

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

CAROLINA ELLWANGER

**DA CRISE JURISDICIONAL À “JURISCONSTRUÇÃO”: UMA MUDANÇA DE
PARADIGMA FOCADO NOS ATORES DO CONFLITO E NO PAPEL DO
MEDIADOR**

São Leopoldo
2011.

CAROLINA ELLWANGER

**DA CRISE JURISDICIONAL À “JURISCONSTRUÇÃO”: UMA MUDANÇA DE
PARADIGMA FOCADO NOS ATORES DO CONFLITO E NO PAPEL DO
MEDIADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo

2011

E47d

Ellwanger, Carolina.

Da crise jurisdicional à “jurisconstrução” : uma mudança de paradigma focado nos atores do conflito e no papel do mediador / Carolina Ellwanger. – 2011.

136 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

“Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes.”

1. Conflito – Administração. 2. Mediação. 3. Consenso (Ciências sociais). 4. Estado. 5. Direito. I. Título.

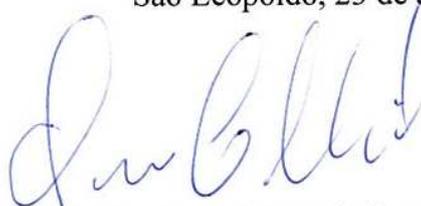
CDD 303.69

CDU 316.48

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “Da Crise Jurisdicional à “Jurisconstrução”: Uma Mudança de Paradigma focada nos Atores do Conflito e no Papel do Mediador”, elaborada pela mestranda **Carolina Ellwanger**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 23 de agosto de 2011.



Prof. Dr. André Luis Callegari

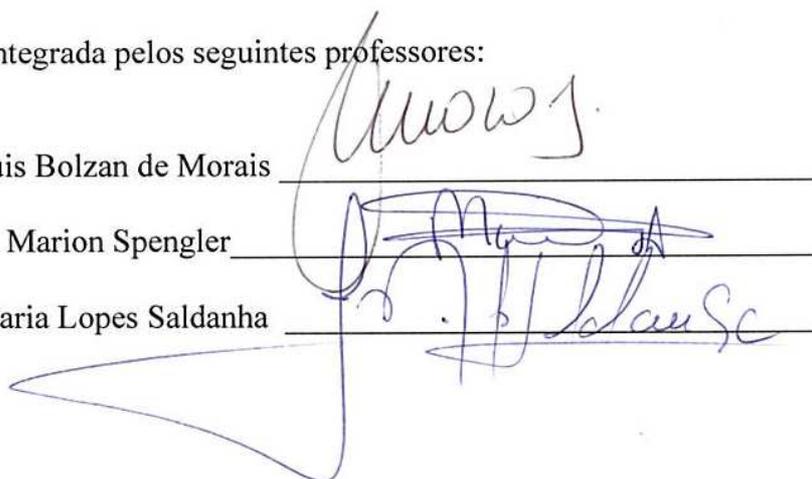
Coordenador do Programa de
Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dra. Fabiana Marion Spengler

Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha



Para Ruy Silva de Almeida, quem há 26 anos aprendi a chamar de avô, que mesmo sem definir, ensinou a arte da ética da outridade.

AGRADECIMENTOS

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos pelos ensinamentos e estímulo à pesquisa. Em especial ao Professor Orientador Doutor José Luis Bolzan de Moraes pela disponibilidade em ensinar, discutir e indicar ferramentas, mesmo que a distância, para elaboração desta dissertação.

Ao amigo Gustavo Vieira pelo incentivo, desde o tempo da graduação, à pesquisa e publicação, acima de tudo, pela indicação do curso de mestrado da UNISINOS.

A Eucárdio Derrosso pelas revisões de português, sempre precisas e rápidas.

Em especial, a três pessoas fundamentais para a concretude deste projeto: Giuliano Derrosso, Cristina e Eduardo Ellwanger.

Ao meu esposo e companheiro, o meu muito obrigada pelo apoio e incentivo em todas as circunstâncias, pela compreensão da distância e dos momentos perdidos.

Aos meus pais pela disponibilidade em auxiliar sem nada pedir. Pela confiança inabalável nas minhas potencialidades, mesmo quando nem eu mesma acreditei. Pela repetição constante de que “tudo daria certo”... e de fato deu! A vocês, minha eterna gratidão.

“La mediación mas que ayudarnos a elaborar un acuerdo, debe ayudarnos a aprender a no confundir mas basura con caviar. Esto es una actitud mas pedagógica que terapéutica. Confundirlas es entrar en un callejón sin salida.”

Luis

Alberto

Warat

RESUMO

A sociedade atual requer um novo modelo de tratamento de conflitos frente à crescente ineficiência da jurisdição estatal. A função jurisdicional, monopólio do Estado, não mais oferece respostas às demandas de uma sociedade cada vez mais complexa, passando a figurar fora da esfera da confiança social. Diante da crise jurisdicional, no bojo da crise estatal, se faz necessária a identificação de outras maneiras de tratamento dos conflitos, revendo paradigmas. Sob esse aspecto, retrata-se a análise da “jurisconstrução” como resposta baseada no consenso e na participação ativa dos atores da controvérsia. Nesse limiar, a partir da “jurisconstrução” como a possibilidade de mudança paradigmática para o tratamento do conflito, se discute como devem interagir os atores do conflito e o mediador no procedimento da mediação. A partir de pesquisas bibliográficas, da utilização dos métodos fenomenológico e comparativo, se depreendeu que a “jurisconstrução” pressupõe que os envolvidos passem a exercer o papel principal no momento do tratamento do conflito. Ao mediador competirá o auxílio, a ajuda para que os atores possam se apropriar das causas, dos sintomas e dos remédios para tratar qualificadamente a contenda.

