



Congrega
Urcamp 2016

13ª Jornada de Pós-Graduação e Pesquisa

REVISTA DA JORNADA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA ISSN:1982-2960

- 13ª JORNADA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA

ST 9 - CONSTITUCIONALISMO, POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL

A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA PARA O TRATAMENTO DE CONFLITOS

RAFAEL MOREIRA¹

RESUMO: Atualmente, a mediação vem surgindo como uma alternativa para a resolução dos conflitos no território brasileiro. Tendo em vista as dificuldades em que o Poder Judiciário vem passando para solucionar os conflitos, a mediação é uma interessante alternativa para aperfeiçoar o tratamento de conflitos. A mediação comunitária é uma forma democrática e justa de tratamento de conflitos, sendo uma maneira de possibilitar uma resposta mais rápida e eficaz, que será desenvolvida nas próprias comunidades. A mediação comunitária também possibilita uma maior universalidade ao acesso à justiça. No presente trabalho se buscou analisar o desenvolvimento da mediação como uma alternativa democrática para o tratamento de conflitos, se expondo sobre a crise do Poder Judiciário brasileiro, a democratização do acesso à justiça, a desmistificação do poder de resolução de conflitos do juiz e as características da mediação. Tal abordagem se justifica diante da necessidade de se buscar formas alternativas de resolução de conflitos em vista da crise do Poder Judiciário nacional. Para o desenvolvimento da presente pesquisa, foi utilizado o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio da análise de livros e artigos científicos. Verificou-se que a mediação é uma necessidade contemporânea, que possibilita uma melhor alternativa para a resolução de conflitos, além de ser relevante ferramenta para democratização e universalização do acesso à justiça no Brasil.

Palavras-chave: mediação; tratamento de conflitos; acesso à justiça.

RESUMÉN: En la actualidad, la mediación surgió como una alternativa para la resolución de los conflictos en el territorio brasileño. En vista a las dificultades del Poder Judicial para resolver los conflictos, la mediación es una interesante alternativa para mejorar el tratamiento de los conflictos. La mediación comunitaria es un camino más democrático y justo para tratar conflictos, posibilitando una respuesta rápida y eficaz, que va a ser desarrollada en las propias comunidades. La mediación comunitaria también trae la posibilidad de un mayor acceso a justicia. En el presente trabajo se buscó analizar el desarrollo de la mediación como una alternativa democrática para el tratamiento de

conflictos, se exponiendo sobre la crisis del Poder Judiciario brasileño, la democratización del acceso a justicia, la desmitificación del poder de resolución de conflictos por el juez y las características de la mediación. Tal abordaje se justifica en razón de la necesidad de la búsqueda por alternativas para la resolución de conflictos en un Poder Judiciario en crisis. Para el desarrollo de la investigación, fue utilizado el método de abordaje deductivo y la técnica de pesquisa bibliográfica, por medio del análisis de libros y artículos científicos. Se comprobó que la mediación es una necesidad contemporánea, que posibilita una mejor alternativa para la resolución de conflictos, allá de ser relevante herramienta para democratización y universalización del acceso a justicia en el Brasil.

Palabras-clave: mediación; tratamiento de conflictos; acceso a justicia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, a mediação vem surgindo como uma alternativa para a resolução dos conflitos no território brasileiro. Tendo em vista as dificuldades em que o Poder Judiciário passa para solucionar os conflitos, a mediação surge como uma interessante alternativa para aperfeiçoar o tratamento de conflitos.

A mediação comunitária é uma forma mais democrática e justa de tratamento de conflitos, sendo uma maneira de possibilitar uma resposta mais rápida e eficaz para o conflito, que será desenvolvida nas próprias comunidades. A mediação comunitária também possibilita uma maior universalização ao acesso à justiça.

No presente trabalho se buscou analisar o desenvolvimento da mediação como uma alternativa democrática para o tratamento de conflitos, se expondo sobre a crise do poder judiciário brasileiro, a democratização do acesso à justiça, a desmistificação do poder de resolução de conflitos do juiz e as características da mediação. Foi utilizado o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2. A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Poder Judiciário no Brasil vem passando por constantes dificuldades em relação à duração razoável dos processos, o que vem gerando uma crise jurisdicional, o que impacta no acesso à justiça e na democracia nacional. Devido a essa crise, diversas são as alternativas de resolução de conflitos que estão surgindo no âmbito nacional, muitas delas não estatais. A crise estatal traz consequências para a jurisdição, que sofre influências negativas, por sua vez, da globalização como um todo. O Estado vem perdendo soberania e se fragilizando em todas as esferas, e o mercado, em contrapartida, vem ganhando poder e influenciando todas as esferas estatais. Destacam-se dois dos grandes problemas que influenciam na crise estatal: “sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais”;

e sua “quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito”. (SPENGLER, 2014, p. 14).

