



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
ESPECIALIZAÇÃO EM MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

ADOLFF UCHÔA DE LIMA

MEDIAÇÃO COMO PROPOSTA DE IGUALDADE

**CAMPINA GRANDE
2018**

ADOLFF UCHÔA DE LIMA

MEDIAÇÃO COMO PROPOSTA DE IGUALDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de especialista em Meios Consensuais de Solução de Conflitos pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) em parceria com a Escola Superior da Magistratura (ESMA).

Orientador: Prof. Me. Camilo de Lélis Diniz de Farias.

CAMPINA GRANDE

2018

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

L732m Lima, Adolff Uchôa de.
Mediação como proposta de igualdade [manuscrito] / Adolff Uchôa de Lima. - 2018.
49 p.
Digitado.
Monografia (Especialização em Meios Consensuais de Solução de Conflitos) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa , 2019.
"Orientação : Prof. Me. Camilo de Lélis Diniz de Farias ,
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Abordagem humanista. 2. Poder Judiciário. 3. Cultura de Paz. I. Título
21. ed. CDD 347.05

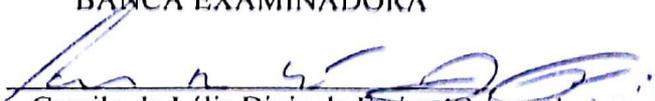
MEDIAÇÃO COMO PROPOSTA DE IGUALDADE

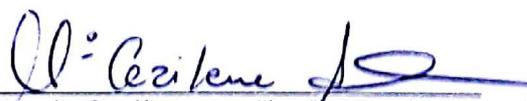
Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de especialista em Meios Consensuais de Solução de Conflitos pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) em parceria com a Escola Superior da Magistratura (ESMA).

Data da avaliação: 14 / 12 / 18

Nota: 10,0

BANCA EXAMINADORA


Prof. M^e. Camilo de Lélis Diniz de Farias (Orientador)
UEPB


Profa. Ma. Maria Cezilene Araújo de Moraes (Examinador)
UEPB


Prof. Dr. Herry Charriery de Costa Santos (Examinador)
UFCG

CAMPINA GRANDE

2018

AGRADECIMENTOS

A professora Cezilene Moraes pela oportunidade e por toda compreensão.

A professora Nayara Queiroz pela inspiração.

Ao professor Camilo de Lélis pela aceitação do convite para orientação do trabalho.

Ao professor Herry Charriery pela aceitação do convite para compor a banca.

A Ana Teberge e Vera por toda ajuda e organização dispensadas.

Aos amigos do grupo Consenso: Danielle, Ismenia, Leonam, Nívea e Max pelo companheirismo e pelo trabalho conjunto de sucesso em todos os meses em que eu pude estar presente.

RESUMO

A finalidade desse trabalho é discutir a necessidade de uma abordagem humanista nas ações praticadas pelo Poder Judiciário através da incorporação das técnicas de mediação como meio consensual de solução de conflitos. Parte-se da afirmação de que é possível uma melhora no trato dispensado por esse poder nessas ações pelo fomento dos preceitos humanistas de reconhecimento e valorização do outro. Apenas com a implementação desse conteúdo a ser assumido como objetivo pelos operadores da Justiça é que entendemos uma acessibilidade à igualdade real e efetiva corroborada pelo humanismo, de maneira que todas as pessoas que necessitem resolver seus conflitos por meio do Judiciário se sintam fortalecidas pela possibilidade de vivenciar sua subjetividade dentro de um acesso à justiça que fomenta a liberdade, o respeito e a igualdade de trato e de oportunidades. Questionamos se o Estado quer fortalecer a ideologia pautada na inclusão desses preceitos que asseguram cidadania e proteção, no intuito de possibilitar às pessoas a vivência de um Judiciário humanizado que, por meio da incorporação da mediação e de seus princípios, daria o exemplo inaugurando um entendimento condizente com uma democracia mais abrangente.

Palavras-chave: Abordagem humanista, Poder Judiciário, Mediação, Igualdade, Democracia.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the need for a humanistic approach in the actions practiced by the Judiciary Power through the incorporation of mediation techniques as a consensual method of conflict resolution. It is based on the assertion that it is possible to improve the treatment practiced by this power in these actions by fomenting the humanistic precepts of recognition and valorization of the others. Only through the implementation of this content to be assumed by the operators of Justice we can understand an accessibility to real and effective equality corroborated by humanism, so that all those who need to resolve their conflicts through the judiciary feel empowered by the possibility of living their subjectivity within an access to justice that fosters freedom, respect and equal treatment and opportunities. We question whether the State wants to strengthen the ideology based on the inclusion of these precepts that ensure citizenship and protection, in order to enable people to experience a humanized Judiciary that, through the incorporation of mediation and its principles, would set an example by opening an understanding consistent with a broader democracy.

Keywords: Humanist approach, Judiciary, Mediation, Equality, Democracy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CULTURA DO LITÍGIO.....	10
2.1 Conceito de pessoa	10
2.2 Igualdade e reconhecimento.....	12
2.3 Abordagem humanista no Judiciário	13
2.4 Questão de subjetividade.....	14
3 MEDIAÇÃO COMO PROPOSTA DE IGUALDADE.....	21
3.1 A justiça restaurativa e a cultura de paz frente a justiça retributiva e a cultura do litígio.....	22
3.2 Considerações sobre os modelos retributivo e restaurativo de justiça.....	25
3.3 O trabalho da mediação.....	28
3.3.1 Definição de mediação	29
3.3.2 Princípios básicos da mediação.....	31
4 MEDIAÇÃO E CULTURA DE PAZ	33
4.1 Mediação e ideologia neoprivatista.....	33
4.2 A intervenção no processo de mediação.....	34
4.2.1 Passos e objetivos.....	35
4.2.2 Modelo de mediação	37
4.2.2.1 <i>Fixando os termos do acordo</i>	38
4.2.2.2 <i>Praticando a escuta ativa</i>	41
4.2.2.3 <i>Técnicas adicionais na mediação</i>	42
4.3 Linhas de pensamento em mediação	43
4.3.1 Linha transformativa	43
4.3.2 Linha narrativa ou circular	44
4.4 O processo judicial como alternativa às alternativas.....	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Acreditamos que o discurso acerca da igualdade em quase todos os níveis apresenta, atualmente, um grau de ineficácia que não passa despercebido. A legislação que durante um tempo considerável foi a forma mais expressiva do discurso igualitário já não oferece a segurança reclamada pelas pessoas mais vulneráveis, mas converteu-se na maneira mais corriqueira utilizada por parte do Estado quando o assunto é responder às demandas sociais.

O Direito, no sentido de conjunto normativo, a cada dia recebe novas regras que a maioria da população desconhece, haja vista à produção normativa incessante, seja ela nacional, estatal ou municipal. Temos conhecimento do aumento do conjunto normativo, sem contudo termos conhecimento do teor dessas normas que, longe de seu real propósito, não têm resolvido os anseios mais simples das pessoas.

Ocorre que essa cultura normativa está compreendida como infalível, talvez inclusive pelo interesse Estatal de poder contar com alguma ferramenta compreendida como eficaz, mas, na verdade, a lei não tem passado de mero papel escrito sem significação contundente, pois percebemos que funciona debilmente apenas em alguns nichos e situações sociais sem realmente abarcar profundamente a grande realidade de situações que deveria, não chegando, principalmente, às camadas da população mais carentes.

A mediação, meio consensual de solução de conflitos, pode ser vista, nesse contexto, como uma maneira de prática verdadeira da igualdade porque apresenta como requisito essencial partes iguais em decisões e responsabilidades. Essas partes prescindem de qualquer característica para cooperarem na solução do seu problema, bastando que sejam pessoas capazes, trazendo os benefícios de utilização do arsenal legislativo já disponível, de desvio de ações judiciais para uma solução mais rápida e pessoal e, como já dissemos, prática efetiva de igualdade, prescindindo de um Estado que em boa parte dos casos não resolve o problema.

Nesse sentido a mediação e seus requisitos dão ao sistema social, entendido tanto em termos de normas quanto em termos de instituições, uma lição básica de

igualdade por meio da igualdade real entre as partes que fomenta, por essa razão a mediação pode ser utilizada como exemplo de desconstrução (DERRIDA, 2006) da desigualdade quando traz para sua prática uma realidade verdadeiramente democrática.

Este estudo acerca da humanização do Poder Judiciário por meio da utilização da mediação e conseqüente superação do discurso de igualdade vigente (sem, contudo, desmerecê-lo) em cotejo com a teoria humanista, pretende seguir procedimentos metodológicos que conferirão um maior grau de cientificidade à pesquisa.

Assim, o método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, vez que se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca das questões oferecidas, e pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência dos fenômenos nelas abrangidos (LAKATOS; MARCONI, 1992). É um estudo bibliográfico, exploratório e descritivo (GIL, 1994).

Quanto ao procedimento, este estudo fará uso dos métodos histórico, jurídico, hermenêutico e dialético, visto que, além da abordagem da questão concernente a humanização do Poder Judiciário, busca-se priorizar uma interpretação sistemática do significado da mediação nesse processo, manejando a documentação que, em boa parte, segue a interpretação de textos acadêmicos. Como tipos de instrumentos a serem adotados, teremos a citação de obras analíticas e remissivas sobre informações relacionadas com as questões do instituto da mediação, sua prática e com reconhecimento da igualdade.

2 CULTURA DO LITÍGIO

A mediação traz uma concepção real do que é democracia já que tem como base a igualdade entre as partes e prescinde de características outras que não sejam a personalidade e a capacidade, o que apresenta a possibilidade de ser utilizada como exemplo para fundar uma nova cultura dentro do Poder Judiciário que tem estado desde muito voltado ao litígio.

A cultura do litígio é uma característica marcante do sistema jurídico formado pelo Poder Judiciário, influenciando seus operadores e usuários na maioria das vezes negativamente, quando um meio consensual de solução de conflitos é apresentado ou sugerido. Isto se observa quando aqueles que recebem as informações normalmente se mostram céticos quando a eficácia do instituto da mediação, por exemplo.

Dessa maneira se torna importante que uma novo conceito de Justiça seja implantado na mentalidade do que estão envolvidos nos processos sociais, conceito este que abarca também a compreensão de que cada processo judicial representa pessoas e suas particularidades. Para desenvolver o pensamento de que a mediação tem como possibilidade a mudança do paradigma do litígio na cultura jurídica e, por isso mesmo, favorecer um processo de igualdade democrático, é necessário apresentar o conceito de pessoa e os reflexos que são possíveis a partir desse conceito no sentido de uma conduta mais humanizada.

2.1 Conceito de pessoa

Kant acreditava que os seres humanos ocupam um lugar especial; segundo este filósofo os seres humanos possuem o valor intrínseco de dignidade, pondo-os acima de tudo. Os humanos, assim, nunca poderiam ser usados como meio para se alcançar um fim, princípio moral fundamental do qual todas as nossas obrigações e responsabilidades deveriam derivar. Kant destaca ainda o caráter racional do ser humano que também o diferencia por dispor de desejos e objetivos autoconscientes. Em outras palavras, os seres humanos são agentes racionais, livres e capazes de tomar suas próprias decisões, estabelecer seus próprios objetivos e guiar suas

condutas por meio da razão (RACHELS, 2006).