Palavras-chave: conflito, consenso, Estado, jurisconstrução, mediação.

RESUMEN

La sociedad actual exige un nuevo modelo para resolver los conflictos frente a la ineficiencia creciente de la jurisdicción del Estado. La función jurisdiccional, monopolio estatal, ya no ofrece respuestas a las demandas de una sociedad cada vez más compleja, que sale de la esfera de la confianza social. En frente a la crisis jurisdiccional, en el contexto la crisis estatal, es necesario identificar otras formas de manejar los conflictos, con la revisión de los paradigmas. En este sentido, se retrata el análisis de la "jurisconstrucción" respuesta basada en el consenso y en la participación activa de los actores del conflicto. En este sentido, a partir de la "jurisconstrucción" como la posibilidad de cambio de paradigma para el tratamiento del conflicto, discutiendo como deben interactuar los actores del conflicto y el mediador en el procedimiento de mediación. De la investigación bibliográfica con los métodos fenomenológico y comparativo se concluye que la "jurisconstrucción" supone que las personas involucradas pase a ejercer el principal papel en el momento del tratamiento del conflicto. Al mediador compete la ayuda para que los actores se apropien de las causas, síntomas y remedios para tratar adecuadamente el conflicto.

Palabras clave: conflictos, consenso, Estado, jurisconstrucción, mediación.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ESTADO E JURISDIÇÃO	16
2.1 As crises do Estado e sua transformação	17
2.2 A crise jurisdicional: (in)eficiência frente à crescente complexidade social ...	27
2.3 O monopólio estatal na “resolução” de conflitos	40
3 “JURISCONSTRUÇÃO” COMO PRÁTICA DA COMUNICAÇÃO PARA O TRATAMENTO DE CONFLITOS	48
3.1 O conflito como dinamismo social	54
3.2 Comunicação não-violenta	61
3.3 A mediação no tratamento do conflito	68
3.4 Negociação, conciliação e arbitragem: as práticas alternativas de tratamento de conflitos	77
4 O ENFOQUE DE LUIS ALBERTO WARAT PARA UMA MUDANÇA PARADIGMÁTICA: O PAPEL DO MEDIADOR E DOS ATORES DO CONFLITO	89
4.1 A mediação dos excluídos, dos esquecidos e dos oprimidos	91
4.2 Mediar e estar mediado: o “ofício do mediador”	95
4.3 Os atores do conflito e suas relações: a construção da ética da outridade	105
4.4 A formação do consenso através da mediação	113
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	122

REFERÊNCIAS	130
--------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

As relações sociais contemporâneas passaram por mudanças significativas em sua estrutura, o que colocou em debate alguns pressupostos básicos das instituições modernas. A revisão da maneira e da forma de atuação dessas instituições se impõe.

O Estado encontra-se no ponto central desses questionamentos. Exemplos de tal fato podem ser observados no distanciamento entre a legislação e a realidade e também na dificuldade de implementação de programas estatais.

Uma das funções do Estado, a jurisdição, encontra-se em crise que se consubstancia, em especial, no fato do modelo conflitual que lhe é característico, apresentar-se pela oposição de interesses entre os litigantes que aguardam a decisão/resolução de um terceiro sobre o vencedor e o perdedor da demanda em juízo.

A crise da jurisdição possui raiz na crise do Estado contemporâneo e pode ser dividida em crise estrutural, crise objetiva ou pragmática, crise subjetiva ou tecnológica e crise paradigmática¹, impondo-se a necessidade de se repensar o modelo jurisdicional vigente, posto que a atual forma de lidar com os conflitos já não mais trata adequadamente as demandas de uma sociedade cada vez mais complexa.

Essa necessidade de modificação paradigmática do modelo de jurisdição acarreta no debate em torno da “jurisconstrução”² uma construção da resposta para o conflito, focada no consenso³. Examinando esse contexto, será explorado o instituto da mediação, uma forma de tratamento do conflito que busca o diálogo entre os atores divergentes, com o auxílio de um mediador para tratar qualificadamente a contenda.

¹ Esta abordagem se construirá principalmente a partir da obra de José Luiz Bolzan de Moraes.

² Termo utilizado por José Luis Bolzan de Moraes que “permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado o *dizer o Direito* próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o *elaborar/concertar/pactar/construir a resposta para o conflito que reúne as partes*.” MORAIS, José Luis Bolzan de. *Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente*. In: Conflito, Jurisdição e Direitos Humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Org. Fabiana Marion Spengler, Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 66.

³ A palavra consenso foi utilizada durante a dissertação para designar o resultado do tratamento do conflito, não se confundindo com troca, negociação, mas sim, na decisão construída pelos atores do conflito. Ou seja, consenso como uma política de inter-relação capaz de tratar o conflito.