Nessa seara, observa-se que os conflitos sociais que chegam ao Judiciário precisam deixar de ser analisados como meras abstrações jurídicas, olhando-se para os protagonistas dos processos judiciais como pessoas com rostos e histórias que requerem respostas qualitativas e céleres para suas demandas. É nesse sentido que a harmonia precisa ser instalada, equilibrando respostas qualitativas em tempo razoável que possam ultrapassar a tríade até então instituída (autor, réu e juiz) para instalar um processo dicotômico, que trabalhe com os indivíduos, devolvendo-lhes a capacidade de tratar o conflito de maneira consensuada, objetivando a obtenção de uma resposta mais democrática (SPENGLER, 2014, p. 14).

A crise do Estado contemporâneo surge em relação a todos os seus papéis, desde a esfera econômica até os modelos de regulação jurídica e social. (SPENGLER, 2010, p. 36)

As restrições estatais surgem desde a perspectiva da regulação global da economia, mediante a subordinação dos Estados nacionais às agências internacionais, como Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio e o Fundo Monetário Internacional (SPENGLER, 2010, p. 55).

Como fatores que acentuam a crise, cita-se: 1 - A supremacia absoluta da lei; 2 - a desregulação estatal; 3 - a lentidão em dar respostas rápidas; 4 - a incapacidade de ocupação do espaço dando margem ao surgimento do direito inoficial ou marginal; 5 - o distanciamento entre a legislação posta e a realidade social; 6 - a ineficiência estatal (SPENGLER, 2010, p. 38-39). Portanto, o Estado está em um processo de retração em face da função de proteção dos direitos dos cidadãos. Assim: “A anunciada morte estatal teria como uma das causas a diminuição da exclusividade funcional cujo primeiro golpe é a perda da soberania, o que conduz a sua fragmentação e diluição” (SPENGLER, 2010, p. 47).

Neste sentido, a mediação surge como meio alternativo para garantir um melhor e mais célere tratamento de conflitos, bem como para se aumentar as possibilidades de se chegar à justiça. Portanto, é proposto “[...] investigar a prática da mediação como meio consensual e autonomizador na gestão e resolução de conflitos socio-jurídicos” (SPENGLER, 2014, p. 14).

O tempo do processo, devido aos procedimentos e regras que são extremamente burocráticos, impede a resolução do conflito em um período razoável. Como medidas que impedem a duração razoável do processo se destacam algumas limitações e formalismos decorrentes de regras processuais (RESTA, 2014, p.19).

[...] as imbricações entre tutela jurisdicional e tempo são visíveis, especialmente quando a primeira é vista como uma resposta estatal às expectativas sociais e normativas e como uma forma importante de proteção do indivíduo à lesão ou ameaça de lesão mediante o direito de ação. Essas imbricações, no entanto, tornam-se frouxas e débeis quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece “a destempo”. [...] o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos

[...], tem o poder de inferir na concepção processual, uma vez que se torna grande controlador da máquina judiciária. (SPENGLER, 2010, p.215)

Para Santos (2008, p. 05): “O método de decisão baseado num sistema adversarial depende de se preservar a memória dos fatos. Quanto maior o intervalo de tempo entre o fato e a aplicação do direito pelos tribunais, menor é a confiança na justiça da decisão”.

A jurisdição nacional está passando por uma dificuldade para responder aos conflitos sociais. O judiciário não consegue dar uma resposta adequada a sociedade no que diz respeito a prazos processuais para se buscar ao máximo uma possibilidade de se fazer justiça, principalmente devido a burocratização do sistema judiciário nacional. O modo de vida globalizado exige resoluções cada vez mais rápidas dos problemas decorrentes do dia a dia, o que esbarra na quantidade de demandas judiciais e do tempo do processo (SPENGLER, 2014, p. 17).

Nesse contexto, demonstrada a incapacidade da Jurisdição de monopolizar a resolução dos conflitos, a tendência é a de se desenvolver procedimentos jurisdicionais complementares como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmatidade. (SPENGLER, 2014, p. 26).

A crise do Judiciário brasileiro pode ser entendida como uma “crise de identidade” e uma “crise de eficiência”. A crise de identidade refere-se a “[...] um embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço” (SPENGLER, 2014, p. 26).

Já a crise de eficiência refere-se a impossibilidade do Estado em “[...] responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa com a qual se depara, o Judiciário sucumbe diante da inovadora carga de tarefas a ele submetidas” (SPENGLER, 2014, p. 27), se produzindo “[...] uma frustração geral, decorrente da morosidade e da pouca eficiência dos serviços judiciais” (SPENGLER, 2014, p. 27).

O gasto com o poder judiciário nacional é muito considerável. No ano de 2012, a justiça federal gastou 7,15 bilhões de reais, um custo anual de R\$ 35,59 por habitante. A justiça federal contava, no ano em questão, com um total de 1.714 magistrados e aproximadamente 39.000 servidores. A justiça do trabalho, no mesmo ano, gastou 12 bilhões, um custo anual de R\$ 59,72 por habitante. No presente ano a justiça do trabalho contava com 3.250 magistrados e 51.843 servidores. Já a justiça estadual gastou 31,36 bilhões de reais no ano de 2012. O número de magistrados foi de 11.960 e o número de servidores era de 258.731 servidores no ano de 2012 (SPENGLER, 2014, p. 27-30).

