seria resolvido de forma a atender ambas as partes, buscando-se sempre uma forma criativa, que não estaria em nenhuma das alternativas em conflito.

Neste sentido, a perspectiva potencialmente positiva parte do pressuposto de que as partes envolvidas tenham interesses congruentes, o que proporciona de imediato uma despolarização na relação estabelecida.

⁴ FOLLETT, Mary Parker. *Mary Parker Follett: profeta do gerenciamento*. Tradução de Eliana Hiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997, p. 298.

Vale ainda dizer que a ideia de conflito construtivo tem um paralelismo muito grande com a concepção de consenso da teoria da ação comunicativa do filósofo Jürgen Habermas⁵ que propõe a construção de consensos racionais para a solução dos conflitos. Pela teoria apresentada pelo filósofo, as decisões deixariam de ser arbitrárias e coercitivas, pois passariam a ser resultado do agir comunicativo em que todos os concernidos dialoguem para o consenso. A proposta tal é que a melhor solução seja encontrada através da participação ativa e igualitária das partes envolvidas no conflito

Pode-se traçar, ainda, distinção entre conflito e disputa na medida em que a última só existiria depois de uma demanda ser proposta, ou seja, poderia ser colocado como sinônimo de lide. Assim, poderia existir disputa sem um conflito e poderia existir um conflito sem disputa.

Em relações conflituosas, há uma progressiva escalada de violência resultante de um círculo vicioso de ação e reação. O modelo denominado de espirais de conflito sugere que com o crescimento do conflito as suas causas originais progressivamente tornem-se secundárias a partir do momento em que os envolvidos mostram-se mais preocupados em responder a uma ação que imediatamente antecedeu sua reação.

Dentro dessa análise, pode-se considerar que os meios escolhidos para resolução do conflito estão intimamente ligados com a forma pela qual os conflitos são enxergados.

Nessa linha, o processualista Zamorra y Castillo⁶ propõe a classificação de processos de resolução de disputas em construtivos ou destrutivos.

Destrutivo seria aquele que se caracteriza pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida. Nesses processos há a tendência de o conflito se expandir ou tornar-se mais acentuado no

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 116.

⁶ ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, autocomposição e autodefesa*. Cidade do México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 176.

desenvolvimento da relação processual, podendo ser observado nas partes a percepção de que seus interesses não podem coexistir.

Já nos processos construtivos a relação processual é concluída com o fortalecimento da relação social preexistente à disputa. Isto porque, no transcurso dessa relação há um estímulo para que as partes desenvolvam soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses. Há, também, o estímulo para que as partes resolvam as questões sem atribuição de culpa e a abordagem frequente de todas as questões relevantes para a relação social entre as partes, não apenas aquelas juridicamente tuteladas.

Usando assim os termos do processualista mexicano Zamora Y Castillo⁷, o processo judicial se identificaria muitas das vezes com um processo destrutivo, pois deixa de encarar o conflito através de uma perspectiva holística, mas o encara apenas como uma lide que precisa ser posta a termo, lastreado somente no direito positivo.

Com efeito, pode-se dizer que há necessidade de pensar novos modelos que permitam que as partes possam por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer as relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos que venham prevenir ou resolver futuras controvérsias, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca.

Todavia, não se está aqui afirmando abstratamente que um processo de resolução de disputa é melhor ou pior que outro, mas apenas que muitas das vezes as partes quando buscam o auxílio do Estado para a solução dos seus conflitos têm o conflito acentuado ante a imposição de um modelo de lógica jurídica-processual, demasiadamente formalista e nada participativo.

⁷ ZAMORRA Y CASTILLO, op. cit., p. 205.

Ressalta-se, contudo, que observada a heterogeneidade nas relações sociais no que tange às configurações de poder e vulnerabilidade nelas ínsitas, não há como se impor um único meio de resolução de conflitos.

Nesse passo, é possível dizer que a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça que proporcione desenvolvimento e pacificação social perpassa rever a forma como os conflitos são trabalhados e se de fato o paradigma atual responde positivamente.

Outrossim, pode-se indicar que a possibilidade de participação e criação das partes em alternativas para a resolução dos conflitos é o processo pelo qual se constrói toda a estrutura de identificação com a solução construída e que conduz à adesão da decisão para o caso concreto.

Dentro dessa análise, a mediação se apresenta como um dos importantes instrumentos na teoria moderna do conflito, pois proporciona o espaço de construção pelas partes.

3. FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO

Existem, no mundo ocidental contemporâneo, distintos métodos de solução de conflitos, sejam eles tradicionais ou os chamados alternativos. O estudo desses métodos ganha bastante relevância quando se vivencia uma crise do Estado na pacificação dos conflitos sociais, porquanto, não garante a todos e não torna efetiva a democratização de um sistema que garanta os direitos dos cidadãos, ou seja, não garante o acesso à justiça.

Tal crise se revela pelo fato de que o Poder Judiciário solidificou no decorrer do tempo algumas barreiras, dificultando o acesso aos seus órgãos pelo cidadão comum, sobretudo das camadas mais pobres da sociedade. Sua estrutura física se apresenta de forma a imprimir imediato receio no litigante. Uma mesa elevada em que se faz presente um juiz por vezes vestido com sua imponente toga e a parte adversa situada logo à frente após outra mesa em

nível inferior à do julgador, legitima a cultura do belicismo e instiga o sentido de disputa de questões que certamente poderiam ser melhor apreciadas e dirimidas.

As relações estabelecidas em um mundo em permanentes transformações têm sido pautadas pela ausência de diálogo e individualismo. Numa relação continuada, tal postura se revela propícia ao surgimento de conflitos. Os indivíduos passam a não valorizar o diálogo e o entendimento entre si. A partir desta perspectiva, tem-se delegado de forma crescente ao Judiciário a solução dos litígios, fazendo com que sua estrutura não suporte a quantidade de demandas.

Nesse quadro de burocracia e sobrecarga, surgem outros problemas de cunho moral, conforme denunciado pela imprensa ao longo do tempo. Soma-se a tais fatores a realidade de que os custos processuais no Brasil são excessivamente altos. A resolução de um conflito no Judiciário para quem dispõe de poucos recursos financeiros se torna quase inatingível. Além do que, a morosidade processual resulta muitas vezes em abandono do processo pelas partes ou a aceitação de um acordo que não lhe atende às reais necessidades, apenas para por fim a um litígio emocionalmente desgastante, que se arrasta por anos.

É nesse mesmo sentido que Mauro Cappelletti⁸ compreende a denominação “terceira onda reformadora da justiça, em que novas possibilidades de acesso à justiça, que não somente aquela advinda do monopólio estatal, na figura do poder judiciário, devem ser estabelecidas. A partir dessa conjuntura o presente trabalho se volta a apontar a mediação como um meio de solução de conflito eficaz, democratizador e emancipatório fundado nas bases da teoria moderna do conflito.

Para uma compreensão mais didática, há uma classificação largamente utilizada que distingue métodos de solução de conflito em três grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

⁸ CAPPLETTI, op. cit., p. 38.

Tal classificação segundo o sociólogo Boaventura de Souza Santos⁹ leva em consideração o maior ou menor grau de emancipação e regulação do conflito que envolve as partes.

Na autotutela, o indivíduo busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o a outra parte envolvida. Adota, assim, posição dominadora em que só poderá haver perda ou ganho e o resultado é imposto pela desigualdade. De certo modo a autotutela permite o exercício da coerção. Tal método é apontado como característica da antiguidade, podendo ser apontado como presente, por exemplo, na Lei da XII Tábuas e no Código de Hamurabi.

Mesmo na autotutela há certa regulação do Estado, pois essa é vedada como regra e, excepcionalmente, permitida nos casos como, por exemplo, de legítima defesa prevista no art. 25 do Código Penal¹⁰.

Resumidamente, pode-se dizer que na autocomposição o conflito é solucionado pelas partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia. Nesse meio pode-se chegar a um acordo ou mesma a renúncia de um direito.

Na heterocomposição o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação original. Ao invés de ajustarem isoladamente a solução do conflito, as partes envolvidas submetem seu conflito a um terceiro à busca de uma solução a ser por ele firmada.

Considerando o fato de que se levam em conta os sujeitos envolvidos e a sistemática utilizada, pode-se considerar que a jurisdição, arbitragem e a conciliação fazem parte da espécie heterocomposição de conflitos. Contudo, repita-se que a divisão aqui utilizada, apesar de constar dos apontamentos de grande parte da doutrina, não é unânime. Revela-se oportuno

⁹ SANTOS, op. cit., p.03-76.

¹⁰BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2012.

destacar que doutrinadores como Mauricio Godinho¹¹ englobam a mediação na espécie de heterocomposição.

Todavia, conforme já mencionado anteriormente e a seguir detalhado o presente trabalho segue na lógica de que a mediação faz parte da espécie autocomposição.