A opção pela mediação busca mudar o paradigma conflitivo. Passa-se da perspectiva da resolução/finalização do conflito para a perspectiva do seu tratamento. Nela não há um vencedor e um perdedor (como ocorre no atual sistema jurisdicional), mas, sim, dois vencedores, que saem do procedimento tendo tratado a raiz do assunto, o âmago da questão. A decisão final compete aos “donos” do conflito: são os protagonistas que definem as melhores opções para eles mesmos. Ao mediador compete o auxílio nesse momento singular.

A possibilidade de tratamento do conflito, baseada no diálogo, permite que cada um dos envolvidos entenda o ponto de vista do outro. Na mediação, os atores, através da comunicação direta, buscam o tratamento não só do litígio em questão, mas também de todas as variantes que cercam a controvérsia.

Diferentemente do que ocorre no modelo atual de jurisdição, que não elimina as divergências, apenas decide os questionamentos que a ela são levados, preocupando-se mais em medicar do que pesquisar de forma profunda a origem da litigiosidade⁴; a mediação, baseada no consenso, por ser mais ampla e profunda, leva a crer que se poderia eliminar futuras disputas, posto que o problema em questão seria tratado em seus fundamentos.

Esse tratamento, através da utilização da mediação, não se configura como jurisdicional, mas atribuindo legitimidade ao mediador, que auxilia os envolvidos no conflito a realizar a composição do mesmo.

Quando se pensa em um paradigma baseado no consenso, se cogita uma forma alternativa à atuação da jurisdição. Os mecanismos consensuais aproximam os conflitantes em virtude dos princípios da proximidade, oralidade, igualdade, imparcialidade e diálogo.

Desta forma, o tratamento consensual⁵ da demanda conflitiva se caracteriza como uma desjudicialização do embate, no qual os atores exercem um papel central.

⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. *O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento: a importância dos remédios ou remédios sem importância?* In: *Conflito, Jurisdição e Direitos Humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. *op. cit.*, p. 49.

⁵ O tratamento consensual baseia-se no consenso, que é diferente de obediência e de consentimento. Enquanto que a obediência é realizada independentemente se a ordem é correta ou incorreta, o consentimento se dá como uma forma de participação da sociedade no poder. O consenso, por oportuno é o resultado de uma convergência de esforços em prol de um objetivo comum. Neste sentido entendimento

Eles serão os responsáveis pelo diálogo e entendimento, buscando aprofundar o papel dos atores do conflito e do mediador se concentra a pesquisa da dissertação.

Como problema central a ser respondido, apresentou-se o seguinte questionamento: sendo a jurisconstrução possibilidade de mudança paradigmática para o tratamento do conflito, como devem interagir os atores do conflito e o mediador no procedimento da mediação?

Enquanto hipótese, se apresenta a mediação baseada no diálogo construído entre os atores do conflito, o que proporcionaria a autonomia⁶ dos indivíduos, como uma nova sistemática de ação resolutiva. O adequado tratamento do conflito tenderia a diminuir as futuras disputas entre os indivíduos, tendo em vista que os envolvidos tratariam, através da mediação, a raiz do problema apresentado; além do realinhamento da atuação jurisdicional com a apresentação de respostas mais adequadas à complexidade das demandas sociais.

Em face da atual crise estatal e, por conseguinte, das instituições do Estado, justifica-se o estudo do tema acima delineado para elaboração de dissertação do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, dentro da linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, visto que a investigação da mediação, como uma nova forma de tratamento de conflitos, pode alterar as barreiras do monopólio estatal da jurisdição. Ao discutir a crise de efetividade da jurisdição a dissertação apresenta a “jurisconstrução”, uma possibilidade de resposta eficiente às demandas sociais.

Tratar essa controvérsia, objetivando o encontro e a elaboração de consensos, pode democratizar o acesso à jurisdição, através da execução de novas formas de pacificação dos conflitos sociais.

de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2002.

⁶ Conforme Luis Alberto Warat, autonomia pode ser entendida como “uma possibilidade de escapar do mundo das palavras e dos mitos que nos exilam do real. A vontade persistente de toda República (entendida aqui como cultura organizada pela alienação, a ciência, e a filosofia) é a de manter os cidadãos felizes como dependentes incuráveis das palavras e dos mitos. O cidadão que não pensa, porém, acredita que pensa. Repetindo chavões. Escuta falar que é livre e acredita nas palavras, enquanto a vida lhe grita, e ele não escuta que é um prisioneiro de sua própria imbecilidade energizada pelas palavras e pelos mitos.” (WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 15)

A pesquisa em torno do tema surgiu em função da apreciação de um cenário sociopolítico e econômico marcado pela violência, intolerância e desigualdade, no momento atual da sociedade brasileira. Nesse panorama, se vislumbra a mediação como outra maneira de olhar para o social, com os atores do conflito possuindo a responsabilidade pela resolução do mesmo. O mediador, prestando um auxílio indispensável, sem, entretanto, interferir no tratamento do conflito, apresenta-se como novo atuador da jurisdição.