Além de ser lenta, a justiça nacional é cara e serve para as elites, impossibilitando que a maior parte da população nacional a acesse.

As estruturas do Poder Judiciário estão passando por dificuldades em relação a pessoal e material. A população nacional é a grande prejudicada pela ineficiência da justiça nacional, órgão que não é de acesso universal e não cumpre com suas finalidades. O sistema de justiça vem sendo muito burocrático, procedimental, mecânico, lento, formal, e pouco democrático. O cidadão brasileiro é quem possibilita o funcionamento da justiça por meio do pagamento de tributos, mas é um serviço que não está acessível à universalidade da população, não possibilitando a resolução dos conflitos. A crise da justiça ocorre desde os bancos universitários, onde a maior parte dos cursos é conservador e se apega a uma formação que prima pelas formalidades em detrimento da justiça. (SPENGLER, 2014, p. 30-32). Neste sentido, se devem buscar meios alternativos aos métodos tradicionais de tratamento do conflito, que realmente consigam tratar o litígio (SPENGLER, 2014, p. 33).

3. DO MITO DO JUIZ COMO SOLUÇÃO PARA TODOS OS PROBLEMAS

A sociedade nacional possui a cultura mítica de que o Juiz é a figura que resolve todos os conflitos, vigendo a ideia de transferência dos conflitos para o Poder Judiciário, se esperando uma “solução” para o problema. O juiz é tratado como uma figura que resolveria todo o conflito, ele é comparado a um “mito” ou a um “herói”, que encontraria a solução quando as todas as alternativas falhassem, sendo uma esperança que gera um grande número de demandas judiciais (SPENGLER, 2014, p. 33-34).

Assim, “[...] nasceu a ideia (o mito) de que o juiz dá conta de todos os problemas, que o Poder Judiciário encontra-se de portas abertas para o litígio de sorte que todos que demandarem encontrarão nele a resposta de seus anseios de justiça” (SPENGLER, 2014, p. 35).

Entretanto, não é o juiz que irá solucionar todos os conflitos de forma justa, ele somente dará a sua decisão em relação a uma lide, visando que não seja propagada a violência na comunidade. Com a decisão do juiz a lide será encerrada, mas não necessariamente resolvida (RESTA, 2014, p.14).

Pode-se destacar que o Poder Judiciário decide o conflito, mas não busca a resolução das relações de conflito:

Conseqüentemente, o Judiciário funcionaliza (no sentido de que institucionaliza) ou processa conflitos sociais, mas suas decisões não eliminam relações sociais. Na verdade, ele decide sobre aquela relação social especificamente demandada, o que não impede, todavia, que outras tantas, com novas características, se manifestem ou que continue existindo a própria relação social enquanto tal. O ato do Poder Judiciário

interrompe apenas aquela relação conflitiva, mas não impede o desenvolvimento de outras tantas. Não cabe ao Judiciário eliminar o próprio manancial de conflitos sociais, mas sobre eles decidir, se lhe for demandado (SPENGLER, 2014, p. 36).

Então, se deve pensar em meios alternativos para o tratamento dos conflitos, buscando soluções mais democráticas ao sistema judiciário nacional que se encontra em crise.

Rebouças (2010) citou o mito do juiz e seus deuses (Júpiter, Hércules e Hermes), em relação aos problemas da decisão e da legitimidade do ato de julgar. Conforme destacado pela autora, o primeiro modelo de juiz é Júpiter, caracterizado pela imperatividade da lei, pela estrutura centralizada e hierarquizada da pirâmide. O segundo modelo é Hércules, tido como um juiz humanizado, mas forte, que é submetido a um trabalho penoso de decidir os conflitos. Por fim, aparece o modelo de juiz Hermes, comunicador, juiz do transitório, do fragmentário, ator de um jogo.

Assim, o juiz jupiteriano é aquele do Estado de direito, enquanto o juiz herculeano se faz presente no Estado (neo)constitucional. Deixamos para trás o modelo do código para adotar o do dossiê. Por isso, no lugar do monismo normativo, temos a proliferação das decisões particulares e no lugar do monismo político, temos a dispersão de sentido; a generalidade e abstração da lei são substituídas pela singularidade e o concreto do juízo; a pretensão de coerência lógica de uma racionalidade dedutiva e linear é substituída pela busca de uma coerência prática, de uma acomodação fática, implicando socorrer-se de outros saberes técnicos como a medicina ou contabilidade. [...] Para François Ost, antes de norma, o direito é discurso e, enquanto tal, tem movimento, comunica, interliga, articula-se entre a regra e o fato, entre a ordem e a desordem. Entre o convencionalismo de Júpiter e a invenção de Hércules, Hermes adota uma postura hermenêutica, reflexiva. Dialético e móvel, o direito (como discurso) é um jogo. Enquanto jogo, o direito se legitima por uma mediação procedimental e neste sentido, a democracia garante, como experiência possível, a manutenção e ramificação da rede. (REBOUÇAS, 2010, p. 137)