Há certa confusão entre o processo de mediação e as demais formas de gestão (ou resolução) de conflitos. Por vezes se imagina estar realizando uma mediação, quando na verdade os procedimentos adotados caracterizam uma conciliação, por exemplo.

Os meios de solução dos conflitos fazem parte de um contínuo no qual varia o grau de autonomia das decisões dos envolvidos, dentre as quais se destacam: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem.

Na negociação não há participação de terceiro, as próprias pessoas em conflito buscam, por elas mesmas, a resolução do problema (autocomposição). Pode haver ou não a participação de representantes, tal como advogados.

A mediação revela-se pela existência de uma “autocomposição assistida”, ou seja, são os próprios envolvidos que discutirão e comporão o conflito, mas com a presença de um terceiro imparcial, que não deve influenciar ou persuadir que as pessoas entrem em um acordo. No processo de mediação existe a preocupação de (re)criar vínculos entre as pessoas, estabelecer pontes de comunicação, transformar e prevenir conflitos.

A conciliação é bastante confundida com a mediação, mas são institutos distintos. Na primeira, o conciliador faz sugestões, interfere, oferece conselhos. Na segunda, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo. Esse, aliás, é o objetivo primordial da conciliação; na mediação, por outro lado, o acordo será apenas uma consequência e um sinal de que a comunicação entre as pessoas foi bem desenvolvida.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: Revista LTr, 2002, p.664.

Já na arbitragem as pessoas em conflito elegem um árbitro para decidir suas divergências, utilizando critérios específicos. Não possuem, portanto, o poder de decisão. A negociação, mediação, conciliação e arbitragem, ainda que sejam formas consensuais de solução de conflitos, possuem várias diferenças entre si, cabendo às pessoas decidirem qual o método mais adequado ao seu caso.

4. MEDIAÇÃO

Algumas teorias foram criadas sobre a mediação e suas distinções estão calcadas principalmente nas tradições culturais e nos sistemas políticos vigentes no oriente ou ocidente. A depender das regras e normas de cada contexto nacional as concepções sobre mediação vão tomando contornos diferenciados.

O uso da mediação de conflito como forma de solução de conflitos entre grupos humanos demonstra acompanhar uma longa história da humanidade, havendo registros desta prática milenar sob influência do confucionismo na China. Muito embora tal prática remonte há tempos longínquos a mediação é tratada como um novo paradigma, sobretudo após os anos 1960 e principalmente nos Estados Unidos da América.

A mediação, para o mundo ocidental, torna-se um procedimento institucionalizado de solução de conflito com o movimento conhecido como *Alternative Dispute Resolution* onde diversos estados americanos começam a criar leis com vistas a propagar este método.

No Brasil, a mediação surge por meio de iniciativas pontuais, tal como o Programa Justiça Comunitária coordenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, desde 2000¹². E, porque, existe somente através destas iniciativas pode-se dizer que não se

¹²FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça Comunitária – por uma justiça da emancipação*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 58.

revela como uma prática importante para o ordenamento jurídico nem mesmo para as relações sociais.

Ainda hoje, não há nenhuma regulamentação existindo apenas em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 94, de 2002 (Projeto de Lei nº 4.827 de 1998)¹³.

A mediação na concepção aqui proposta está relacionada ao procedimento que possibilita o uso da linguagem do Direito baseado na concepção/teoria da ação comunicativa formulada por Habermas¹⁴.

O processo proposto pelo filósofo baseado no discurso livre serve não apenas para a solução do conflito, mas também para empoderar as pessoas no relacionamento, tratamento e das questões públicas. Nessa lógica os participantes de processo de mediação são chamados sistematicamente a trabalharem por meio da dialética argumentativa e assim passam a estar inseridos em um contexto de responsabilidade por suas posições e decisões.

Dessa matriz ideológica vale trazer o entendimento de Gustin¹⁵

Vê-se, pois, que o processo de mediação é democrático, por incorporar todas as “vozes” e, apesar de ter um poder decisório limitado, quando efetivamente aceito pelas partes, pode ter efeitos duradouros a despeito de se darem em esfera administrativa não-formal. Além de democrático, ele é também emancipador. Isto porque, numa situação de mediação os integrantes (individuais e coletivos) devem exercer a capacidade da autonomia crítica e de interação dialógica para julgamento da questão. Essa criticidade não deve ser qualidade apenas dos indivíduos que se encontram em situação problemática ou de litígio. Toda a equipe deve ser portadora dessa autonomia crítica. Ou seja, durante o processo de mediação todos (...) deverão ser capazes de, a partir de formas discursivas, justificar suas escolhas e decisões perante o(s) outro(s).