São Tomás de Aquino (1225-1274) ressaltou, como o filósofo ao qual nos referimos antes, a singularidade de cada pessoa, distinguindo dos demais seres por sua completude, incomunicabilidade, especialidade e racionalidade. De acordo com esse pensamento podemos dizer que os aspectos essenciais dessa singularidade são autonomia, racionalidade, liberdade, responsabilidade, irrepetibilidade, relacionalidade e comunicabilidade.

O que pretendemos demonstrar é o caráter de pessoa para qualquer sujeito considerado humano de acordo com as características às quais fizemos referência, principalmente porque algumas pessoas ainda são vistas como se estivessem dentro de categorias fora do gênero humano. Nesse sentido:

“A questão de saber se um ser pertence à determinada espécie pode ser cientificamente determinada por meio de um estudo da natureza dos cromossomos das células dos organismos vivos. Neste sentido, não há dúvida que, desde os primeiros momentos da sua existência, um embrião concebido a partir de esperma e óvulo humanos é um ser humano[...].” (SINGER, 2000, p. 35).

Em que pesem as divergências acerca de ser ou não o embrião um ser humano trazidas, principalmente, pela discussão sobre a interrupção voluntária da gravidez, queremos enfatizar com a citação anterior o caráter biológico da questão no que ela pode nos ajudar a compreender a igualdade. Nesse sentido, o conceito atual de ser humano para o Direito está ligado a concepção filosófica de valorização da humanidade enquanto capacidade de autonomia, ambas constitutivas do humanismo moderno. De acordo com RENAULT (2004, p. 10):

“(...) o que define intrinsecamente a modernidade é, sem dúvida, a maneira como o ser humano nela é concebido e afirmado como fonte de suas representações e de seus atos, seu fundamento (subjectum, sujeito) ou, ainda, seu autor: o homem do humanismo é aquele que não concebe mais receber normas e leis nem da natureza das coisas, nem de Deus, mas que pretende fundá-las, ele próprio, a partir de sua razão e de sua vontade. Assim, o direito natural moderno será um direito ‘subjetivo’, criado e definido pela razão humana (voluntarismo jurídico), e não mais um direito ‘objetivo’, inscrito em qualquer ordem imanente ou transcendente do mundo.

O Direito deve ser enxergado, portanto, como instrumento feito pelo homem para o homem, assegurando a este o status jurídico compatível com sua existência humana. Tal estatuto advém de sua consideração como pessoa: ser digno de proteção e respeito. No direito positivo brasileiro, vemos que a lei associou a pessoa à subjetividade jurídica. Nosso Código Civil dispõe em seu art. 2º que: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*” Desse modo, no sentido jurídico moderno, todo ser humano é pessoa, dotado, pois, de uma personalidade jurídica, considerada a aptidão genérica para adquirir direitos e deveres.

A atribuição, por meio normativo, de uma personalidade a todo ser humano dá a todas as pessoas direitos inerentes à sua condição humana, direitos de personalidade, classificados em três grandes categorias: a) direito à integridade física; b) direito à integridade moral; c) direito à integridade intelectual. O que se quer demonstrar é que essa integridade global está direcionada à coletividade e sua diversidade e que uma proposta de humanização de acordo com a teoria desenvolvida por Carl Rogers (2001) da abordagem centrada na pessoa pode trazer benefícios para um Poder Judiciário que, utilizando a mediação como ferramenta de trabalho para dirimir os conflitos que lhe são apresentados, compreende e afirma essa diversidade.

2.2 Igualdade e reconhecimento

O respeito, a promoção e o provimento dos direitos ligados à diversidade passaram a ser problema de ordem global, visto que se relacionam com os direitos civis, políticos e sociais. Acredita-se no poder de contribuir para a mudança do paradigma da desigualdade estrutural em torno das formas de promover a busca da plena cidadania para toda pessoa, respaldada em critérios jurídicos e científicos, revelando a perspectiva da ideologia em favor da emancipação social.

A teoria crítica do direito, a fim de estabelecer e favorecer a autonomia da vontade, a partir do reconhecimento da identidade e da diversidade, motiva o fortalecimento de espaços e de comportamentos em busca de dignidade e afirmação dos sujeitos. Estas questões estão diretamente ligadas à discussão de igualdade e do reconhecimento desta diante da norma legal. Com foco na concepção de cidadania e

da emancipação, impõe-se a fruição dos direitos básicos com o olhar humanizado da proteção social, com observação direcionada à teoria de Carl Rogers (1977, 1983, 2001) e também da teoria crítica dos direitos humanos (FLORES, 2009).

Com base também nas teorias da igualdade (NYE, 1995) e na teoria do reconhecimento de Fraser e Axel Honneth (2003, 2009), a normativa de proteção social que favorece o reconhecimento do caráter de pessoa de todo e qualquer ser humano estabelece nítida comunicação com a abordagem humanista que o Judiciário deve praticar quando recebe as demandas sociais.

Se deve, portanto, monitorar as práticas do Judiciário, na tentativa de responder à seguinte indagação: considerando a igualdade e o respeito à identidade, a visibilidade e o reconhecimento de cada indivíduo como ser humano, como se estrutura o Poder Judiciário brasileiro no que se refere a abordagem dispensada às pessoas? Essa estrutura, se existe, conseguem implementar um processo de consolidação da cidadania em termos de igualdade democrática?

De acordo com o pensamento de CARBONARI (2007) o sujeito de direitos não é uma abstração formal. É uma construção relacional; é intersubjetividade que se constrói na presença do outro e tendo a alteridade como presença, assim o processo de reconhecimento da diversidade como um direito impõe uma atuação judicial que priorize o que está positivado na Carta de Direitos Humanos e na ordem constitucional em favor da mudança da realidade vivida pelo Judiciário de não consideração da subjetividade, de descrença nos meios consensuais de conflitos e de seu papel no início de uma construção de um novo discurso sobre igualdade que suplante a esclerose atual.

2.3 Abordagem humanista no Judiciário

Nesse sentido vemos que o amplo reconhecimento dos direitos humanos/fundamentais pela Constituição de 1988, além de impor um conjunto de obrigações ao Estado e aos próprios particulares para sua proteção e promoção também fornece as bases para uma abordagem humanista das situações propostas no Judiciário (MAUÉS, WEYL, 2007).

A partir da constatação da ausência ou precariedade de ações que facilitem essa abordagem nas demandas propostas ao Judiciário no Brasil, há um tipo de violência como negação do direito à existência plena enquanto instrumento emancipatório. Como as políticas existentes são poucas e ineficientes no ponto de vista da promoção de tal direito em específico se deve buscar na subjetividade uma resposta.

A não consideração da subjetividade impede que o direito à existência plena seja tomado como eficaz instrumento (SEN, 2001) na perspectiva da política estatal, sendo assim, a norma jurídica e as ações políticas estatais são meramente enunciativas, sem instituir eficazmente um programa de educação humanista dentro do Poder Judiciário como medida de amparo e combate à violência institucional. Neste marco de entendimento, a política pública dentro do Judiciário direcionada para educação humanista pode facilitar a cidadania, visto que a ação estatal seria pautada na teoria de Sousa (2010) sobre solução de conflitos e na teoria do reconhecimento (FRASER; HONNETH, 2003).

2.4 Questão de subjetividade

Para a OMS (Organização Mundial de Saúde) saúde é *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”*¹. Como não podemos compreender o homem sem sua subjetividade, mas apenas dentro do contexto de estar-no-mundo, é invariável que a exclusão, o preconceito e a negação dessa subjetividade sejam causas de “adoecimento”.

Em uma de suas aulas na especialização em Meios Consensuais de Solução de Conflitos (ESMA-UEPB), no mês de Outubro de 2016, a professora Nayara Queiroz lecionou que no sentido de sanar o conflito gerado pela exclusão, pelo preconceito e pela negação Carl Rogers informa uma proposta de ACP (Abordagem Centrada na Pessoa) que consiste na crença de que todo indivíduo possui dentro de si vastos recursos para auto compreensão para alterar seus autoconceitos, suas atitudes e seus comportamentos autodirigidos, que poderão ser liberados quando presente um clima de atitudes psicológicas facilitadoras.

¹ <https://www.who.int/suggestions/faq/es/>

Direcionando esse pensamento podemos ver claramente que em muitos dos casos existe um conflito agravado quando esse indivíduo não se identifica com a representação externa do conflito existente agravado ainda mais pela exposição no Judiciário que, por sua vez, não procura entender esse indivíduo em toda sua individualidade/complexidade, um tipo de exclusão praticada por esse Poder que faz urgente a proposta de humanização que Sousa (2010), baseada no pensamento de Rogers, nos traz.

Uma vez que o Judiciário é o poder por excelência ao qual levamos a maior parte de nossos conflitos para serem resolvidos, acreditamos que quando judicializados ultrapassamos os obstáculos epistemológicos de acesso à justiça e realmente tentamos efetivar através do Estado a cidadania e a dignidade em sincronia com a subjetividade, muito embora essa sincronicidade de fato não exista.

Em uma outra situação de aula, no mesmo mês citado anteriormente, a professora Nayara Queiroz trouxe a afirmação de que muitas vezes, mesmo no momento mais propício para o diálogo, as espirais do conflito² mostram uma convicção rígida do que está certo, gerando a falta de aceitação e compreensão empática que tem como resultado uma possibilidade de apresentação da ansiedade e do medo, sentimentos negativos advindos desse movimento. Esse fato nos deixa como resposta a ausência de formação humanística, seja especificamente no Judiciário ou no social de maneira geral.

O Estado, numa ação de retificação de nome e gênero de pessoas transexuais, para citar apenas um exemplo, tanto representa o meio social com o qual o sujeito trans entra em conflito como também o facilitador dialógico que permite o fluxo fenomenológico que possibilita a redução da convicção citada anteriormente. Dessa forma se ampliaria a função social do Estado de pacificação quando afasta os efeitos desse tipo de opressão. Nesse sentido nos ensina Paulo Freire (2011, p. 43):

Há uma violência quando os homens, seres históricos e necessariamente

² O conflito se insere num contexto de círculo vicioso de ação e reação pelas partes, sendo que a reação, normalmente é mais severa que a ação que a precedeu, isso poderá culminar em uma disputa. Quando essa cadeia não é controlada corre-se o risco, inclusive, de as partes perderem de vista seus verdadeiros anseios e as causas que inicialmente eram originárias, tornam-se secundárias.

inseridos num movimento de busca, quando em contato com outros não se façam sujeitos do seu próprio movimento.[...] Alienar os homens de suas decisões é torná-los objetos e transferir o poder decisório para outros, pois não é no silêncio que os homens se fazem, mas na palavra, no trabalho e na ação-reflexão.

Observamos no exemplo citado uma possibilidade de restauração do relacionamento consigo e com o social quando vemos um Poder Judiciário sensibilizado considerando os sentimentos carregados pela parte numa ACP direcionada pelo conceito de condição humana de Rogers (1977), que é o entrelaçamento do racional com o emocional se expressando na linguagem num momento em que é possível se fazer ouvir por uma escuta atenta que permite alçar o outro como parte legítima na convivência.