Assim, Hermes é apresentado como um mensageiro, um elo entre a democracia e o direito. Trata-se de um juiz mediador, “que se reconhece no seio de uma hermenêutica circular [...] e nos obriga a mediar passado e presente e nos lançar em futuro incerto” (REBOUÇAS, 2010, p. 139). Mas, o que é o juiz mediador? Rebouças (2010, p. 140) explica:

O juiz mediador não é somente aquele que utiliza a mediação como técnica ou procedimento de resolução de conflitos. Entendo que o foco semântico desta palavra indica: (i) que é um juiz consciente da dimensão compreensiva da atividade interpretativa, ou seja, um juiz imerso na questão hermenêutica que encara o ser como linguagem. Assim, interpretar é media intersubjetivamente significados, é produzir uma comunicação sem ruídos, ou minorada em seus efeitos; (ii) que é um juiz, por isso e por uma postura mais democrática, que não se encastela no alto de uma torre de marfim, preso a dogmas e ciente de uma autoridade quase metafísica. Ao contrário, é um juiz mais mundano, ciente de suas limitações e da condição de co-autor na resolução dos conflitos, co-autor junto com as partes, testemunhas, peritos, advogados, promotores, etc; e, sem pretensão de exaustão, (iii) um juiz que busca procedimentos menos hierarquizados, não se colocando no vértice de um triângulo ou ângulo, mas entre partes, concentrado que está em alcançar o consenso prático, buscando para isso conciliar e mediar. É um juiz, enfim, que busca uma linguagem mais acessível e que espera alcançar a justiça através de uma prática humanizada, seja lá o que esta palavra lhe possa sugerir. Por isso, Hermes se sobressai menos

por sua autoridade de juiz, suas vestes e cenários, e mais pela capacidade que tem de atuar em um cenário democrático.

A aproximação entre direito e moral criada pelo (neo)constitucionalismo e pelo juiz Hércules não rendeu muitos tributos à democracia, visto que esta exige discussão ética, comprometimento dos atores com valores de participação e emancipação, além de exigir respeito às regras do jogo. É preciso que o juiz Hermes se comprometa com a democracia, num jogo de responsabilidades (REBOUÇAS, 2010).

Refletindo o modelo adotado no Brasil, Rebouças (2010) argumenta que o direito judicialmente organizado é fruto do Estado de direito, da separação de poderes, a partir da qual é possível enxergar a atividade judicial em um poder – assim, julgar deixou de ser juízo e passou a ser procedimento, aproximando-se das esferas objetivas do conhecimento, alardeadas pelo racionalismo iluminista.

A razão moderna, que na figura do Estado é razão burocrática, impõe ao julgamento a fragmentação e especialização da técnica. O ato, a resolução do conflito é desfocado, é pulverizado e fragmentado em momentos sucessivos, em pequenos atos isolados e, em seguida, encadeados. O processo como reunião destes atos aspira ao todo. Mas a resolução, cadenciada por um tempo que não é o do conflito, por um tempo que é o tempo do Estado, da burocratização e do processo, neutraliza-se pela perda de sentido próprio. (REBOUÇAS, 2010, p. 147)

No fim, tudo que importa é a quantidade ao invés da qualidade. Dessa forma, como refere Rebouças (2010, p. 148), “não se pode esperar do Judiciário um aprofundamento das questões, ou pelo menos em todas as questões, o que o obriga a ser seletivo”.

Dentre os caminhos possíveis para a modernização do Judiciário, há de se enfrentar a problemática em torno do acesso à justiça, visto que massificar a justiça seria importante para a estabilização das tensões e conflitos próprios das sociedades contemporâneas. Ademais, há de se desenvolver formas alternativas de resolução de conflitos (REBOUÇAS, 2010).

Para Rebouças (2010, p. 169): “o sistema judicial acirra a competição, levando a resoluções de conflitos que implicam, de maneira significativa, em perdas”. Entendendo que a sociedade não podem eliminar por completo os conflitos, a autora expressa a necessidade de novas formas de lidar com eles, aproveitando ou convertendo suas forças em produtivas.

A competição e a cooperação estão relacionadas aos conflitos, demonstrando que: “[...] é possível imaginar que situações cooperativas estão ligadas a conflitos produtivos enquanto situações competitivas tendem a conflitos destrutivos” (REBOUÇAS, 2010, p. 168). A competição tende a acentuar e manter o conflito, devido a imposição pela força, atitudes hostis e problemas de linguagem e comunicação. Por outro lado a cooperação prima pela resolução de forma honesta, se primando pelo respeito e pelo diálogo de forma amigável e

com confiança. Na cooperação as pessoas agem com o comprometimento e na competição as pessoas agem de forma indiferente (REBOUÇAS, 2010, p. 168-169).