A mediação como método de solução de conflitos, dentro da proposta geral de fomento de sistemas alternativos de solução de conflitos, faz parte de uma recomendação das Nações Unidas (ECOOSOC), proposta na Resolução 1999/26 de julho de 1999, no sentido de que os estados considerassem, no contexto de seus sistemas de justiça, o desenvolvimento de

¹³SENADO FEDERAL. Disponível em: www.senado.gov.br/publicações/diarios/pdf/sf/2002/12/06122002/23780.pdf> Acesso em: 14 out. 2012.

¹⁴HABERMAS, op.cit., p.117.

¹⁵GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das necessidades humanas aos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 118.

procedimentos alternativos ao processo judicial tradicional e a formulação de políticas públicas de acesso à justiça com este escopo.

O desenvolvimento de uma cultura favorável a sistemas alternativos de resolução do conflito permite uma aplicação ampliada da teoria moderna do conflito no sentido de que uma cultura de mediação permite a análise das relações sociais de forma construtiva e, por conseguinte, atendimento a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça.

A democratização desse direito perpassa construir formas de solução de conflitos que aproximem e favoreçam a participação dos indivíduos na construção do sistema de justiça, que, repita-se, não está associado apenas os poder judiciário. A proteção dos direitos deve ser desempenhada pelo cidadão na construção de um ideal emancipatório que possa inseri-lo no contexto social.

Entender melhor a concepção de mediação como um comportamento humano voltado para solução dos conflitos e como ferramenta para o exercício da cidadania é parte da proposta trazida no presente trabalho.

Passa-se a partir de então ao estudo da significação do procedimento de mediação. Etimologicamente a palavra mediação possui origem latina *mediatiomeditationis* que significa “intervenção com que se busca produzir um acordo” ou ainda “processo pacífico de acerto de conflitos, cuja solução é sugerida, não imposta às partes”.

Na acepção de Miracy Barbosa¹⁶:

[...] mediação é uma técnica pela qual, duas ou mais pessoas, em conflito potencial ou real, recorrem a um terceiro imparcial, para obterem num espaço curto de tempo e baixos custos, uma solução consensual e amigável, culminando num acordo em que todos ganhem. A mediação é uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias, através de uma nova cultura, em que a solução dos conflitos passa por um facilitador que tenta através de várias técnicas, pela conscientização e pelo diálogo, proporcionar uma compreensão do problema e dos reais interesses e assim ajudar as partes a acordarem entre si, sem imposição de uma decisão por terceiro, num efetivo exercício da cidadania.

¹⁶ Ibid., p. 231-233.

Por ser demasiado restrita a concepção literal de Direito desenvolvida pelo positivismo e buscando atender a demanda de uma sociedade cada vez mais plural e menos universalista é que se constrói uma acepção antipositivista.

Dentro dessa análise e no intento de se dar efetividade ao acesso a justiça, inclusive em relação a sua democratização, é que se propõe a noção seguida por Boaventura Souza Santos¹⁷, onde se pode identificar três elementos estruturais do Direito: a retórica, a burocracia e a violência.

Assim, a retórica é uma forma de comunicação baseada na persuasão ou no convencimento através do potencial argumentativo. A burocracia é também uma forma de comunicação e uma estratégia de decisão, porém baseada em imposições autoritárias através do potencial demonstrativo de padrões normativos. E por último, a violência é uma estratégia de decisão baseada na ameaça pela força física. A articulação desses elementos formam diferentes campos jurídicos.

Pode então vislumbrar no processo de mediação que a retórica é o elemento estrutural dominante, o que atrai o uso desse mecanismo de solução de conflitos, e o que faz dele um processo construtivo e potencial na reestruturação das relações sociais.

Diante de uma sociedade onde o sistema formal de justiça não é um recurso disponibilizado a todos e de alguma forma não satisfaz plenamente o anseio de justiça e pacificação social de quem consegue acessá-lo, outros caminhos são adotados pela sociedade para compor seus conflitos. Revela, assim, que seja pela ausência da justiça ministrada pelo Estado seja pela sua precariedade outros sistemas jurídicos surgem para dar resposta.

O procedimento da mediação de conflitos pode ser caracterizado pela observância de alguns princípios, os quais definem e norteiam o procedimento da mediação, assim como balizam a prática cotidiana. Além de diferenciar a mediação de outros mecanismos de solução

¹⁷ SANTOS, op. cit., p.91.

extrajudicial de conflitos, tais princípios servem para guiar as ações do mediador diante de situações surgidas no decorrer de cada caso, que é único.