Acreditamos que esse clima psicológico favorável, o diálogo genuíno e a possibilidade de clarividência dos fatos nos dão a ampliação da visão para além da solução de um conflito; se pode perceber a mudança de paradigma quando o facilitador dialógico (Estado) demonstra empatia e possibilita a vivência pela consideração positiva incondicional dos sujeitos. Essa consideração positiva incondicional do outro, permitindo que ele expresse seus sentimentos, reduz os motivos de receios ou de defesa, gerando confiança (AMATUZZI, 1989)

O Estado, pela atividade humanizada do Poder Judiciário, pratica a compreensão empática quando percebe os sujeitos como pessoas independentes merecedoras de respeito em sua alteridade, demonstrando uma consciência de que antes de um processo judicial existem seres humanos e suas subjetividades. Pelo pensamento de Rogers (1977) ser empático é ver o mundo com os olhos do outro e não ver o nosso mundo refletido nos olhos dele, vez que todas as pessoas partilham dos mesmos desafios da condição humana e que um dos objetivos da utilização da teoria humanista é aproximar o Poder Judiciário da sociedade.

A abordagem humanista aumenta o respeito ao Poder Judiciário na medida em que os sujeitos são entendidos em sua totalidade, com abertura para suas escolhas e decisões firmadas de forma voluntária, consciente e responsável. Nesse sentido se consagra um método de viver uma filosofia humanista que coloca o facilitador e o seu pensamento à disposição da pessoa, o que se contrapõe à

imposição de uma solução que vem pronta como uma sentença judicial e que o receptor sente como distante de seu próprio destino.

Nesse sentido Fernandez (2016) citando José Saramago nos adverte:

“O egoísmo pessoal, o comodismo, a falta de generosidade, as pequenas covardias do quotidiano, tudo isso contribui para essa perniciosa forma de cegueira mental, que consiste em estar no mundo e não ver o mundo ou só ver dele o que em cada momento, for susceptível de servir aos nossos interesses. Temos que acreditar nalguma coisa sobretudo, temos de ter um sentimento de responsabilidade coletiva, segundo o qual cada um de nós será responsável por todos os outros. A prioridade absoluta tem que ser o ser humano.”

O humanismo como conceito nos diz que fora da experiência não há sentido nem significado, mas o *self* de cada pessoa normalmente não é apreendido pela sociedade e é nesse contexto de não apreensão dessa realidade em concreto que o Estado se faz necessário para manter o equilíbrio social. Trabalhando com a abordagem centrada na pessoa o relacionamento é transformativo em todas as direções e ressignifica o conflito para ver o “Eu” como gestor no processo de escolha, para auxiliar o indivíduo no processo de crescimento interno (pensamento-ação-emoção), para colaborar no processo de tomada de decisão consciente e responsável e na consequente superação do conflito de forma mais integrada, com saúde e adaptação, promovendo a liberdade de pensamento e de consciência crítica por meio da libertação das forças humanas de atualização de suas próprias potencialidades. Por Amatuzzi (2010) quando se permite que se diga tudo que se tem para falar, a pessoa se sente respeitada, aceita e acolhida, sendo suficiente que se disponibilize a escuta, para que o outro se presentifique no encontro e se sinta vivo inteiramente.

O direito e sua prática não andam a reboque da realidade social e cultural, de modo que a presente discussão em torno da humanização do Poder Judiciário problematiza a tônica da igualdade propagada na norma jurídica constitucional, de forma que este não pode se eximir de trabalhar de acordo com a abordagem centrada na pessoa e com os valores humanistas, porque há contingentes afastados da proteção estatal, uma vez que o chamado direito oficial não pode beneficiar sujeitos segundo padrões sociais previamente tomados como corretos e adequados do ponto de vista político, cultural, econômico e ético, mas sim observar o que preceitua a

Constituição.

Assim, quando o ordenamento jurídico constitui a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos “[...] *faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado*” (MIRANDA, 2000, p. 181) justamente para favorecer os direitos e garantias positivadas. Dentro da prerrogativa de que “*todos são iguais perante a lei*”, torna-se absolutamente premente o acesso a uma Justiça humanizada como direito fundamental social que assegura o respeito à dignidade e à própria visibilidade de cada indivíduo.

O direito à não discriminação é um direito fundamental na Constituição brasileira (Artigo 3º, IV, CF/88), conforme se vê em seu art. 3º: “ *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação*”, mas é interessante notar que, embora esse Texto seja a legislação de nível mais elevado do Estado e rejeite totalmente a discriminação, ela ainda se encontra presente nas situações mais corriqueiras.

O direito humano fundamental de não-discriminação abrange a compreensão de que é necessário levar em conta a perspectiva humanista pela qual se exige a colaboração e cooperação entre as diferentes administrações públicas na aplicação do princípio de igualdade de tratamento e de oportunidades. A única discriminação possível é a positiva, aquela que responde a questões objetivas e proporcionais; caso contrário, é ilegal e deve ser rejeitada.

Nesses termos de igualdade a CF/88 impõe a integração ativa desse princípio no tratamento de qualquer situação, notadamente para erradicar comportamentos que segregam. Quando o princípio da igualdade é esquecido o dano ao direito humano de existir plenamente ocorre; dessa forma, segundo Santos e Vieira (2004), a identificação do inexistente é equivalente ou mais elementar do que verificar, realmente, os meios de garantia de direitos.

Como exemplo contrário aos interesses da Constituição Federal de 1988 temos no Brasil o PLS nº. 193 de 2016 que procura incluir nas diretrizes e bases da

educação nacional o "Programa Escola sem partido". Seu Artigo 2º prevê os princípios do pluralismo de ideias no ambiente acadêmico e a liberdade de aprender e ensinar, bem como educação e informação sobre direitos dos estudantes, como também sua liberdade de crença.

No entanto, o parágrafo único do artigo citado diz:

"O Poder Público não se imiscuirá na *opção sexual* de estudantes nem permitirá nenhuma prática capaz de comprometer, precipitar ou direcionar a maturidade natural e o desenvolvimento de sua personalidade em harmonia com sua identidade biológica de sexo, sendo vedada, especialmente a aplicação dos princípios da teoria ou ideologia de gênero."

Estudado mais a fundo, viu-se que o PLS nº 193/2016, pretende uma escola sem partido (político), apesar de atravessar questões como religião, moral, gênero, identidade biológica de sexo e liberdade de educação na tentativa de mascarar a real intenção de quem o escreveu e propôs, principalmente, segundo se percebe, deixar de fora dos currículos escolares as questões relacionadas ao respeito à igualdade e à diversidade, seja ela sexual ou de outra categoria. O projeto enfatiza que os professores tentam doutrinar os alunos a adotarem um comportamento sexual moral divergente do que os pais ou responsáveis ensinam, que essa doutrinação pode levar ao *bullying* e até sugere que os alunos adotem a posição dominante sob pena de sofrer isolamento, hostilidade e agressão física.

Vê-se claramente uma intenção não humanitária de exclusão e discriminação do poder Legislativo em propor o seguimento de práticas que vão de encontro aos preceitos Constitucionais dos quais falamos anteriormente. Esse comportamento do legislativo não é diferente, guardadas as devidas proporções, da utilização do litígio como meio de solução dos conflitos, porque em ambos os casos é o Estado atuando sem, contudo, pensar no que é melhor e/ou mais vantajoso para o cidadão em um determinado contexto social.

Esse tipo de dinâmica entre os indivíduos e o Estado faz surgir conflitos tanto de natureza contratual quanto não contratual que podem ser resolvidos através de diferentes mecanismos, incluso meios consensuais, muito embora a atividade estatal, na defesa de interesses em qualquer um dos cenários apresentados, realizada

normalmente por meio da participação de agentes públicos, apresenta desempenho caracterizado como pouco inclusivo de soluções consensuais de conflito, motivada, talvez, pela percepção de que medidas conciliatórias não são efetivas.

O litígio é, em última análise, escolhido como solução por colocar um terceiro não escolhido por ambas as partes para decidir a disputa, emitindo um julgamento após um longo e tedioso processo. Para trazer uma mudança significativa dessa perspectiva são necessárias práticas que se destinem a alterar esta forma de ação do Estado nas demandas, facilitando a busca de soluções rápidas e eficientes, mas acima de tudo que signifiquem um reforço do emprego de mecanismos pacíficos.

Como compreendemos que o litígio e sua cultura já não respondem aos anseios sociais, da mesma maneira que o discurso de igualdade também já não apresenta soluções às demandas nesse sentido, não exatamente porque falte legislação específica para cada tipo de representação, mas por falta de prática dessa legislação que se tem convertido em maneira fácil e rápida de cumprir com as petições da sociedade ainda que seja meramente enunciativa, podemos começar a aprofundar o estudo pretendido nesse trabalho de investigação da mediação como ação afirmativa de uma cultura de paz no Judiciário, que traz um real discurso de igualdade e o pratica de acordo com a perspectiva humanista de ACP, sem que isso se converta em mais produção normativa inócua.

É verdade que estamos em uma espécie de período de transição, marcando progressivamente a entrada em vigor da normativa referente a novas maneiras de solução de conflitos, de maneira que se faz interessante uma análise geral e sistemática para especular o impacto que pode ter a mediação nesse processo. Talvez seja possível, com a continuação e expansão desse trabalho precipuamente direcionado ao Poder Judiciário, apresentar uma outra maneira de viver em sociedade que corrobore em sua máxima expressão a igualdade efetiva por meio do respeito incondicional ao ser humano.

3 MEDIAÇÃO COMO PROPOSTA DE IGUALDADE

Depois de fazer as considerações anteriores sobre igualdade, subjetividade e a esclerose da normativa e do discurso jurídico sobre ela, vamos tratar da teoria da mediação como instrumento de mudança real na perspectiva litigiosa do Poder Judiciário, começando precisamente por seu requisito básico mais influente que é a igualdade, porque acreditamos que esse meio consensual pode contribuir significativamente para um ideal novo de democracia.

Ser igual significa ser política e moralmente igual e essa é toda igualdade que cabe reivindicar, não exatamente um modo de comportamento único de estar no mundo, mas sim um reconhecimento da subjetividade de cada pessoa que começa a criar uma sociedade realmente livre de cidadãos autônomos, saindo da compreensão de um indivíduo universal para um indivíduo plural.

A maneira de atuar da mediação, como meio consensual de conflitos, pela razão de ter seu ponto de partida na igualdade real, a converte em uma resposta concreta contra a discriminação, porque, como já dissemos, o discurso do direito de igualdade se esgotou, notadamente porque não estamos conseguindo avançar mais nesse sentido. De toda forma, esse pensamento não significa desconhecer o valor desse discurso, se trata mais de compreender que o direito de igualdade para existir plenamente teve seu papel afirmado, mas que, como resultado, chegamos ao final de sua capacidade de atuação na redefinição das relações sociais.

Se faz necessário seguir tentando evoluir a capacidade desse discurso, não com mais discurso apenas, mas com atuação que efetivamente desconstrói os paradigmas que alimentam nossa compreensão atual do que é igualdade e liberdade dentro do entorno social e político; devemos situar-nos o mais possível fora desse entorno no intuito de definir um novo modelo de cidadania, de pertencimento a uma comunidade que teria na mediação seu sistema primordial de gestão das relações.