4. A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA DE CONFLITOS: UMA ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA E EFICAZ PARA A OBTENÇÃO DE JUSTIÇA

A mediação comunitária surge como uma alternativa democrática para a resolução de conflitos, sendo uma forma para restabelecimento da comunicação por intermédio do consenso, que é entendida como o:

[...] restabelecimento da comunicação entre as partes, sem a imposição de regras, auxiliando-as a chegar a um reconhecimento recíproco que produza uma nova concepção de conflito. Ela baseia-se em um procedimento informal e pela valorização da diferença e da diversidade. (SPENGLER, 2010, p.312)

O local de ocorrência da mediação é a sociedade, tendo por objetivo o restabelecimento dos canais de comunicação e a reconstrução dos laços sociais destruídos. O principal desafio é a aceitação da diversidade e da diferença. As discussões relacionadas a mediação devem primar pela qualidade, sendo possível acordar em relação ao controle do tempo e das práticas a ser realizadas. O mediador deverá saber compor o tempo, para possibilitar o êxito da mediação (SPENGLER, 2010, p. 313).

A mediação é considerada uma arte, propiciando criar, fortalecer e reestabelecer laços entre indivíduos, assim como possibilitando o restabelecimento da comunicação, o tratamento e a prevenção de conflitos. (SPENGLER, 2012, p. 199).

A mediação comunitária utiliza de um mediador independente, que é membro da comunidade e que deve ter como finalidade possibilitar o sentimento de inclusão social aos moradores, mediante a autonomia do sujeito e a responsabilização por suas escolhas e por suas decisões, fortalecendo o sentimento de participação da vida social da comunidade e de cidadania. (SPENGLER, 2012, p. 200).

[...] a mediação comunitária cumpre com duas funções: primeiro oferece um espaço de reflexão e busca de alternativas na resolução de conflitos nas mais diversas esferas: família, escola, no local de trabalho e de lazer, entre outros. [...] o indivíduo possui um ganho que, não obstante parece secundário, assume proporções políticas importantes quando ao resolver autonomamente seus conflitos passa a participar mais ativamente da vida política da comunidade. (SPENGLER, 2012, p. 227-228).

A mediação comunitária, além de ser uma alternativa para desafogar o Poder Judiciário com a diminuição do número de demandas, visa um tratamento de conflitos mais adequado qualitativamente dentro da própria comunidade, sendo realizado por membros da

própria comunidade, que são legitimados pela confiança das partes e por características pessoais, e que conhecem a “[...] realidade social e o contexto espacial/temporal onde o conflito nasceu”. (SPENGLER, 2008, p. 232-233).

O desenvolvimento do planejamento de políticas públicas leva em consideração os fins que se pretende atingir com o desenvolvimento da atividade almejada. As políticas públicas podem ocorrer paralelamente as atividades do Poder Judiciário, sendo inclusive anteriores ao processo judicial, visando sempre a solução de conflitos sociais. (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 169)

Mediar tem por significado algo relacionado a estar entre a conexão de dois lados diferentes, ou melhor, indica a arte de possibilitar a comunicação daquilo que se encontra desconexo naquele instante, sendo a pessoa que consegue ver as diferenças e controvérsias entre as partes (RESTA, 2014, p.26-27).

A mediação comunitária é uma prática que se buscou desenvolver no Brasil:

Refere-se a programas governamentais e não governamentais voltados para a preparação de integrantes da comunidade como mediadores na solução dos conflitos locais [...] A mediação é o meio de solução de conflitos do qual o projeto lança mão. A formação do agente comunitário é contínua, conjugando um período de formação teórica inicial com a prática nos casos que aparecem no cotidiano. (SANTOS, 2008, p 41)

A instalação de uma democracia participativa, que valorize os espaços públicos e impulse a emancipação social se encontra de acordo com a política pública da mediação, possibilitando a democratização da resolução de conflitos. (REBOUÇAS, 2010, p. 131).

A atividade decisional do juiz possui déficits democráticos, devido, principalmente, ao excesso de poder e a falta de legitimidade. Para Rebouças (2010, p. 132-133), “do caso concreto (fático) que impulsiona o processo à decisão judicial, o que temos é uma atividade arbitrária de determinação de sentido”.

O juiz como ator (não se fala mais em mero aplicador), este juiz criativo, sensível à ponderação de valores, este juiz que considera não só a lei, mas também valores, princípios, costumes, informações técnicas, periciais, etc, este juiz neutralizador de conflitos, enfim, este juiz (neo)constitucional tende a encerrar um feixe de poder cada vez maior. Concentração de poder aguça o déficit de democracia, já agravado pelo déficit de legitimação representativa de sua autoridade. (REBOUÇAS, 2010, p. 133).

A solução, conforme Rebouças (2010) entende, está no enfrentamento da questão hermenêutica, da percepção da atividade interpretativa inserida num movimento maior de compreensão, capaz de aproximar direito e democracia. Para a autora, é perceptível a necessidade de outros modelos pós-representativos de democracia, como, por exemplo, a democracia participativa ou deliberativa.