Diante dessa nova visão, a relevância científica e social do tema repousa na importância da identificação e debate da crise jurisdicional elencando novas soluções, condizentes com a atual complexidade social. A incorporação da mediação no tratamento de conflitos poderá desafogar o judiciário, e, com isso, auxiliar no fortalecimento da própria instituição Estado. A mediação, que propicia um aumento da participação social, pode auxiliar em um trabalho de (re)construção da sociedade, mais justa e igualitária, na qual os indivíduos tenham consciência de suas responsabilidades e saibam lidar com elas.

Enquanto objetivo geral, a dissertação visou apresentar a “jurisconstrução” como alternativa para a crise jurisdicional, enfocando o papel exercido pelos atores e pelo mediador no tratamento desses conflitos.

A metodologia utilizada para a elaboração da dissertação, enquanto método de abordagem, foi o método fenomenológico, como “interpretação ou hermenêutica universal”⁷. Dessa maneira, a pesquisa foi desenvolvida a partir de um procedimento em que se deixa de pensar o direito como uma linguagem unívoca que tenda a ser garantia de certeza e perfeita comunicação, para uma nova visão sistemática e resolutiva.

No tocante ao método procedimental, se utilizou como referência o método comparativo. Foram investigadas semelhanças e diferenças entre tipos de estrutura de Estado e suas maneiras de exercer a jurisdição, buscando-se identificar deficiências e respectivas repercussões nas diversas práticas alternativas de tratamento de conflitos.

A técnica de pesquisa utilizada, a bibliográfica, tem como fontes de consulta: livros, revistas, periódicos, artigos e publicações avulsas pertinentes ao tema. Em um

⁷ STEIN, Ernildo. *A questão do método na Filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 100.

primeiro momento se efetivou a localização e obtenção das fontes, mediante uma leitura exploratória, mirando identificar a pertinência do material. Posteriormente, se fez a leitura analítica, com a ordenação das informações para posterior utilização e redação da dissertação, focando-se principalmente no papel dos principais envolvidos na cadeia conflitiva.

Ao se colocar o foco nos atores conflitantes e no mediador do mesmo, se procura realizar uma análise de como a atuação direta no tratamento do conflito pode auxiliar a eliminá-lo de maneira permanente. No que tange aos atores, o estudo de como a outridade pode aproximar pessoas com pontos de vista opostos e, relativamente ao mediador, como essa figura deve atuar para se integrar ao processo de mediação sem colocar-se de qualquer um dos lados, nem “participar” da construção das respostas.

A “jurisconstrução” pretende tratar o conflito em sua base epistemológica, seus paradigmas estruturais e suas relações com a sociedade e a história. Nesse enfoque, permite-se implementar mecanismos de pacificação social, assegurando aos contendores a possibilidade de diálogo franco e aberto para a elaboração do princípio do “melhor para todos”.

Com esse viés, a dissertação abrangerá da crise da jurisdição à possibilidade de aplicação da “jurisconstrução” na modalidade mediação. Como embasamento teórico utilizou-se, de forma ostensiva, três autores: José Luis Bolzan de Moraes, Lilia Maia de Moraes Sales e Luis Alberto Warat.

No capítulo intitulado “Estado e Jurisdição”, abordou-se a transformação do Estado, enquanto ente dotado de poder e as crises hoje enfrentadas pelo mesmo. Elaborou-se debate em torno da crise jurisdicional, pois há que se analisar a (in)eficiência da jurisdição frente à complexidade social crescente. Por fim, analisou-se como o Estado realiza o tratamento do conflito: o foco na resolução e não em torno da possibilidade do tratamento, utilizando-se como embasamento teórico do capítulo a doutrina de José Luis Bolzan de Moraes.

No segundo capítulo, “Jurisconstrução como prática da comunicação para o tratamento de conflitos”, debateu-se a possibilidade de uma nova visão sobre o assunto: a alternativa da mediação. Inicialmente, procurou-se trabalhar com a desmistificação da negatividade do conflito. Tendo como base os ensinamentos de Norberto Bobbio,

utilizou-se a vertente positiva do conflito, situação em que se produz dinamismo na sociedade. Essa análise possibilitou a justificativa da implementação da mediação – com seus objetivos, meios, princípios e características – como alternativa para o tratamento do conflito. Como comparativo, se analisou os institutos que a doutrina costuma denominar de “práticas alternativas de resolução de conflitos” (negociação, conciliação e arbitragem), comparando-os com as práticas da mediação. Nesse viés, a obra de base foi da professora Lilia Maia de Moraes Sales.

Por fim, no último capítulo, se examinou o papel a ser exercido pelo mediador e pelos atores do conflito na mediação. Baseando-se nas obras de Luis Alberto Warat, utilizou-se a questão do “ofício do mediador” e da ética outridade. No debate em torno do papel a ser exercido pelo mediador, primou-se pelo entendimento de que “para mediar é preciso ser mediado”, ou seja, o mediador deve adentrar no conflito com o intuito de auxiliar os envolvidos a chegarem a um entendimento. No que tange os atores do pleito, analisou-se a necessidade de “se colocar no lugar do outro” para então compreender, verdadeiramente, os sentimentos acobertados pelo conflito. Ao fim, foi observada a questão do consenso como maneira de se atingir a mediação.