Uma gestão que prescinde do litígio e, portanto, da violência em seu fazer cotidiano, que compreende uma atuação diária por meio da palavra dita e também escutada. Como se vê a mediação propõe um modelo de fazer cidadania como

relação que não está baseada no poder de um indivíduo sobre o outro, mas de um diálogo entre indivíduos capazes de escutar e também de se fazer entender.

3.1 A justiça restaurativa e a cultura de paz frente a justiça retributiva e a cultura do litígio

O Direito em geral é produto de uma evolução lenta, a configuração passou de ter como base a vingança a um intento de garantia da paz por meio da incorporação de soluções no ordenamento jurídico que responda aos casos de perturbação da ordem social, porém o problema desse sistema é a resposta requerida que surge como consequência, como castigo em retribuição ao mal feito, inspirando a função retributiva da pena em uma vinculação intrínseca do jurídico com o teológico (BARONA, 2011).

Do Iluminismo em diante essa vinculação perde força e o Direito é tomado mais como um pacto social, então a liberdade é reconhecida como direito fundamental oferecendo segurança frente ao despotismo, outorgando o reconhecimento da inocência como ponto de partida já dentro dos textos legais, muito embora essa liberdade fosse mitigada no pacto social rousseauiano, no qual os cidadãos livres renunciavam parte de sua liberdade justamente para ter segurança.

Em seguida a Revolução Francesa configura os postulados do Estado Liberal e aqui é a própria sociedade que limita a ação estatal para garantir as liberdades dos cidadãos. O Direito nesse contexto faz da pena um elemento que tem função pedagógica de prevenção de delitos como também de retribuição em casos de ação contra a lei. No século XIX e começo do século XX esse modelo clássico de justiça sofre uma transformação na qual as vítimas perdem o protagonismo na função que tem de perseguibilidade e assim chegamos plenamente ao século XX.

No século XX o Estado propõe um sistema de controle social baseado na função preventiva da pena porque, para além da retribuição, a pena regularia a vida social por prevenção dos delitos. A vítima aqui não tem um papel efetivo dentro do sistema porque os atos afrontam a sociedade em seu conjunto, não são afrontas pessoais propriamente ditas e, ainda que sejam, se convertem em afrontas a sociedade porque são afronta a lei que provém do Estado como estado social e

democrático de direito. A pena, assim, não se justifica por razões de justiça, mas pelo cumprimento dos fins preventivos.

De um modelo retribucionista a um prevencionista o Direito leva em conta não um conceito de pena, mas sua função e fundamento; a razão do Direito no intuito de oferecer uma resposta mais equilibrada e menos violenta aos eventos de um delito, a saber, a violência dos comportamentos delitivos e a vingança privada que se podia exercitar pela vítima sobre aquele que delinque, é exatamente a de pacificação social.

Esse momento de busca de respostas menos violentas que estão mais de acordo com os valores sociais atuais é precisamente o de incorporação da teoria da justiça restaurativa que leva em seus preceitos ditames importantes para a cultura de paz como o perdão, a compensação, a reparação, o trabalho social e o reconhecimento dos atos danosos; este último sendo um dos pressupostos necessários para um início efetivo de prática da mediação dentro do processo de humanização do qual falamos em páginas anteriores.

A justiça restaurativa nos apresenta um conceito de delito como um problema social, comunitário, e dessa forma, como surge dentro do contexto social deve ser resolvido pela sociedade tomada como comunidade (PABLOS, 1999), advogando uma diminuição da influência e uma transformação do Direito na qual as partes voltam a ter o protagonismo no processo judicial pretendendo que esse protagonismo seja social. Ou seja, a intenção é no sentido de um verdadeiro exercício de cidadania democrática (MARTÍN, 2006), pois requer que a comunidade esteja envolvida na prevenção dos delitos, no tratamento dispensado aos atos delituosos e na reintegração social dos infratores e das vítimas.

Com esse exercício não se faz mais do que compreender o colocar em prática o movimento de simbiose que existe entre a realidade e o Direito; a aposta na comunidade aparece vinculada às origens da justiça restaurativa e a uma de suas instituições que é, precisamente, a mediação. Nesse sentido a ONU (2006) nos fala da necessidade de incentivo do

desarrollo de políticas de justicia restaurativa, procedimientos y programas que fuesen respetuosos con los derechos, necesidades e

intereses de las víctimas, de los infractores, de la comunidad y de todas las otras partes [...] muchas de estas alternativas facilitan a las partes afectadas, y frecuentemente también a la comunidad en la que se desenvuelven, una oportunidad para participar en la resolución de los conflictos y en la responsabilización de sus consecuencias. La participación de la comunidad en este proceso dista mucho de ser abstracta, por el contrario es bien directa y concreta. Por eso, en muchos países la idea de involucrar a la comunidad goza de un amplio consenso

A necessidade de modelos alternativos de justiça acontece quando enfrentamos um novo paradigma social que analisa as diversas relações entre Estado, sociedade, cidadãos considerados individualmente e os fenômenos de desvio de conduta que não são necessariamente e apenas os delitos penais. Estes, por mais que se utilize seu poder de explicação para introduzir comentários acerca do tema, não esgotam as possibilidades de utilização dos meios consensuais de solução de conflitos.

Além disso, não queremos esquecer de que o real intuito que temos é de demonstrar que a mediação e seus pressupostos podem ser tomados como uma maneira justa de exemplificar em que medida devemos empregar ações para fazer valer o discurso de igualdade há muito presente nas normativas e eventos acadêmicos, mas que, em geral, tem acabado exatamente nisso.

Ainda que existam mudanças significativas no que acontece socialmente depois que o discurso de igualdade começou a ser empregado logo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, não podemos deixar de observar que em muitos casos o Estado literalmente finge que põe algo em prática quando promulga uma lei no sentido de preencher as lacunas existentes na proteção social reclamadas coletivamente e a coletividade acredita nessa legislação, uma vez que se satisfaz com declarações, quando, na verdade, deveria cobrar ações que não sejam, como já dissemos, mais produção legislativa inócua³.

Assim, para o desenvolvimento de um projeto de justiça restaurativa baseado na mediação, a prática da igualdade vai mais além da gestão dos conflitos que é característica da cultura judicial atual, o que se pretende é criar espaços que possibilitem a comunicação verdadeira como um novo instrumento de socialização.

³ Um bom exemplo desse movimento é mostrado às claras pelos níveis de violência de gênero e contra LGBTI's no Brasil.

A mediação responde satisfatoriamente aos anseios de igualdade porque traz uma nova concepção de racionalidade comunicativa que reformula o sentido e o alcance do conflito social e atribui novos papéis de participação tanto para o infrator⁴ que passa por um processo de reintegração, quanto para a pessoa que se reconhece como vítima, mas que nesse processo tem seu protagonismo preservado, tudo no sentido de buscar a melhor solução que comporte o mais possível ambos interesses.

3.2 Considerações sobre os modelos retributivo e restaurativo de justiça

Para compreender a necessidade de um novo comportamento judicial nesse sentido ditado pela mediação e sua forma de trabalhar os conflitos acreditamos ser importante fazer uma breve comparação entre os modelos retributivo e restaurativo de maneira que possamos deixar claras ambas perspectivas e seja possível reconhecer a contribuição do segundo tipo de justiça (BERISTAIN, 1998).

No modelo retributivo o delito é a infração a norma Estatal, está centrado na reprovação, na culpabilidade do que foi feito pelo infrator no passado dentro de uma relação entre interesses contrários de adversários que querem vencer e submeter o “inimigo” no processo normativo legal. O castigo é a consequência tida como natural, dolorosa, que também abarca ou pretende abarcar a prevenção geral e a especial dos comportamentos contrários à lei, tal comportamento se concebe como um ataque do indivíduo contra o Estado menosprezando a dimensão interpessoal do mesmo.

Ainda no modelo retributivo o dano sofrido pelo sujeito passivo se compensa com outro dano a pessoa que pratica a ação contrária à lei, afastando a comunidade e as vítimas do processo litigioso, colocando o Estado abstratamente como protagonista do pólo passivo da demanda, dando margem à promoção da competitividade e dos valores individuais. A sanção é a reação estatal contra aquele que não cumpre a lei, ignorando-se a vítima e relegando ao que não cumpre a norma um papel totalmente passivo dentro do processo ao qual se dá um único dever que é cumprir a pena.

⁴ Tomamos a palavra “infrator” em seu sentido amplo, não significando apenas aquelas pessoas que cometem crimes.

Aqui não há uma responsabilização do delinquente na solução do problema causado por sua ação, como também não há uma formulação do conflito que incorpore considerações das dimensões morais, econômicas, sociais e políticas, mas que define o delito apenas pelo tom da formulação legal, fazendo com que o delinquente adquira abstratamente uma dívida com o Estado e com a sociedade que não dissolve o estigma que traz consigo quando é paga, fazendo com se perpetue o sofrimento da pena *ad infinitum* sem valorizar e incentivar o arrependimento e/ou o perdão. Tal modelo de justiça está exclusivamente nas mãos de servidores públicos.

Passando a falar sobre o modelo que realmente nos interessa neste trabalho se pode dizer que o modelo restaurativo aponta o delito como uma ação que causa dano a outra pessoa e que se centra na solução efetiva do problema, visando a responsabilidade e as obrigações com um olhar para o futuro da questão. Se estabelece um diálogo e uma negociação normativa que oferece ao “delinquente” uma “sanção” restauradora, uma solução do conflito localizada na reparação de maneira que ambas as partes, tanto vítima quanto “delinquente”, se sintam restauradas em seus anseios, porque a meta é a reconciliação depois do reconhecimento de que existe um conflito interpessoal e do valor deste.

O êxito pretendido com esse procedimento é, na verdade, a restauração do dano social no qual a comunidade é a própria catalisadora do processo restaurativo que não faz, dentro seus pressupostos, nenhuma correlação com o que apresentamos antes sobre o modelo retributivo porque, nesse caso, se incentiva a reciprocidade no entendimento da situação de acordo com o olhar da parte “adversa” sem deixar de lado os interesses individuais num real movimento de contrapesos.

No modelo restaurativo há o reconhecimento do papel da vítima e do delinquente tanto no enfoque do problema quanto na busca da solução mais adequada, uma vez que se reconhecem as necessidades e direitos da vítima, tanto quanto se anima ao delinquente a responsabilizar-se por meio da compreensão do impacto causado por sua ação e do compromisso em reparar o dano quando é o caso.

O delinquente tem, dessa forma, responsabilidade na solução do conflito que se compreende holisticamente em seu contexto moral, social, econômico e político, reconhecendo também à vítima sua parte de responsabilidade, fazendo com que a

dívida social, se assim se pode dizer, e o estigma que esta corrobora possam ser dissolvidos por meio de uma atitude reparadora/restauradora que procura valorizar e incentivar o arrependimento e o perdão. A resposta ao conflito é criação dos próprios protagonistas.