Assim, reforçando o elemento democrático da participação, como critério para resgatar legitimidade na condução coletiva de sociedades comprometidas com igualdade e liberdade, torna-se necessário repensar e dimensionar novamente a atividade jurisdicional. Pensar inventivamente em que medida a decisão pode ser fruto de uma participação maior e mais diversificada de atores, fruto de um comprometimento maior das partes, num exercício de partilha de poder e de escuta do outro. É nesse sentido que tomo como instigante a tentativa de François Ost de pensar num Juiz Hermes, um juiz mediador capaz de partilhar a decisão com outros atores, com as partes, pensar no juiz comunicador, no juiz das redes. Um modelo que coloca a questão hermenêutica no centro da discussão entre direito e democracia, sensível à necessidade de estabelecer entre estes dois acervos, um conexão frutífera, duradoura e recorrente. (REBOUÇAS, 2010, p. 134)

Assim, “Se o direito tem desempenhado uma função crucial na regulação das sociedades, qual a sua contribuição para a construção de uma sociedade mais justa?” (SANTOS, 2008, p. 20). Em busca de maior justiça social, se faz importante a emancipação social, fator que consolidaria cidadão com cidadania plena, conscientes da titularidade de direitos. A construção da cidadania plena se dará somente com a inclusão social e o acesso universal a justiça, o que aumentaria com a mediação comunitária. Destaca-se que Para se concretizar a democracia, exige-se que os cidadãos possuam direitos de cidadania: “A revolução democrática da justiça que aqui vos propus é uma tarefa muito exigente, tão exigente quanto esta ideia simples e afinal tão revolucionária; sem direitos de cidadania efetivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada” (SANTOS, 2008, p. 20-24; 90).

5. DA MEDIAÇÃO, SUAS CARACTERÍSTICAS E TÉCNICAS

A diferenciação entre a conciliação e a mediação consiste em:

Na conciliação, o terceiro que intervém ainda pode propor um termo, ponderar soluções com as partes, embora a ação destas já tenha saltado para a ordem do principal. O mediador, por sua vez, sequer pode fazê-lo. Ele está restrito, em relação ao acordo, à tarefa de criar o canal de comunicação e permitir que as partes transformem o conflito. (REBOUÇAS, 2010, p. 182)

Excluindo a ideia de vencedores e vencidos, a mediação e a conciliação enaltecem o papel e a responsabilidade dos opositores, impedindo o surgimento da noção de violência e de vitimização.

O mediador tem por principal característica não intervir na solução do conflito, podendo, entretanto, incitar a comunicação entre as partes para tal finalidade. A mediação seria um processo de comunicação. Rebouças cita Warat e sua proposta para caracterização geral da mediação, indicando os seguintes elementos como necessidades para a função de mediador, incitando o amor e a sensibilidade como características necessárias ao perfil desse: “[...] sensibilidade, compaixão, alteridade, contágio (afinidades eletivas) e diálogo” (REBOUÇAS, 2010, p. 189). Assim, o mediador “Não concilia, não

propõe, não decide: o mediador escuta, incita o falar das partes, conecta, articula e quanto menos sua intervenção for solicitada, mas eficiente ela terá sido” (REBOUÇAS, 2010, p. 189).

Na mediação um terceiro irá ajudar as partes a tratar o conflito, de maneira que se obtenha uma solução aceitável e que mantenha a continuidade das relações das pessoas em conflito em uma sociedade plural e multicultural, mediante uma diversidade de técnicas que vão desde a negociação até a terapia, sendo uma forma alternativa, consensual, voluntária e mais democrática de solucionar o problema em substituição ao modelo tradicional coercitivo estatal que é autoritário. Na mediação será passada a responsabilidade para as partes tentarem chegar a um consenso, se mantendo o equilíbrio na relação entre elas, com oportunidades iguais de manifestações e se buscando a harmonia entre ambas (SPENGLER, 2014, p. 44-45).

A mediação sofre críticas por ser um procedimento novo, por não ser uma técnica disciplinada juridicamente em muitos países e por ser uma alternativa a figura da coerção do juiz que busca o consenso, sendo algo perigoso devido a insegurança jurídica e a incerteza (SPENGLER, 2014, p. 45-47).

Os métodos tradicionais se concluem com a realidade da “solução”, não importando se ela é justa e correta, mas a última palavra é a do juiz. Já na mediação a autonomia é das partes, não há uma definição do judiciário, sendo as partes que controlam a resolução dos conflitos, não havendo um rigor na submissão a regras jurídicas (SPENGLER, 2014, p. 48).

O desencontro de posicionamentos vertidos de uma situação conflituosa, a figura do mediador enquanto terceiro intermediário do conflito, a inexistência de previsibilidade e certeza jurídicas são vistos como limitadores da mediação. Essa visão nasce da necessidade de ordem estabelecida pelas prerrogativas de um sistema jurisdicional cuja racionalidade vê na autoridade estatal o direito de dizer quem ganha e quem perde o litígio. O que se observa é a necessidade de limitar a violência e a desordem através do monopólio dessa própria violência por parte do Estado (SPENGLER, 2014, p. 48).