Na dissertação, ainda se discorre sobre a análise da “jurisconstrução” como possibilidade de promover uma nova forma de lidar com o conflito, um recurso que contempla a autonomia e capacidade de crescimento dos indivíduos, a partir da experiência conflitiva, dentro de uma sociedade complexa, porém mais justa e igualitária. Os atores são vistos como integrantes de uma demanda que não se deve limitar à procura pela solução estatal, permitindo, sim, aprimorar-se e se corresponsabilizar pelas formas de tratamento do conflito a que deram causa. O mediador, nesse contexto atua e se coloca como agente “realinhador” dos sentimentos dos envolvidos no conflito.

2. ESTADO E JURISDIÇÃO

O momento histórico atual caracteriza-se por ser uma situação de grandes mudanças nos mais diversos aspectos e setores. As transformações sociais são o resultado de uma sociedade cada vez mais complexa e com altos níveis de desigualdades. Nesse contexto é que se pode admitir que o Estado também precisa modificar-se. Uma mudança se impõe para acompanhar as demandas daqueles que compõe a sociedade em efervescência .

Estado é um *locus* privilegiado de emanção da normatividade⁸, ou seja, o lugar no qual se emanam normas impostas a todos. Precisa ser visto, dessa perspectiva, como uma organização política investida de poder e coerção.

O Estado, visto como algo real, adstrito à realidade social, que se formou a partir de uma elaboração real e histórica⁹, é o principal foco de observação. Dessa forma, por mais que se possa analisar a crise estatal em vários países, há que se restringir ao que se observa em um determinado local. Partindo da premissa de que cada Estado apresenta particularidades específicas, se está admitindo, também, que cada Estado necessita um tratamento diferenciado no tocante às crises ou dificuldades por ele enfrentadas. O que se pretende demonstrar, muito embora seja realizada uma panorâmica geral, é a crise do Estado em um país de modernidade tardia, como é o caso brasileiro.

O debate em torno das funções do Estado se concentrou, no decorrer das últimas décadas, em muitos momentos, na figura do judiciário, isso porque a jurisdição, enquanto monopólio estatal de aplicação do Direito, surgiu como meio de garantir a convivência harmônica e pacífica entre os integrantes da sociedade. A jurisdição mune-se de poder de coerção para afastar a justiça privada. Ocorre que o aumento na complexidade das relações sociais gerou novas e inusitadas maneiras de interrelações, que acarretaram situações até então desconhecidas. Essas novas situações propiciaram problemáticas sem respostas no meio jurídico. Aliado a este fato, acrescenta-se a

⁸ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21.

⁹ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. *op. cit.* p. 22.

proliferação de centros de poder privados, como a globalização cultural, política e econômica.

Ademais, se visualiza uma crise no modo de fazer o direito: o normativismo jurídico pressupõe uma subsunção entre o texto normativo e as realizações da vida cotidiana. No intuito de abarcar um maior número de condutas, “cria-se” a interpretação dos casos concretos. Ocorre que o “direito não é uma mera racionalidade instrumental”¹⁰, ou seja, a problemática do direito não está apenas na interpretação dos textos jurídicos, mas no fato de que, ao se interpretar, estará se descobrindo algo encoberto; para que se possa interpretar, é necessário, antes de tudo, compreender.

A interpretação pressupõe a compreensão. Ocorre que a filosofia no direito não é alcançada pelos julgadores, que ainda se encontram no paradigma ligado ao positivismo. Essa conjuntura faz com que a jurisdição seja alvo de preocupações, tendo em vista já não conseguir a resposta de forma eficiente aos anseios sociais.

Partindo dessas noções iniciais, o presente capítulo apresenta como ponto central a análise da crise do Estado e da jurisdição. Em um primeiro momento, se fará o exame histórico das transformações do Estado, chegando-se, no momento atual, cercado de problemáticas e crises. Posteriormente, se analisará a crise da jurisdição, como uma problemática consubstanciada na crise do Estado, para, após, se especificar como o Estado hoje detém o monopólio da resolução¹¹ dos conflitos. Esses exames se fazem necessários para que na dissertação se possa aprofundar a alternativa da “jurisconstrução”, diante do quadro social apresentado, analisando-se, portanto, do maior ao menor.

2.1 A crises do Estado e sua transformação

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3 ed. revisada, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 427.

¹¹ Muito embora no decorrer da dissertação se utilize a expressão tratamento de conflitos, neste capítulo inicial optou pela expressão resolução. Esta escolha se deu como uma forma de se ponderar sobre o que de fato o estado realiza quando trás para si o direito/dever de resolver o conflito: não há na jurisdição atual meio de tratar de fato o conflito, justamente por isso é que é realizada a crítica ao modelo atual de jurisdição; ela tenta resolver o problema, sem de fato tratá-lo.

O Estado, apesar de não possuir uma conotação física, se faz presente em todas as manifestações sociais. Em decorrência, sua ação ou omissão permeia o cotidiano do cidadão. A palavra Estado – que a partir da obra de Maquiavel¹² substituiu paulatinamente o modo como se chamava a organização máxima de um grupo de pessoas que vivia em um determinado território, sob um poder de comando¹³ - não pode ser usada como sinônimo de território ou regras vinculativas a um conjunto de pessoas.