A mudança no pensamento de como deveria funcionar a justiça é evidente porque o modelo restaurativo se concentra mais em reparar o dano causado às vítimas que em castigar os infratores, o círculo vicioso que consiste na manutenção nas mãos do Estado do poder de violência e que a utiliza para prevenir e retribuir a violência perpetrada pelo infrator sofre uma quebra que não permite mais a utilização do Direito como se este fosse capaz de responder a todo e qualquer conflito social.

O Direito nesse sentido assume um papel complementar devendo ser aplicado apenas quando não houver solução possível dentro dos meios consensuais de solução de conflitos, o que é de relevante importância num momento em que os tribunais já não podem receber mais demandas, uma vez que as existentes tardam anos sem resolução gerando uma crise institucional que questiona tanto a legitimidade do Direito como sua efetividade para o trabalho a que se propõe.

O Direito personificado dentro de um processo judicial no qual as partes são representadas por seus respectivos advogados despoja as partes de seu conflito; todas as audiências e declarações se esvaziam de qualquer componente emocional que termina neutralizado pelo ritual, ainda mais quando a linguagem utilizada é totalmente técnica e quando as classificações legais e hermenêuticas estão codificadas não permitindo aos indivíduos de fato interessados um conhecimento mais aprofundado de suas próprias questões.

A sanção está direcionada à dissuasão de potenciais infratores e não aos interesses particulares dos titulares do conflito, o procedimento judicial tradicional focaliza seus objetivos na identificação dos fatos típicos que alteram a ordem pública, que produzem atentados aos bens jurídicos individuais ou coletivos ditos merecedores de proteção, concebendo a reparação como simples indenização, uma consequência periférica, não levando em conta a dimensão psicológica e social que tais infrações causam a vítima e a própria sociedade (QUIRÓS, 2007).

3.3 O trabalho da mediação

Com a proposta inserida neste trabalho se quer sair do círculo vicioso da violência do qual falamos antes porque a cultura do litígio já não é satisfatória, assim queremos propor argumentos que defendam a utilização da mediação nesse movimento de mudança do comportamento da Justiça com a incorporação de pressupostos que tenham abordagem centrada na pessoa e suas ramificações.

A invenção desse método de abordagem dos conflitos remonta ao século IV a.C. quando Sócrates reorienta o diálogo metódico ao âmbito filosófico, ainda que seu estilo tenha continuado como o conhecemos e que consiste em uma base de perguntas ao receptor que deve meditar sobre o que foi perguntado e chegar às conclusões por si mesmo; uma técnica que consiste em interrogar uma pessoa na intenção de fazê-la chegar ao conhecimento por meio de suas próprias conclusões e não por meio de um conhecimento aprendido, precontextualizado e que em seguida seria apenas repetido sem que o receptor tenha agregado algo de si ao que recebeu como informação.

A mediação provém, como se depreende do que foi exposto, da época Socrática, mas como a conhecemos hoje surgiu nos Estados Unidos em meados dos anos 70 como uma nova instituição encaminhada a resolução alternativa de conflitos com o objetivo de criar um espaço comunicativo, de não adversidade, sem ameaças e no qual os interesses e necessidades da vítima, do infrator, da comunidade e da sociedade estejam satisfeitos.

As emoções e as necessidades afetivas das pessoas não são contempladas na cultura do litígio, escondendo por trás do formalismo a verdadeira natureza do problema subjacente à suposta infração, fazendo com que seja impossível uma abordagem razoável de solução; as partes restam despossuídas do seu conflito e são instrumentalizadas com fins punitivos, orientando todo o procedimento judicial a pretensões processuais alheias de todo à solução que as partes poderiam considerar razoável.

A mediação ao contrário, quando (e se) incorporada ao fazer diário da Justiça, dá prioridade a proteção da relação que existe previamente ao conflito para

que seja possível o restabelecimento da paz mediante o encontro pessoal entre os diretamente afetados, a fim de dar satisfação às necessidades que manifestam, devolvendo aos interessados a disponibilidade do processo de resolução e as possíveis soluções, tentando incentivar o diálogo no sentido de responsabilização mútua na criação do conflito como também na reparação do mesmo e da relação previamente existente. Uma resposta personalizada que atende as reais necessidades das partes e que foi articulada por elas mesmas, o que termina por atender também as necessidades atuais da sociedade para além das pretensões processuais simbólicas que conhecemos (PASCUAL, 2006).

3.3.1 Definição de Mediação

Existem muitas definições do termo “mediação”, é um conceito inacabado porque sua construção ainda está em marcha, mas, de acordo com as contribuições teóricas que temos até então, podemos defini-la como:

una secuencia comunicacional en presencia de un/a mediador/a, cuyo papel consiste en ayudar a las partes a apropiarse activamente del conflicto, facilitando así, la búsqueda de alternativas al mismo, dado que esta tercera persona carece de poder para imponer una solución a los/as protagonistas, un procedimiento extrajudicial, en virtud del cual (los interesados), voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de su conflicto con intervención de un tercero al cual llamamos mediador, restableciendo la situación previa.(BARONA, 2011, p. 257)

A mediação como ferramenta de uma justiça restaurativa está regida, assim, por princípios e valores que tem como fim principal os interesses das partes. A questão é fazer com que o maior número de casos resulte em um acordo mútuo cujo objetivo é a reparação da relação que existia antes do conflito. Não obstante, esta reparação é algo secundário quando comparada ao entendimento da situação ao qual podem chegar as partes por meio do procedimento de mediação.

Com a mediação podemos chegar a uma verdade que de outra maneira não seria possível porque é dada a oportunidade de dialogar, de perguntar sobre os motivos que levaram os interessados a tomar as atitudes que geraram o problema, diálogo este que tem a intenção de beneficiar igualmente cada uma das partes (SEIJO, 2001). Assim, são elementos definidores da mediação, a existência de um

conflito, pessoas que são parte dele e uma terceira pessoa que não toma decisões, mas que facilita um acordo entre os participantes.

Não podemos esquecer que o conflito é consubstancial ao ser humano, pois apresentamos confrontos intrapessoais, interpessoais, intracomunitários etc e ainda que pelo pensamento gerado pela cultura do conflito se veja esse tipo de fato de maneira negativa, ele pode resultar construtivo, ou seja, um benefício para as partes. É da natureza humana criar/viver conflitos, assim se torna necessário fazer uma prevenção deles, mas também aprender e empreender estratégias de gestioná-los caso se apresentem (SORIANO, 2011).

Nesse contexto, insistimos, não se pode esquecer que a mediação favorece o uso do diálogo como alternativa a outras respostas mais violentas dadas pela cultura do litígio, como também se incentivam as relações interpessoais num claro intuito de fazer compreender que conseguir os próprios interesses deve comportar a realização dos interesses da outra parte e, além disso, se desenvolvem habilidades de autorregulação e de autocontrole que favorecem decisões tomadas de maneira mais autônoma, como também uma melhor integração e um melhor desenvolvimento da auto-estima.

A mediação favorece a prática da igualdade por meio da participação democrática que incentiva procedimentos que potenciam a expressão de posições próprias, sentimentos, desejos e necessidades dos envolvidos, o que contribui para a melhora de situações injustas e desagradáveis, desenvolvendo atitudes de abertura, compreensão e empatia que implicam um compromisso com a outra pessoa.

Na mediação se manifesta uma atenção às posturas do outro num movimento intelectual de pôr-se no lugar dele/a, incentivando o protagonismo das partes implicadas na resolução do conflito, porque se crê na capacidade autônoma de identificar necessidades e interesses frente ao outro e, assim, colaborar conjuntamente na busca de soluções satisfatórias em todos os níveis.

De acordo com Garcia e Muñoz (2007) esta metodologia largamente experimentada nos países de tradição *Common Law* oferece uma melhor resposta aos interesses que se apresentam nos conflitos nos quais as partes implicadas

necessitam manter uma relação posterior viável, por essa razão requer uma metodologia interdisciplinar, especialmente quando os aspectos legais são apenas uma parte do problema.

Dessa maneira a mediação está cientificamente construída em torno da intervenção de um profissional imparcial, com experiência em comunicação e que se limita a facilitar a racionalização da solução do conflito pelas próprias partes; dessa maneira não se pode confundi-la com a negociação, nem com a conciliação judicial ou com a arbitragem porque o mediador não propõe, não aconselha e não decide coisa alguma como é característico dos outros tipos de composição dos conflitos apresentados.

Ainda segundo Garcia e Muñoz (2007) a mediação acontece de acordo com três eixos centrais: 1) não se considera a lei como algo primordial, ela ocupa um papel menos central no desenvolvimento de uma solução que favorece a negociação e a discussão, 2) não se judicializa necessariamente o conflito porque a solução pretendida não passa invariavelmente pela decisão dos órgãos judiciais e, por fim, 3) o direito, como um sistema fechado de normas, não determina de forma categórica o conteúdo do acordo que deve restaurar a concórdia entre os envolvidos.

3.3.2 Princípios básicos da mediação

Entendemos como princípios básicos da mediação:

- a) a voluntariedade, porque ninguém está obrigado a se manter dentro do procedimento de mediação nem de realmente chegar a um acordo,
- b) a igualdade, porque as partes devem intervir com plena igualdade de oportunidades e mantendo o equilíbrio entre suas posições; para isso o mediador deve ser capaz de ver se é necessário “empoderar” um dos interessados,
- c) disponibilidade, uma vez que outros conflitos, além do que está sendo tratado na mediação, podem surgir,
- d) imparcialidade no processo de mediação que implica em neutralidade do mediador que não pode atuar em prejuízo ou interesse de qualquer das partes,
- e) confidencialidade, porque as partes devem sentir total tranquilidade no sentido de que suas desavenças não vão ser ventiladas fora do ambiente da mediação,
- f) flexibilidade e informalidade.

Diante de tais características principiológicas da mediação podemos formular um conceito desse instituto em que uma das preponderantes é a autonomia no que diz respeito ao procedimento judicial. Isso é exatamente o que diz a Diretiva Comunitária 2008/52/CE do Conselho da Europa⁵; para este órgão o essencial da mediação está em seu caráter extrajudicial, o que tem como resultado a prática dela por uma pessoa que não esteja situada em um nível mais alto que as partes, o que exclui por completo e em todos os casos alguém como um juiz que atua em um litígio.

De acordo com tal Diretiva, precisamente pelo texto do artigo 3, o procedimento de mediação pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado pelo órgão jurisdicional ou prescrito pelo Direito. Pelo artigo 5 o juiz que conheça de um conflito judicializado que em seguida tenha sido levado para um procedimento de mediação não pode atuar, nesse caso, como mediador, mas o mesmo artigo diz que este juiz deve estar comprometido com a iniciativa de colocar em prática uma mediação extrajudicial, assim, *“el órgano jurisdicional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio”*

A obrigação do juiz de propiciar a mediação extrajudicial está configurada de forma que ele possa indicar que existe essa via, ainda que, em todo caso, a última solução de fato possa ser judicial. O mencionado artigo 5 da Diretiva contém a seguinte previsão: *“el órgano jurisdicional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles.”*

Em seguida o mesmo artigo 5 aclara qualquer dúvida sobre a sujeição da mediação à decisão do juiz nesse sentido, de maneira que a presente diretiva não afeta a legislação nacional que estipula a obrigação de mediação ou a sujeita a incentivos ou sanções, antes ou depois do início do processo judicial, desde que tal legislação não impeça as partes de exercerem seu direito de acesso ao sistema judicial (SOLIS, 2009). Na Espanha o Estatuto da Vítima, Lei 04/2015 de 27 de abril, traz em seu artigo 15 do título II os *“Servicios de Justicia Restaurativa”*⁶.