Porém, a mediação serve como um espaço para acolher a desordem estatal, um espaço que se possa transformar o conflito e a violência em uma solução harmônica. Portanto, a mediação “[...] é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos” (SPENGLER, 2014, p. 48-49).

A mediação é uma atividade interdisciplinar que exige uma complexidade de conhecimentos de diversas áreas ao sujeito que vai exercê-la, “[...] razão pela qual diversos profissionais e pessoas experientes podem e devem estar envolvidos como mediador, a

exemplo de psicólogos, assistentes sociais, líderes comunitários, educadores, entre outros” (REBOUÇAS, 2010, p. 192).

Para Rebouças: “Um dos espaços privilegiados para o desenvolvimento da mediação se situa na zona dos conflitos de família. Especialmente, a mediação familiar lida com conflitos que jogam com a subjetividade dos atores envolvidos” (2010, p. 194). Nesta se trabalha com uma interdisciplinariedade de assuntos como questões patrimoniais, morais, psicológicas, sociais, além das questões jurídicas, havendo uma relação.

A mediação é uma distinta possibilidade em localidades onde se há a paz e se busque a concretização da democracia. Neste sentido, a mediação é “[...] um sistema de resolução de conflitos responsável e comprometido com uma ideia de democracia participativa e emancipatória” (REBOUÇAS, 2010, p. 197).

A emancipação do sujeito é uma necessidade para a mediação, mediante um aumentando de participação na democracia por um sujeito emancipado e liberto, se modificando aquela conceituação tradicional de justiça, caracterizada pelo fato de ignorar: “[...] deliberadamente as subjetividades, faz da parte uma figura secundária, necessariamente representada e assistida por um advogado, sem capacidade, sem autonomia, sem voz, sem desejos” (REBOUÇAS, 2010, p. 206-207).

A subjetividade do sujeito é algo que se encontra sempre em construção, devendo ser algo aberto a novas possibilidades e sensível as diferenças. Atualmente, se necessita de sujeitos com uma abertura multicultural e plural, em constante aperfeiçoamento. No entanto, o sistema judicial não atenta para a modernidade do sujeito e as diferenças, pois busca decisões padronizadas e uniformes, que ignoram as características subjetivas pessoais. O sistema judicial tradicional tem muitas dificuldades para resolver os conflitos de forma pacífica, atentando para a subjetividade em busca da garantia de justiça (REBOUÇAS, 2010, p. 208-210).

Para Rebouças (2010, p. 210-211):

Pensar em outros sistemas de resolução de conflitos que possam agir, paralelamente, alternativamente ou em conjunto com o sistema Judiciário torna-se uma tarefa urgente, tarefa já em curso pela teoria e dogmática jurídica do Brasil e de boa parte do mundo.

Mas, além de diversificação de procedimentos, de sistemas de resolução, seria desejável potencializar as práticas emancipadoras, democráticas, libertárias, as práticas que liberem a subjetividade de um padrão homogeneizante e que potencializem em nós a responsabilidade por nossas vidas.

Porém, a dificuldade de atentar para as diversidades esbarra na padronização de sujeitos decorrente da globalização, que exclui as culturas locais em decorrência do incentivo ao consumismo globalizado (SANTOS, 2001).

Para um bom desempenho da função de mediador, deverá se primar pelas as seguintes características:

- a) Capacidade de aplicar diferentes técnicas autocompositivas de acordo com a necessidade de cada disputa;
- b) Capacidade de escutar a exposição de uma pessoa com atenção utilizando de determinadas técnicas de escuta ativa (ou escuta dinâmica);
- c) Capacidade de inspirar respeito e confiança no processo;
- d) Capacidade de administrar situações em que os ânimos estejam acirrados;
- e) Estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos;
- f) Examinar os fatos sob uma nova ótica para afastar perspectivas judicante ou substituí-las por perspectivas conciliatórias;
- g) Motivar todos os envolvidos para que, prospectivamente, resolvam as questões sem atribuição de culpa;
- h) Estimular o desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses;
- i) Abordar com imparcialidade além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes (SPENGLER, 2014, p. 52-53).

Com base nestas características, o mediador terá como funções: “1. Ajudar as partes conflitantes a identificar e a confrontar as questões em conflito”; “2. Ajudar a prover circunstâncias e condições favoráveis para se confrontarem as questões”; “3. Ajudar a remover os bloqueios e as distorções no processo comunicativo de uma maneira tal que a compreensão mútua possa se desenvolver”; “4. Ajudar a estabelecer norma para a interação racional como o respeito mútuo, comunicação aberta, uso de persuasão em vez de coerção e desejo de atingir um acordo mutuamente satisfatório”; “5. Ajudar a determinar que tipos de soluções são viáveis e fazer sugestões sobre soluções possíveis”; “6. Colaborar para que um acordo viável seja aceito pelas partes em conflito”; “7. Ajudar a tornar as negociações e o acordo alcançado prestigiosos e atraentes para públicos interessados, especialmente os grupos representados por negociadores” (SPENGLER, 2014, p. 52-54).