Por mais que doutrinariamente se tenha divergência quanto à significação exata da palavra Estado, há que se referenciar que o Estado é uma organização política. Nesse sentido é o entendimento de Norberto Bobbio, para quem o Estado é entendido como o ordenamento político de uma sociedade, nascendo com o fim do foco nos laços primitivos entre os indivíduos¹⁴.

Ou seja, a partir do momento em que se tem o foco nas interrelações entre os mais diferentes indivíduos, que se interligam por afinidade/necessidade, e não mais apenas por grau de parentesco, inicia-se a discussão do Estado enquanto entidade.

Ao longo da seara da história, o Estado passou por transformações e aprimoramentos, resultantes da mudança de mentalidade/necessidade/complexidade dos indivíduos que o formavam. Na sociedade política medieval, com o feudalismo, as deficiências dessa sociedade determinaram as principais características do Estado Moderno¹⁵. Essas características se dividem em elementos formais e elementos

¹² Faz-se referência a Nicolau Maquiavel, com a obra *O Príncipe*. (MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad. Mauricio Santana Dias. São Paulo: Penguin Companhia, 2010.)

¹³ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 85.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. *Op. cit.*, p. 73.

¹⁵ Muito embora exista uma discussão doutrinária sobre a existência da necessidade do adjetivo moderno ao substantivo Estado, na presente dissertação não se adentrará neste mérito, utilizando-se a expressão “Estado Moderno” para designar o Estado a partir do fim do feudalismo. Registre-se, neste sentido, o entendimento de Norberto Bobbio: “Com Bobbio, é possível alinhar argumentos a favor e contra a descontinuidade, entre aquilo que se poderia chamar Estado Antigo e Estado Moderno. Com efeito, a favor da descontinuidade, pode-se afirmar, de pronto, que o nome Estado é um novo nome para uma realidade nova: a realidade do Estado precisamente moderno, a ser considerado como uma forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos precedentes que não podia mais ser chamado com os antigos nomes. Assim, diz o mestre italiano, o nome Estado deve ser usado com cautela para as organizações políticas existentes antes do novo ordenamento centralizador, institucionalizado, denominado por Maquiavel de Estado. O Estado Moderno como algo novo insere-se perfeitamente em uma descontinuidade histórica, isso porque um dos maiores argumentos a confirmar tal tese é de que é o processo inexorável de concentração do poder de comando sobre um determinado território bastante vasto, que acontece através da monopolização de alguns serviços essenciais para a manutenção das ordens interna e externa, tais como a produção do direito através da lei, que à diferença do direito consuetudinário, é uma emanção da vontade do soberano, e do aparato coativo necessário à aplicação do direito contra os renitentes, bem como através do reordenamento da imposição e do recolhimento fiscal,

materiais. Como composição dos elementos materiais, encontra-se o território e o povo; como aglutinação dos elementos formais tem-se o governo, o poder, a autoridade ou o soberano.

De acordo com Luciano Gruppi¹⁶, três são as características do Estado moderno em oposição ao estado feudal. A primeira é o aumento de autonomia do Estado, a plena soberania que não permite que o Estado dependa de outra autoridade. A segunda característica é a diferenciação entre a figura do Estado e a figura da sociedade civil, emergindo com a ascensão da burguesia ao poder. Como terceira hipótese, tem-se uma mudança de paradigma de um Estado no qual o senhor feudal era proprietário da terra - e de tudo que nela constava - para um Estado no qual há um monarca com identificação com o próprio Estado no que tange à soberania estatal.

Pode-se afirmar que o Estado moderno é uma novidade diante do que se tinha anteriormente como Estado. Nessa nova fase, o poder passa a ser visto como instituição, ocorrendo uma dissociação entre a autoridade e o indivíduo que o exerce (em oposição ao que ocorria no feudalismo). O Estado moderno deixa de ser patrimonial.

O Estado absolutista é a primeira forma de Estado moderno. O rompimento com a antiga forma de organização, feudalismo, ocorre com a passagem das relações de poder da esfera privada (mãos do senhor feudal) para a esfera pública. Sendo assim, é a partir do Estado moderno que se verifica a dicotomia público-privado, ou sociedade civil-sociedade política.

Analisando o Estado, segundo Norberto Bobbio, o absolutismo¹⁷ não pode ser confundido com tirania, uma vez que a sua ilimitação se apresenta no tocante à

necessário para o efetivo exercício dos poderes aumentados. De qualquer sorte, complementa Bobbio, a escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade, e não de verdade. Assim, quem considera como elemento constitutivo do conceito de Estado também certo aparato administrativo e o cumprimento de certas funções que apenas o estado moderno desempenha, deverá sustentar que a polis grega não é um Estado, e que a sociedade feudal não tinha um Estado. A favor da descontinuidade, por exemplo, poder-se-ia perguntar se existe uma continuidade entre as cidades romanas e as cidades medievais, entre os collegia e as corporações? Mais ainda, sobretudo com respeito à organização política, é possível falar propriamente de Estado – que implica a idéia de unidade de poder sobre um determinado território – numa sociedade fracionada e policêntrica como aquela dos primeiros séculos, na idade do reinos bárbaros, em que as principais funções que hoje são habitualmente atribuídas ao estado e servem para conotá-lo são desempenhadas por poderes periféricos, onde não existe distinção nem no alto nem em baixo entre poder propriamente político e poder econômico?”(STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado. Op. cit.*, p. 40-41).