Na bibliografia¹⁸ especializada são encontrados vários princípios que se propõe a definir a mediação. Para fins do presente artigo foram selecionados sete princípios orientadores da mediação, quais sejam: voluntariedade, não-adversariedade, autonomia das decisões, participação de um terceiro imparcial, informalidade do procedimento e confidencialidade.

O princípio da voluntariedade ou liberdade das partes consiste em que ambas as pessoas envolvidas no processo de mediação nele estão por opção. As pessoas devem ter a liberdade de escolher esse método como forma de lidar com seu conflito. Também devem tomar as decisões que melhor lhe convierem no decorrer do processo de mediação, sem que haja qualquer tipo de coerção, seja para participar do processo ou para se chegar a um resultado.

Ao optarem pelo processo de mediação, os mediados assumem total responsabilidade sobre o resultado a que chegam e o mediador é o profissional que facilita o diálogo e os auxilia a descobrir o caminho para o resultado, mas sem induzir os sujeitos.

Em alguns países, como os EUA, a mediação pode ser do tipo mandatória, quando as partes são obrigadas a passar pelo processo de mediação antes de uma demanda judicial, contudo, mesmo nesses casos ela não perde seu caráter voluntário, pois as pessoas envolvidas devem ter a liberdade de optar pela continuidade ou não do processo. Vale dizer que este mesmo país adota o chamado sistema de múltiplas portas.

De acordo com a pesquisadora Ângela Mendonça¹⁹, a opção pela mediação:

¹⁸ VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

¹⁹ MENDONÇA, Ângela HaraBuonomo. *Mediação comunitária: uma ferramenta de acesso à justiça?*177f. Dissertação. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p.47.

[...] significa a conquista de direitos e o comprometimento com responsabilidades. Caracteriza-se como um princípio de liberdade, não só pela possibilidade que as partes detêm de escolher o meio pelo qual querem resolver o conflito existente entre elas, mas principalmente, pela possibilidade de poderem decidir o seu resultado.

A confidencialidade / privacidade está associada ao ambiente em que o processo de mediação é realizado, devendo este ser um ambiente privado. As pessoas em conflito e o mediador devem fazer um acordo de confidencialidade entre si, oportunizando um clima de confiança e respeito, necessário a um diálogo franco para embasar as negociações. Se eventualmente os advogados das partes também participarem de alguma sessão de mediação, devem ser incluídos neste pacto de confidencialidade.

Em relação à participação de terceiro imparcial sustenta-se que na mediação, as partes são auxiliadas por um terceiro dito “imparcial”, ou seja, o mediador não pode tomar partido de qualquer uma das pessoas em conflito. Idealmente, deve manter uma equidistância com a pessoa “A” e a pessoa “B”, não pode se aliar a uma delas.

Pela informalidade / oralidade realiza-se uma comparação com o processo judicial, nela a mediação possui um procedimento informal, simples, no qual é valorizada a oralidade, ou seja, a grande maioria das intervenções é feita através do diálogo.

A reaproximação das partes diz respeito à busca em aproximar as partes, ao contrário do que ocorre no caso de um processo judicial tradicional. Para a mediação, não basta apenas a redação de um acordo. Se as pessoas em conflito não conseguirem restabelecer o relacionamento, o processo de mediação não terá sido completo. Segundo o professor Jose Luis Bolzan de Moraes (1999), a mediação não será exitosa se as partes acordarem um simples termo de indenizações, sem conseguir reatar as relações entre elas.

No que pertine a autonomia das decisões / Autocomposição entende-se que através da autocomposição, o acordo é obtido pelas próprias pessoas em conflitos, auxiliadas por um ou mais mediadores. O mediador não pode decidir pelas pessoas envolvidas no conflito; a estas é

que cabe a responsabilidade por suas escolhas, elas é que detêm o poder de decisão. Como salienta Lília Maia de Moraes Sales²⁰:

Mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide.

A não-competitividade significa que na mediação, deve-se estimular um espírito colaborador entre as partes. Não se determina que uma parte seja perdedora e a outra ganhadora, mas que ambas possam ceder um pouco e ganharem de alguma forma. Procura-se amenizar eventuais sentimentos negativos entre as pessoas em conflito.