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>

⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>

4 MEDIAÇÃO E CULTURA DE PAZ

A mediação pode ser utilizada, para além de seu propósito primordial de solução pacífica dos conflitos, como alternativa à jurisdição ou como complemento desta e ainda como instrumento para diminuir a quantidade de processos judiciais. A opção de realizar a mediação como alternativa ou complemento à jurisdição é ideológica no sentido de que se trata de uma mudança de mentalidade na forma de entender a justiça em uma sociedade democrática.

A solução dos conflitos de maneira pacífica dentro de um mundo hierarquizado não constitui exatamente um problema, mas em um mundo mais igualitário do qual queremos nos aproximar devemos tentar resolver os problemas a partir de um plano horizontal, flexível e igual, uma vez que a mediação é uma alternativa à declaração de vitória apenas para uma das partes. Nesse sentido sofre rechaço por ainda ser um instituto desconhecido que vai de encontro à cultura do litígio, um sistema que faz uma das partes ostentar uma situação de privilégio e que, por essa mesma razão, se pretende modificar.

Não é inoportuno dizer que a mediação não é a solução mais eficaz dos males da Justiça porque não está indicada em todos os casos, é necessário um exame da questão para saber se realmente é válida sua utilização que normalmente acontece quando as partes pretendem manter a relação pessoal prévia. No contexto apresentado o que se deve observar é que a Justiça usurpa o conflito das mãos das partes interessadas e faz com que uma delas se sinta duplamente perdedora, frente a parte contrária e frente ao Estado quando, na verdade, o que se busca é uma Justiça participativa e inclusiva.

4.1 Mediação e ideologia neoprivatista

Apresentar a mediação como a via por excelência para a solução de conflitos traz dois aspectos importantes de um ponto de vista teórico. O primeiro é o caráter cultural do qual já falamos bastante durante o trabalho, mas que não esgota possibilidades de comentário, uma vez que o incentivo às práticas de paz é algo relativamente novo quando falamos de Ocidente e que, por esta mesma razão, ainda

não tem uma base sólida na qual apoiar-se para poder, em seguida, mudar o caminho tomado na solução dos conflitos até então.

Um segundo aspecto seria a ideia de que as práticas de paz são uma justiça à parte da Justiça comum, à qual deve ser dada prioridade frente as formas de justiça típicas do processo judicial, tanto pela vantagem de superar o conflito em vez de aprofundá-lo (como acontece normalmente nos processos judiciais), quanto por tornar possível resolver controvérsias que de outra forma terminariam sem solução porque dificilmente seriam levadas a um tribunal.

Em teoria esses aspectos possibilitam a obtenção da tutela de direitos sem que seja necessário recorrer às vias jurisdicionais habituais, propondo uma função complementar à Justiça e contribuindo para que todas as pessoas disponham de alguma forma de solução para seus problemas que não implique, necessariamente, recorrer ao Judiciário. Além disso, podem ser considerados como o prenúncio das ideologias neoprivatistas.

No que se refere à solução de conflitos essas ideologias influem no sentido de alimentar e incrementar o rechaço e a desconfiança em relação à Justiça Estatal e seus instrumentos, sugerindo a oportunidade de valer-se de métodos privados. No entanto a sociedade, ainda sem uma cultura de mediação, só pode realmente começar a aproveitar de maneira satisfatória esta ferramenta por meio de uma educação nesse sentido.

A tutela dos direitos discutidos na mediação e que podem ser objeto de um acordo é feita por meio de título executivo extrajudicial oponível ao participante que não cumpra sua parte na harmonização dos interesses. Se observa, portanto, que a Justiça não pode ser excluída dessa relação ainda que tenha um papel subsidiário, de maneira que as ideologias neoprivatistas carecem de sentido quando afirmam a desnecessidade de um Poder que possa tutelar essas relações porque estas podem e devem ser reguladas apenas privativamente.

4.2 A intervenção do processo de mediação

O êxito da mediação dependerá em grande parte do método empregado para

colocá-la em prática, a fim de buscar a maior efetividade do procedimento este deve adequar-se à matéria objeto da mediação, ainda que qualquer procedimento nesse sentido, seja qual seja o objeto, tenha algo em comum que é uma estrutura composta de uma série de fases que a pessoa mediadora deve seguir.

Com maior ou menor rigidez, desde o começo com a ata de abertura até o final da mediação com a ata de encerramento, a ordem pré estabelecida deve ser respeitada porque essa é a estrutura que serve de guia ao mediador para orientar e impulsionar a negociação entre as partes (SOUTO, 2014).

Na Espanha existe a Lei 5/2012⁷ que, tratando da mediação em assuntos civis e mercantis, estabelece um conteúdo mínimo e, conseqüentemente, com o antiformalismo que deve presidir o procedimento, sugere que sejam os próprios sujeitos implicados na mediação que determinem livremente suas fases fundamentais, muito embora esta sugestão para determinação das fases pelos implicados pode levar ao fracasso do procedimento se estes não tem o mínimo de conhecimento para colocar em pratica as ações necessárias ao êxito esperado.

4.2.1 Passos e objetivos

Consideramos que deve ser a pessoa mediadora a que deve sugerir a estrutura do procedimento a seguir, assim como as regras do mesmo, o que não implica na impossibilidade de consenso entre as partes nesse sentido para que seja possível outorgar maior legitimidade. Não obstante, queremos apresentar o conteúdo de um procedimento de mediação de acordo com Kovach (2005).

Segundo este autor, a mediação deve incluir:

- 1) planificação,
- 2) breve introdução da mediação,
- 3) abertura propriamente dita (nesse momento cada parte deve ter a oportunidade de expressar seu ponto de vista do conflito em uma sessão conjunta ou em uma sessão individual),
- 4) discussão conjunta,
- 5) reunião individual e

⁷ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-9112>

6) negociação.

Ainda segundo Kovach (2005) a mediação deve estar direcionada a lograr objetivos específicos e gerais. Os gerais são:

- a) que as partes tenham a oportunidade de expressar suas preocupações e pontos de vista sobre o conflito,
- b) que se possa conhecer qual o grau de cada parte na predisposição em negociar, se total o parcialmente,
- c) que as partes recebam a informação necessária sobre a mediação no sentido de que compreendam que estão em um contexto distinto do procedimento judicial, da conciliação e da arbitragem.

Tal informação deve ser basicamente sobre os princípios da mediação, suas regras, a estrutura do processo, sobre a flexibilidade e a capacidade de adaptação, a duração, o custo econômico, as formas de finalização, como também sobre o que cada parte pode lograr em termos individuais e dentro da relação interpessoal quando submete seu problema à tutela do procedimento de mediação.

Continuando, agora com os objetivos específicos, temos:

- a) ajudar as partes a definir suas posições e a explorar seus interesses e necessidades,
- b) ajudar as partes a gerar opções (chuva de ideias) e a valorar cada uma delas para encontrar a que melhor satisfaça seus interesses,
- c) fazer com que elas sejam realistas no sentido de reconhecer a melhor alternativa dentro de um acordo negociado,
- d) trabalhar para que cada um se coloque no lugar do outro com a finalidade de compreender sua atuação e proceder,
- e) instruir sobre a forma mais eficaz de comunicar-se dentro do procedimento e em suas relações futuras e
- f) instruir sobre uma forma de negociação que tenha em conta os interesses comuns para que ambas saiam ganhando (modelo *win-win*).

Os objetivos gerais estão direcionados no sentido de gerar confiança no procedimento de mediação, no mediador como profissional, assim como nas partes para que possam chegar por si mesmas a um acordo. Com isso podemos apresentar agora um modelo de mediação com sua metodologia e suas fases.

4.2.2 Modelo de mediação

O procedimento normalmente engloba três fases básicas:

- 1) primeira fase ou de contato, na qual acontece a recepção da informação pelo mediador.
- 2) segunda fase de sessões individuais com cada uma das partes ou de acolhimento, na qual acontece a assinatura do documento de consentimento informado.
- 3) terceira fase que engloba uma sessão conjunta facilitada pelo mediador ou encontro dialogado, ou seja, a fase mais complexa pelo conteúdo emocional que carrega.

Depois das entrevistas individuais e com a permissão de ambas as partes se entra na fase conjunta, a hora deve ser acordada pelos interessados e o mediador deve se adaptar ao horário acordado, a pessoa que iniciou o procedimento de mediação deve deixar que a pessoa convidada a participar fale primeiro no intuito de que esta pessoa se sinta acolhida e bem valorada para que possa realmente dizer o que sente e como pensa.

O ambiente deve estar preparado para que não haja clima de enfrentamento e o mediador deve ser o ponto onde se cruzam as informações para que possam ser ressignificadas se assim for necessário; nesse sentido o mediador deve praticar a escuta atenta com total presença de sua pessoa no ambiente direcionada a cada participante quando chega o momento de exposição do conflito por cada um deles.

A pessoa que “preside” a mediação deve sempre informar em que fase do processo de mediação se encontram, assim como recordar as regras do procedimento, sem prescindir de sempre que possível tentar fazer com que os participantes reconheçam as vantagens que podem obter se logram um acordo ao final, agradecendo a participação e a disposição de se submeterem a um procedimento parcialmente novo e ainda desconhecido na solução de conflitos. Aqui o mediador não pode esquecer de afirmar/reafirmar e garantir a confidencialidade, assim como a voluntariedade, uma vez que nenhuma das partes é obrigada a submeter-se ou a continuar participando.

Sempre que se obtenha a permissão dos interessados o mediador deve fazer

um breve resumo do que foi dito na entrevista individual, dando a palavra a cada um dos participantes segundo a ordem pré estabelecida para que eles mesmos falem sobre os fatos, ajudando quando necessário na formulação conceitual das ideias que querem expor, tudo porque esse momento tem uma carga emocional elevada e esse dado pode atrapalhar as partes no que querem dizer e como querem.

Nesse sentido o mediador deve incitá-los a dizer porque e como tomaram as atitudes que levaram ao conflito, falando da situação em que se encontravam antes do problema estar instalado, como estão no momento presente, como se sentiam e se sentem agora, incentivando uma fala que permita dizer sobre as dúvidas e temores de cada um.

À continuação, depois que cada participante teve seu momento de fala e da ressignificação das mesmas por parte do mediador quando necessário, facilitando a retomada da comunicação com fluidez e o respeito necessário à vivência, a negociação normalmente toma um rumo no qual a presença do mediador atua apenas como veículo recondutor quando e se acontece algo que perturba o clima instaurado. Nesse momento o protagonismo é todo das partes e, se chegaram a esse ponto, podemos dizer que muito provavelmente serão capazes de chegar a uma verdade comum e assim a um acordo satisfatório em ambas direções.