¹⁶ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Trad. Dario Canali. Porto Alegre: L&PM, 1980.

¹⁷ Norberto Bobbio define absolutismo: “De um ponto de vista descritivo, podemos partir da definição de Absolutismo como aquela forma de Governo em que o detentor do poder exerce este último sem

autonomia em virtude de qualquer limite externo. Existia, portanto, uma limitação interna, em especial, uma delimitação constitucional referente aos valores e às crenças da época.

A classe burguesa¹⁸ que, na primeira versão do Estado moderno, se contentou em ter apenas o poder econômico, passou com o tempo a querer conquistar também o poder político. Diante dessa conjuntura, é que ocorre a Revolução Francesa de 1789, que rompe com o Estado absolutista¹⁹ e cria a segunda versão do Estado moderno: o modelo liberal.

No liberalismo clássico, a autoridade pública era encarregada apenas da manutenção da paz e da segurança, sendo essa limitada pelas liberdades negativas da época. No século XIX²⁰, começa a ocorrer uma mudança no Estado Liberal, que passa a

dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores. Inteiramente diferente seria defini-lo como "sistema político em que a autoridade soberana não tem limites constitucionais", ou apenas "sistema político que se concretiza juridicamente através de uma forma de Estado em que toda a autoridade (poder legislativo e executivo) existe, sem limites nem controles, nas mãos de uma única pessoa". O problema decisivo é o dos limites: a respeito dele, o Absolutismo se diferencia de forma clara da tirania, por uma parte, e do despotismo cesaropapista, por outra." (BOBBIO, Norberto. Absolutismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale ET AL. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. Ed. Brasília: Editora de Brasília, 2004, v.1, p. 2.)

¹⁸ No entendimento de Norberto Bobbio, o conceito de burguesia pode ter duplo sentido, nesta dissertação se utilizará o segundo conceito exposto por ele, desta forma: "O termo Burguesia não tem sentido unívoco, podendo-se dar do conceito pelo menos duas definições (se não mais) alternativas. Num primeiro sentido, que perdeu muito de sua validade quando referido à atual sociedade, entende-se por Burguesia a camada social intermediária, entre a aristocracia e a nobreza, detentoras hereditárias do poder e da riqueza econômica, e o proletariado, composto de assalariados ou mais genericamente de trabalhadores manuais (as "classes subalternas"). Num sentido mais fecundo e mais atual, à luz dos acontecimentos históricos contemporâneos, da Revolução Industrial, da revolução política de 1789 e da revolução social ainda em curso, pode-se dar uma segunda definição que mais corresponde à atual realidade. A Burguesia, pois, seria a classe que detém, no conjunto, os meios de produção e que, portanto, é portadora do poder econômico e político. Seu oponente seria o proletariado que, desprovido destes meios, possui unicamente sua força de trabalho." (BOBBIO, Norberto. Burguesia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Op. cit. p. 119.)

¹⁹ O fim do Estado Absolutista é normalmente elencado com a ocorrência da Revolução Francesa, mas necessário se faz a ressalva de que esta data para o término do absolutismo é convencional, mesmo depois disso ainda permaneceu existindo elementos absolutistas em diversos países da Europa Ocidental. Neste sentido BOBBIO, Norberto. Absolutismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Op. cit. p. 2.

²⁰ A transformação do perfil mínimo adotado pelo Estado Liberal se deve, em especial, a quatro fatores: "a - revolução industrial e suas consequências de proletarização, urbanização (transporte, saúde, saneamento, moradia), mudança nas condições de trabalho, previdência e degradação ambiental; b - a primeira guerra mundial rompe a tradição do liberalismo econômico, acelerando violentamente a ação de fatores desagregadores. De fato, tal guerra dilata desmesuradamente as exigências de armamento e aprovisionamento, demonstrando a necessidade do controle integral e coativo da vida econômica, também como reflexo da emergência da Revolução Russa, da Constituição de Weimar (1919) e do constitucionalismo social iniciado pela Constituição mexicana de 1917; c- A crise econômica de 1929 e a Depressão trouxeram embutida a necessidade de uma economia interventiva onde se reconciliam os dois maiores fatores de estabilidade econômica: a iniciativa privada e a ação governamental, que engendram a política social de Roosevelt e o *New Deal* americanos, uma intensa política de nacionalização

assumir as liberdades positivas. Nesse sentido, tem-se a diminuição da atividade livre, ocorrendo, paulatinamente, o desaparecimento do Estado mínimo. Nessa conjuntura, e com a transformação do liberalismo, começa-se a trabalhar no Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

A distinção clara entre o Estado mínimo e o *Welfare State* é a intervenção do Estado na sociedade. Entretanto, há de se destacar que a intervenção do *Welfare State* é uma intervenção na função social. Não pode ser confundida com o assistencialismo dos Estados anteriores, uma vez que no modelo de Bem-estar Social²¹ as prestações públicas são recebidas em função de um direito do cidadão. “O conceito de *Welfare State* se refere basicamente a uma dimensão da política estatal: a finalidade de produzir bem-estar social.”²²

O Estado de *Welfare State*, ao produzir o bem-estar social, passou por um fenômeno de complexificação²³ jamais visto ao longo da história. O sistema estatal cresceu em complexidade em relação aos elementos que o precederam tanto em nível estrutural quanto no tocante às funções e meios de ação. A observação da realidade permite a verificação de dita observação a partir de alguns pontos²⁴.