Em razão da matriz ideológica em que se concebe o processo de mediação é que se pode dizer que tal método traz como benefício a restauração do senso de valor e poder dos envolvidos na solução do conflito. O olhar construtivo desse processo faz com que os envolvidos nos conflitos estejam aptos a melhor dirimir conflitos futuros.

Por ser pautada na ideia de responsabilização em torno das posições e decisões a mediação propicia o surgimento da prática argumentativa. As decisões tomadas pelas partes são construídas a partir do postulado de que o procedimento no qual estavam inseridas foi igualitário, pois respeita os princípios norteadores. Ambas as partes se tornam responsáveis pelo consenso criado a ele se submetem.

A mediação observa valores de autonomia das partes e nisto reside seu potencial emancipatório. Viabiliza muito mais do que outros meios a reestruturação das relações interpessoais.

Sem dúvidas numa sociedade em que tais postulados são difundidos amplamente os direitos são garantidos, não somente pela estrutura do sistema formal de justiça, monopólio

²⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 82.

estatal, ditado pelo poder judiciário, mas pelos próprios cidadãos capazes de entender que democratizar o acesso à justiça é ser parte da sua construção.

Neste sentido a mediação deve ser uma prática estimulada nos mais diversos contextos. Seja ela judicial, quando promovida na estrutura dos próprios Tribunais de Justiça, como acontece no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que a Resolução nº 19/2009²¹ do Órgão Especial instituiu o Programa de Mediação do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, seja comunitária tal como acontece no Programa Justiça Comunitária, normatizado pela Portaria nº01/2012²² da Secretaria de Reforma do Judiciário, onde a mediação é realizada com bases nas práticas comunitárias.

CONCLUSÃO

Dentro da perspectiva trazida de que há necessidade de se ampliar o acesso à justiça e se alterar o prisma pelo qual os conflitos são entendidos, a mediação cumpre importante papel, seja porque o olhar construtivo do conflito leva a um desenvolvimento social pela reconstrução das relações sociais, seja porque alternativas menos formais, são consideravelmente mais atrativas.

O prestígio de procedimentos alternativos ao processo judicial clássico, fundamentalmente a mediação como meio de composição de conflitos constitui caminho importante para solução pacífica dos conflitos vivenciados pelos cidadãos e de fortalecimento da coesão social.

Sendo o acesso à justiça considerado um direito fundamental basilar, pelo qual outros direitos se implementam, e nesse viés um caminho para redução das desigualdades

²¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://www.portal.tjrj.jus.br/documents/10136/7abcd66-7116-4311-b31e-386c47730c76>> . Acesso em: 28 set. 2012.

²² SECRETARIA DE REFORMA DO Judiciário. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br/documents/33e437bb-78c8-933a-d3548>>. Acesso em: 28 set. 2012.

sociaistodo esforço deve ser empreendido para que o paradigma atual seja repensado. Há de se reconhecer que grande parte dos conflitos não envolve apenas direitos e deveres regulados por lei, mais muitos outros fatores que a lei não pode regular e que são de grande importância para solução pacífica dos conflitos.

A proposta de investigação mais abrangente provocada pela mediação leva em conta fatores alheios ao ordenamento jurídico, que não seriam observados pelos demais métodos de resolução de conflitos.

Nesse passo, pode-se entender que o manejo da mediação como forma de solução de conflitos alcança verdadeiramente a pacificação social e tem reflexos diretos na diminuição da judicialização de demandas, que conseqüentemente traz uma real possibilidade de melhora na prestação da jurisdição institucional.

Por fim, pode-se compreender que a negar o amplo acesso a uma justiça efetiva e de qualidade, põe em última instância os princípios de respeito à dignidade humana e da própria democracia em risco. Sem que tal direito se efetive plenamente o desenvolvimento harmônico não é possível.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, André Gomma, *Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*, in AZEVEDO, André Gomma, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação - Vol. 2*, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.
- BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2012.
- CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto alegre: Fabris, 1988.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: Revista LTr, 2002.
- DEUSTCH, Morton. *A resolução do conflito: processos construtivos e desconstrutivos*. New Haven (CT) Yale University Press, 1997 – traduzido e parcialmente publicado em AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

- DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.
- FOLLETT, Mary Parker. *Mary Parker Follett: profeta do gerenciamento*. Tradução de Eliana Hiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.
- FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça Comunitária – por uma justiça da emancipação*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das necessidades humanas aos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- MENDONÇA, Ângela HaraBuonomo. *Mediação comunitária: uma ferramenta de acesso à justiça?* 177f. Dissertação. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.
- VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.