4.2.2.1 *Fixando os termos do acordo*

A verdade comum é o objetivo máximo de um procedimento de mediação no qual a disputa não tem permissão para participar, mas, ainda que as partes tenham logrado esse êxito, no momento de fixar os termos do acordo é preciso observar alguns critérios. Vamos conhecê-los:

a) separar as pessoas do conflito, porque proceder assim não reproduz o esquema estigmatizador da Justiça quando outorga os qualificativos negativo e positivo da cultura do litígio. As pessoas nesse contexto de mediação não podem se identificar com o que fizeram ou com a etiqueta social imposta, de maneira que se torna primordial trabalhar com métodos que outorguem confiança no sentido de superarem os estigmas que trazem consigo. A escola da mediação é realmente uma escola transformativa.

b) centrar-se nos interesses e não nas posições adotadas por cada participante, porque a posição é uma postura que a pessoa decide por si mesma de acordo com o transfundo emocional que carrega. Na posição inicial adotada no procedimento de mediação se pode perceber algumas pseudo-necessidades básicas como “não acabar mal, não perder a imagem ou não fazer o que os outros não fariam”; tais posições encobrem as reais necessidades que são seus interesses e se encontram no âmbito racional.

Trabalhar para encontrar os interesses é a maneira mais útil de chegar a uma solução que satisfaça a ambos, ou seja, a verdade comum; a construção dessa verdade exige que as emoções estejam bem expostas para que não se criem interesses fora do que está disposto, nem hipóteses. Isso se realiza por meio do conhecimento aprofundado desses interesses pessoais dos participantes, o que se pode fazer por meio da escuta ativa, da observação inclusive da linguagem não verbal, da técnica de perguntas e das confirmações obtidas.

c) utilizar critérios objetivos que não influenciem na imagem subjetiva de cada uma das partes, nem na imagem pessoal, ideologia, cultura ou religião, porque na mediação não se quer mudar as formas de pensamento ou ideias de maneira geral, se quer canalizar esse mesmo pensamento para a busca de uma solução plausível do conflito que aconteça pela colaboração dos interessados no entendimento dos interesses mútuos.

Devemos ter cuidado com as respostas dadas pela parte convidada a participar do procedimento de mediação quando ela se encontrar, por razão do próprio caminhar das fases e das questões internas expostas, diante de uma posição subjetiva que é abertamente injusta ou desproporcional porque, nesse caso, normalmente há uma tentativa de utilizar em benefício próprio a posição manifestada por quem fez o convite, buscando, inclusive, a cumplicidade do mediador.

A pessoa mediadora, nesse caso, não pode fazer uso de gestos e/ou palavras em geral que expressem repúdio ou cumplicidade a uma ou outra versão do conflito apresentada porque a manutenção da neutralidade e da imparcialidade é imprescindível; se por acaso o diálogo não está fluindo e começar algum tipo de

desentendimento o mediador deve tentar mudar o caminho tomado no procedimento o quanto antes para que a mediação siga até lograr seu objetivo. Se isso não é possível a atitude correta é finalizar a sessão atual e tentar marcar uma nova data.

d) criar opções em benefício mútuo ou, de maneira mais comum, uma *chuva de ideias* geradas pelas partes que aportem alguma solução final para o conflito sempre que respeitem os interesses comuns e sejam expressadas sem fazer valorações nem juízos, tudo de acordo com o prego uma comunicação não violenta (SCHREIBER, 2010), substituindo todo pré julgamento e toda crítica por uma observação objetiva. Como exemplo, em lugar de dizer “...apresenta mostras de sua incompetência” ou “esta informação não é interessante” é preferível argumentar com objetividade e precisão algo como “nesta informação temos ideias que parecem não comunicar a mensagem que queremos”.

Um dos princípios da comunicação eficaz é o que indica evitar todo juízo de valor a respeito da outra pessoa para concentrar-se totalmente no que se sente, essa é a chave absoluta da comunicação emocional, porque se falo do que sinto ninguém pode me questionar. Se falo “você chegou tarde, egoísta como sempre...” o outro não tem muitas opções para argumentar diante do que digo porque esta é uma sentença categórica, mas quando falo “a gente combinou de nos encontrarmos às 20h e são 21h, é a segunda vez em 15 dias e isso me deixa um tanto frustrado” a outra pessoa poderá argumentar sobre minha afirmação porque esse tipo de fala abre um canal de comunicação valioso, muito embora não possa questionar efetivamente meus sentimentos porque são genuínos e totalmente pessoais.

Todo o esforço deve ser direcionado para descrever a situação com frases que comecem por “eu” ou “nós” em lugar de “você” ou “vocês”, porque falando em primeira pessoa não estou criticando meu interlocutor, não o ataco, caminho pela emoção e, portanto, pela autenticidade e pela abertura. Segundo Rosenberg (2006) é mais eficaz não apenas dizer o que sente, mas também fazer do outro partícipe da esperança compartilhada e que fracassou, notadamente no intuito de fazer disso um caminho para um acordo.

e) avaliar as alternativas à solução apontada de acordo com os avanços alcançados em função dos interesses das partes, valorando os custos e benefícios de cada uma

delas. Uma vez que o mediador tem o conhecimento da situação conflitiva de uma maneira geral, assim como conhece as percepções das partes, ele pode tentar proporcionar empatia para que elas possam ceder nas posições pessoais em busca de um acordo que seja bom para ambos interesses, facilitando a negociação com as ferramentas da mediação acompanhadas de espontaneidade, bom humor e imaginação.

4.2.2.2 *Praticando a escuta ativa*

Como já dissemos a escuta ativa é um dos instrumentos mais importantes da mediação e nesse ponto de valoração das alternativas dadas pelas partes como solução do conflito toma especial relevância, é um aspecto essencial do procedimento e consiste basicamente em escutar o que cada um dos interessados diz e repetir estas ideias melhorando-as ou expondo-as de maneira mais objetiva e mais sucinta, para que tanto quem falou o que está sendo repetido quanto quem apenas prestou atenção possa escutar outra vez, tudo no sentido de que a decisão por uma ou outra opção seja realmente a que melhor agrada a ambos participantes.

Para pôr em prática a escuta ativa de acordo com o que dissemos no parágrafo anterior podemos utilizar uma vasta gama de perguntas de clarificação como:

- 1) as abertas ou informativas, como por exemplo: *como você entrou na casa?*
- 2) as propriamente clarificadoras: *o que você quer dizer? Porque?*
- 3) perguntas justificativas por meio das quais se pede a razão ou o fundamento de uma afirmação realizada: *em que você se baseia para dizer que necessitava entrar na casa?*
- 4) circulares são as perguntas feitas pelo mediador na intenção de fazer uma das partes compreender as decisões ou posições da outra tentando colocar a pessoa que necessita compreender no lugar da que emitiu a decisão/posição, um exemplo seria: *o que você faria se estivesse na mesma situação?*
- 5) perguntas criativas podem servir ao mediador para abrir novas possibilidades de solução quando a negociação ou um aspecto concreto dela se obstrui, um exemplo seria: *suponhamos que a pessoa em questão entre em sua casa sem permissão para levar tudo de valor sentimental e que representava a boa relação da qual desfrutavam, o que você teria feito?*

6) perguntas recondutoras são as que tem a finalidade de reconduzir a negociação quando esta sai do caminho proposto, com intuito de que o procedimento retome a postura e siga com a comunicação dentro do âmbito de respeito que visa o acordo mútuo: *você pode perceber o rumo que nossa conversa tomou? Não seria interessante voltarmos às nossas questões anteriores?*

7) perguntas de encerramento servem para concluir um momento de disputa ou um aspecto da negociação com o objetivo de fixar uma decisão: *Então está claro que o que é necessário fazer é não ir na casa dele(a) sem avisar?*

4.2.2.3 Técnicas adicionais de mediação

Uma vez iniciado o procedimento de mediação, além das perguntas apresentadas para desenvolvê-la praticando a escuta ativa, existe uma série de técnicas que ajudam a concluí-la de forma positiva, por exemplo:

1) resumo estratégico: quando se aplica o resumo estratégico se busca sintetizar, até o ponto no qual se encontra o procedimento, os resultados obtidos para que as partes possam ter conhecimento de quanto já avançaram e continuem negociando. Aqui se deve sempre lembrar que ter optado por tentar resolver o problema por esse meio consensual de resolução de conflito já é um avanço (realmente não se pode dizer o contrário uma vez que ainda trabalhamos dentro de uma cultura do litígio).

2) normalização: quando as pessoas acreditam que seu problema é único, apenas vêem soluções concretas; isso gera resistência à mudança, normalmente por medo, por isso podemos compreender o conflito como algo normal, comum e que ocorre com todos. Partindo dessa premissa de normalização do conflito podemos gerar tranquilidade em cada umas das partes e, assim, abrir a possibilidade de visualizar a mudança e a solução como algo também normal dentro da dinâmica da vida.

3) enfoque no futuro: se trata de centrar a conversação no que as partes querem fazer a partir da disponibilidade de resolver o conflito por meio da mediação, não faz sentido centrar a fala no que fizeram, mas apenas utilizar esses dados como ponte para a construção do acordo mútuo e de uma nova relação interpessoal. Construir para o futuro é umas das chaves de saída quando a negociação se encontra estagnada por alguma razão.

4) linguagem não hostil: nesse tipo de situação conflitiva é importante utilizar uma linguagem, tanto verbal quanto não verbal, que não carregue traços de hostilidade para que isso ajude a sair das posições rígidas que às vezes tomam os participantes; se deve mostrar em todo momento satisfação pelo ritmo das negociações, controlar a liberação de tensão, clarificar as necessidades das partes e depois que cada uma delas tenha seu momento de fala se deve perguntar sempre se tem algo mais a dizer. É assim que se deve gerar confiança no processo e sugerir propostas que evitem a aparência de derrota.

5) fase de acordo: a última fase é a de conclusão ou afirmação do acordo. É mister convidar às partes a que busquem soluções; quando não o fazem se deve sugerir ideias alternativas à reparação econômica para que possam escolher a que mais se adapte às suas possibilidades e necessidades.

A reparação do conflito e, conseqüentemente, da relação, é vital para a tranquilidade dos participantes e efetividade da mediação, assim, nessa fase, se apresenta o acordo por escrito para que todos possam firmá-lo, em seguida se proporciona uma cópia a cada um deles e se felicita. Assim teremos configurado o verdadeiro intuito da mediação.

4.3 Linhas de pensamento em mediação

4.3.1 Linha transformativa

Para os conflitos que pretendemos resolver por meio da mediação acreditamos que a linha de pensamento mais apropriada é a transformativa (BUSCH-FOLGER, 1994) porque esta realmente tenta uma reconstrução da relação; por meio dela se pode fortalecer a relação pré existente por meio de duas variáveis que são a revalorização do “eu” e o reconhecimento (FRASER, HONNETH, 2003) do outro.

O modelo transformativo considera as disputas como uma oportunidade de crescimento e transformação moral porque se trata de um modo de fazer mais psicológico e terapêutico que não está focado apenas no acordo em si, mas na mudança de cada pessoa. Tal modelo descansa na crença de que é possível uma visão relacional da vida humana em que a força compassiva inclui uma bondade

inerente aos seres humanos.