A mediação possui algumas técnicas. Na “técnica do resumo” o mediador irá apresentar às partes, logo após suas manifestações, a identificação um resumo sobre toda a controvérsia apresentada, contendo questões, interesses e sentimentos, que serão imparciais e neutros, bem como que demonstrem os aspectos importantes para a mediação, para que seja realizado um debate por elas. No mesmo sentido do resumo, se encontra a paráfrase, que nada mais é do que o mediador parafrasear o que as partes estão expondo (SPENGLER, 2014, p. 65-67).

Outra técnica é a “Identificação de questões, interesses e sentimentos”, que ocorre durante boa parte do procedimento, cabendo ao mediador registrar as controvérsias, sendo de extrema importância para identificar as resistências a um acordo. Aqui se deve buscar

desvincular os sentimentos do problema e efetuar perguntas pertinentes (SPENGLER, 2014, p. 67-68).

A sessão conjunta de identificação de interesses, questões e sentimentos tende a ser a etapa mais ansiosa da mediação, pois é nela que as partes mais se soltam. Explorando propostas, já nessa etapa, é bem possível que as partes realizem um acordo que não englobe as questões relevantes do conflito, como também não abordem seus interesses reais. É melhor, portanto, esperar uma etapa em que o mediador e as partes tenham uma visão mais madura de todo o conflito. É importante dar um certo tempo para refletirem acerca das informações prestadas e obtidas antes de estarem emocionalmente preparadas para iniciar a fase de resolução de questões. Essa etapa pode ser alcançada mediante a utilização da técnica do resumo (SPENGLER, 2014, p. 68).

A próxima forma de mediação exposta é a da “validação de sentimentos”. Diversos são os sentimentos que serão expostos pelas partes em conflito no andamento da mediação. O mediador deve identificar a necessidade de realizar sessões individuais para validar os sentimentos das partes. Destaca-se que “A validação de sentimentos somente deve ocorrer em sessões conjuntas, se as duas partes compartilharem o mesmo sentimento”. No entanto, o mediador não pode se manifestar quanto a concordância com o sentimento, o que poderá ofender a imparcialidade (SPENGLER, 2014, p. 68-69).

A “resolução de questões” é outra técnica para a mediação. O caminho para a mediação deve buscar três sins para a busca pelo acordo, não se configurando um vencedor, seriam eles: “um sim a um acordo proveitoso, um sim à aprovação e um sim a um relacionamento saudável” (SPENGLER, 2014, p. 69-70).

A “despolarização do conflito” é uma técnica que visa demonstrar “[...] a necessidade de mostrar às partes que ambas têm interesse na resolução da disputa e que a solução partirá delas mesmas” (SPENGLER, 2014, p. 70). Já o afago tem por finalidade “A técnica do afago, também conhecida como reforço positivo consiste em dar uma resposta positiva por parte do mediador a uma iniciativa elogiosa, eficiente e positiva da parte ou do seu advogado” (SPENGLER, 2014, p. 70). Poderá haver a técnica do silêncio, onde o mediador deverá: “[...] considerar o silêncio como aliado no aprofundamento das respostas. É importante, nesse caso, evitar a realização de perguntas ou a sua complementação nesse momento” (SPENGLER, 2014, p. 70).

Já a “inversão de papéis” tem por objetivo “estimular a empatia entre as partes por intermédio de orientação para que cada uma perceba o contexto também sob a ótica da outra. Deve ser usada prioritariamente em sessões privadas [...]” (SPENGLER, 2014, p. 70). Por fim, foi exposta a “escuta ativa”, técnica que visa “por meio da qual o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e o motivo de mensagens verbais e não

verbais (postura corporal), percebendo assim informações ocultas contidas na comunicação” (SPENGLER, 2014, p. 71).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise realizada na presente pesquisa, se verifica que a mediação comunitária é uma interessante proposta de democratizar a resolução dos conflitos no território brasileiro, contribuindo para a universalização do acesso a justiça e para a diminuição de lides no Poder Judiciário.

Constatou-se que o juiz não irá possibilitar, na maioria das vezes, o melhor resultado para o conflito, ocasionando a caracterização da figura do vencedor e perdedor. A atuação do poder judiciário se prende a detalhes das codificações, esquecendo as subjetividades que estão atreladas as partes e ao conflito. A mediação é uma maneira de possibilitar um resultado mais justo devido ao acordo entre as partes, mediante técnicas alternativas e democráticas.

Por último, se conclui sobre a importância do desenvolvimento de políticas públicas que incentivem a prática da mediação nas comunidades, revolucionando o acesso à justiça e transformando o direito brasileiro em uma prática destinada não só as elites.

5. REFERÊNCIAS

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos**. 2010. 270 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Cortez, 2008.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**. Por uma nova Cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. **Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.

_____. **Retalhes de mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2014.