4.3.2 Linha narrativa ou circular

As técnicas de mediação passam pelo reconhecimento de que todas as emoções são legítimas, o mediador ao reconhecê-las devolve a confiança à parte que as expressa, assim, uma outra linha de pensamento também seria apropriada a este tipo de processos, qual seja, a Narrativa ou Circular (COOB, 1997) porque nela tratamos de desenvolver criativamente uma nova narrativa dos conflitos, ou seja, gerar um pensamento diferente na medida em que novos parâmetros determinam a conduta das pessoas implicadas.

A pessoa aqui está centrada em suas próprias responsabilidades e deixa de responsabilizar terceiros numa aprendizagem que permite uma melhor comunicação com os distintos sistemas onde os indivíduos estão inseridos; o mediador, então, deve microenfocar o que dizem, deve analisar a forma e o discurso de cada qual e então (re)perguntar: *O que você me diz? Pode repetir? Pode me dar um exemplo?*. Com tais perguntas se consegue ressignificar o conflito, porque a partir da segunda vez que um participante responde mudam a forma e as palavras do seu discurso, assim é possível selecionar e trabalhar com as mudanças que surgem.

Não se pode esquecer que esse tipo de narrativa normalmente começa com algum tipo de acusação do tipo vítima-algoz, como, por exemplo, quando uma das partes fala “Ela(e) não respeita minha autoridade sobre nosso filho”. Se alguma fala desse tipo surge o mediador deve tentar sempre a ressignificação como, por exemplo, “Sim, eu entendi bem o que você falou, ou seja, você sente que ela não respeita sua autoridade”. Num momento como esse, se não é possível afastar a conotação negativa, se deve responsabilizar a quem tenha falado: “você sente que...”

Nesse sentido, como mediador é necessário, por vezes, introduzir também algum tipo de *caos* para que as partes possam prestar atenção a si próprias e ao que dizem para que surjam mudanças; em alguns casos se deve perguntar suficientemente a ponto de criar alguma instabilidade no discurso e seja possibilitada uma autocrítica que possibilita a modificação.

As partes chegam à mediação com um desequilíbrio, se trata de um tipo de relação do qual se conhecem alguns matizes, um deles sendo a retroalimentação negativa, por isso se deve romper com essa tendência e fazer o trabalho contrario de retroalimentar positivamente o que tende a aparecer para que seja ampliado por meio de uma tarefa de escolha de palavras corretas que possam aumentar o poder de modificação.

Tudo porque os mediadores não são solucionadores, na verdade ajudam a pensar porque buscam palavras e atitudes positivas, incidindo no que funciona para que a mudança de pensamento das partes aconteça por elas mesmas reconhecendo o que é mais benéfico e mais vantajoso. Adota-se no momento de expor o conflito um relato no qual não se apresenta a solução para que esta possa encontrar os participantes naturalmente. Assim, numa mediação se deve recordar sempre que soluções são possíveis, mantendo as perguntas vivas já que às vezes as respostas tem o poder de restringir muito o discurso.

4.4 O processo judicial como alternativa às alternativas

Segundo Michele Tarufo (2007) apenas com a existência de uma justiça pública acessível e eficiente se pode sugerir de forma correta os métodos alternativos de solução de conflitos. Se deve colocar as partes em posição de escolher, segundo suas preferências, entre as distintas técnicas consensuais que apresentam, no caso concreto, uma relação de equivalência funcional.

As distintas alternativas possíveis, incluso a jurisdicional, devem ter o mesmo nível de eficiência, ou seja, no fim devem realmente resolver o conflito; dessa forma é necessário que o legislador garanta a eficiência e a acessibilidade da justiça pública porque só assim será legítimo permitir que as partes escolham outros métodos de solução para suas controvérsias.

De contra partida, se a justiça pública não é acessível nem eficiente, não é somente uma violação das garantias constitucionais, mas também a transformação das alternativas consensuais em remédios mais que necessários e inevitáveis, de maneira que já não seriam objeto de uma escolha livre e discricionária das partes, seriam uma obrigação no sentido mais abjeto da palavra porque não restariam outros

caminhos possíveis quando o pretendido, na verdade, é lograr igualdade no reconhecimento e de oportunidades que sem liberdade não tem possibilidade de funcionar satisfatoriamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o conceito filosófico de pessoa seja sempre mais amplo que o do Direito, este não pode perder de vista o valor do homem enquanto ser distinto e superior, por isso deve ampliar cada vez mais seu espectro de proteção, salvaguardando não só o ser biológico dotado de autoconsciência, mas também a pessoa em potencial, a pessoa em sua integridade física e psíquica.

É esse o tratamento adequado que o Direito deve dar ao ser humano. Tratá-lo o mais breve e integralmente como pessoa, conferindo-lhe a proteção necessária que a dignidade decorrente de sua condição com ser único e irrepetível exige. Em síntese, o homem deve ser tributário de dignidade em toda sua vivência.

Consideramos em alto grau a afirmação de que não necessitamos de mais leis, que o que já temos é suficiente para acionar políticas de igualdade em todos os âmbitos. As atitudes, nesse contexto, são aquilo que realmente interessa porque dizer e não fazer é o mesmo que não dizer; a percepção é clara de que por mais leis que existam as demandas continuam as mesmas. Se realmente houvéssemos evoluído nesse caminho teríamos outras demandas em pauta.

Necessitamos pensar em alternativas à estagnação absoluta do discurso de igualdade prescindindo da proposição/promulgação de mais normativa, fazendo com que aquilo que já temos seja realmente cumprido efetivamente e que a produção legislativa tenha lugar quando realmente houver uma necessidade de positivação.

A mediação como um dos novos instrumentos de solução pacífica dos conflitos inaugura um entendimento condizente com a proposta de igualdade que trazemos nesse trabalho porque, auxiliando a Justiça na sua finalidade maior,

exemplifica como as pessoas devem ser consideradas de maneira holística longe de qualquer tipo de preconceito ou prejuízo, elevando-as à categoria de ser biológico autoconsiente e integral, prescindindo de qualquer lei adicional na regulação e processo de reconhecimento do outro com validação positiva dessa atitude no caminho evolutivo da questão principal tratada, uma vez que a sociedade clama por ações concretas, de uma prática efetiva que possa superar as antigas discussões, sanando-as satisfatoriamente, sem deixar a tarefa de construir uma democracia cada vez mais igualitária estagnada nesse ponto.

De toda maneira, a mediação, como os outros meios consensuais, não devem ser tomados como remédios necessários e inevitáveis como já dissemos, devem ser escolhidos com liberdade e discricionariedade já que são uma alternativa ao processo judicial. Por esta mesma razão é que se há de pensar, precisamente, no processo como alternativa às alternativas consensuais, invertendo/revertendo a maneira habitual de tratar a questão.

As distintas alternativas possíveis, incluída a jurisdicional, devem ter o mesmo nível de eficiência porque cada alternativa responde a um tipo de demanda nas quais cabe às partes envolvidas escolher, segundo suas preferências e necessidades, a técnica mais apropriada para sua questão. Os meios consensuais de solução de conflitos não podem se converter em obstáculos de acesso à jurisdição de maneira que o legislador deve garantir a eficiência e a acessibilidade à Justiça Pública, porque somente quando se dá essa condição é que será possível permitir que as partes façam a eleição do método mais interessante para a solução de suas controvérsias.

REFERÊNCIAS

AMATUZZI, M.M. **O Resgate da Fala Autêntica: Filosofia da psicoterapia e da Educação**. São Paulo: Papirus Editora, 1989.

_____. **O uso da versão de sentido na formação e pesquisa em psicologia**. In: Carvalho, Regina Maria L. L. (org.): *Repensando a formação do psicólogo: da informação à descoberta* (Coletâneas da ANPPEP, n. 9, p. 11-24. Rio de Janeiro, 1996: Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia. Disponível em: <<http://www.infocien.org/Interface/Colet09.htm#01>> , Acesso em 27 nov. 2018.

BARONA, S. **Mediación Penal. Fundamento, Fines y Régimen Jurídico**. Tirant Lo Blanch, 2011.

BERISTAIN, A. **Criminología y Victimología: alternativas recreadoras al delito**. Ed. Leyer, Santa Fé de Bogotá, 1998.

BUSH, R.A.B., and FOLGER, J. P. **The Promise of Mediation**. San Francisco: Jossey-Bass, 1994.

COOB, S. **Una perspectiva narrativa en mediación**, em: Nuevas direcciones en mediación, coord. FOLGER, JOSEPH P. y JONES, TRICIA S. Buenos Aires, Paidós, 1997.

DERRIDA, J. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

FERNANDEZ, F. **Concordando em parte com Saramago**. 2011. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/colunas/fernando-fernandez/24958-concordando-em-parte-com-saramago/>> Acesso em: 09 dez. 2016.

FRASER, N.; HONNETH, A. **Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange**, Verso, London, 2003.

GARCIA, J. H. e MUÑOZ, J. P. O. **Las razones de la mediación penal y las razones para la mediación penal: algunas reflexiones introductorias**. Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal. Documento de trabajo 110/2007. Fundación Alternativas, 2007.

KOVACH, K. K. **The handbook of dispute resolution**, Jossey-Bass, 2005.

MARTÍN, J. C. R., **Justicia restaurativa y mediación penal**. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia, 2006.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra, 2000.

PABLOS, G. A. **Tratado de Criminología**. Tirant Lo Blach, 1999.

PASCUAL, E. R. **La mediación en el Derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento**. Em: “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación”, Estudios de Derecho Judicial, 2006.

QUIRÓS, V. B. A. **La violencia contra las mujeres**. Congresso “Abordaje Integral de la Violencia de Género”, 2007.

ROGERS, C. **Tornar-se pessoa**. 5. ed São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROGERS, C. ROSENBERG, Rachel. **A pessoa como centro**. São Paulo: Edusp, 1977.

ROGERS, C. **Um jeito de ser**. São Paulo: E.P.U. - Editora Pedagógica e Universitária. 1983.

ROSENBERG, M. B. **Comunicação não-violenta**. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais 1 ed. São Paulo: Summus, 2006.

SANTOS, A. C.; VIEIRA, P. J. **Do Outro lado da Ponte: movimentos sexuais e Direitos Humanos no Séc. XXI**. Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. In: BALDI, César Augusto (Org.), Renovar, Rio de Janeiro 2004.

SCHREIBER, D. S. **Curación Emocional**, La Comunicación Emocional, Kairós, 2010.

SEIJO, J. C. T. **Modelo integrado de regulación de la convivencia y tratamiento de conflictos**, Departamento de Educación de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2001.

SOLIS, D. O. **La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho Español: fuera de los Tribunales también hay justicia**. Diario La Ley nº 7165, Sección Doctrina, 2009.

SORIANO, P. C. **Educar en y para el conflicto**. Cátedra UNESCO sobre paz y derechos, 2011.

SOUSA, N. Q. M. de. **Pesquisa Fenomenológica na Justiça do Trabalho** – Proposta de uma conciliação humanista. Recife, 2010.

SOUTO, E. **Necesidad de un procedimiento de mediación: una propuesta**. Mediación es justicia. Actas del III Simposio “Tribunales y mediación”, Editorial Huygens, 2014.

TARUFO, M. **Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos**. 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

UNITED NATIONS, **Handbook on Restorative Justice**, Office on Drug and Crime, Vienna, 2006.