Inicialmente, há de se registrar o incremento quantitativo dos órgãos tradicionais do Estado, como por exemplo, o número de ministérios. Atualmente, existem “superministérios”, secretarias e outras “pastas”, comandados por pessoas com “*status*” de ministros. Há também a propagação de empresas estatais com o regime próprio do

implementada por Atlee, após a II Guerra Mundial, bem como os reflexos da ação do Léon Blum e a *Front Populaire*, no caso francês; d – A Segunda Guerra Mundial com a emergência de guerra que impõe a assunção de um papel controlador dos recursos sociais, bem como de uma atitude prática por parte do ente estatal com o objetivo de manter a produção, a distribuição, o controle da economia, etc, não se limitando apenas a uma atitude reconhecedora e repressora.” (STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado.op. cit.*, p. 70-71).

²¹ O Estado de Bem-Estar Social, no entendimento de Norberto Bobbio, pode ser caracterizado como aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, saúde, educação como um direito político de todos. (BOBBIO, Norberto. Estado do bem estar. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política. Op. cit.*)

²² GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.

²³ Necessário se faz a referência da noção de complexidade. Complexidade e simplicidade são termos relativos, o que para um macroestudo pode ser considerado simples, em um microestudo pode ser considerado complexo. Luhmann identifica a complexidade com a pluralidade de possibilidades, sendo considerado complexo o sistema que pode assumir mais de uma situação, tendo uma pluralidade de possibilidades compatíveis. (GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo. op. cit.*, p. 153.)

²⁴ Pontos referidos por Manuel Garcia Pelayo. *op. cit.* p. 154-161.

direito privado, fenômenos, que, dentre outros que poderiam ser citados, determinantes do enfraquecimento dos limites entre o público e o privado.

Aliado a tais fatores, ainda é possível visualizar crescente dificuldade na distinção efetiva entre o poder Legislativo e o poder Executivo. Tal fato se torna comum quando a maioria parlamentar e o governo são ocupados pelo mesmo partido ou coalizão de partidos. A intrusão dos partidos no sistema institucional de divisão de poderes acarreta “trocas de cargos por votos”, criando um subsistema dentro do sistema mais amplo da tripartição de poderes.

Ademais, a organização interna do Estado produziu fenômeno de diversificação e dispersão efetiva do poder. Manuel Garcia-Pelayo apresenta, como exemplo, o aumento no número de ministérios: o poder é diluído em um número maior de pessoas. “Cada ministro encontra limites em outros ministérios, necessitando de instrumentos de ação ou controle de setores que caem dentro de suas necessidades fundamentais, mas fora de sua competência jurídica, visto que dependem de outros ministérios.”²⁵

Outro ponto a ser observado é que o Estado social assume a função da “procura existencial”, devendo assegurar aos indivíduos o que nem eles conseguem assegurar a si mesmos. Tem como função a estabilidade e desenvolvimento de uma sociedade incapaz de auto-regulação.

A complexidade do Estado também é observada pelo aumento dos instrumentos de ação e das relações entre eles. Além do crescimento das disposições legais e ações administrativas no âmbito interno dos Estados, ocorreu também um aumento de relações exteriores.

Como último ponto apresentado para esclarecimento sobre a complexidade, tem-se a globalização. O sistema internacional tornou-se mais complexo com o surgimento das organizações em âmbito mundial e regional. O Estado já não mais se inter-relaciona apenas com outro Estado, mas também com essas organizações e até mesmo com estruturas de outros Estados²⁶.

²⁵ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo. op. cit.*, p. 156.

²⁶ “Assim, temos que as relações exteriores de um Estado podem ter lugar i) com outros Estados, ii) com organizações mundiais, iii) com organizações regionais, iv) com unidades mais ou menos descentralizadas de outros Estados e v) com organizações transnacionais.” (GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo. op. cit.*, p. 160.)

O Estado, provavelmente, é a organização mais complexa da qual o homem faz parte, já que a gama de diversidade da sociedade é imensa, e a tarefa de prestar atendimento de qualidade à mesma representa um desafio. Esta perspectiva, acrescida das diversas funções estatais, da ineficiência constitucional, da crise representativa, da mutação constitucional, entre outros fatores, leva inevitavelmente ao questionamento da atuação estatal e, por conseguinte, da conclusão de que o Estado se encontra em crise.

De acordo com José Luis Bolzan de Moraes, a crise do Estado contemporâneo é conceitual que atinge os principais elementos componentes e do Estado: o território, o povo e a soberania; estrutural que apresenta a ineficiência do Estado de Bem-estar Social através do viés financeiro, ideológico e filosófico; constitucional que desmantela o constitucionalismo moderno; e, funcional que abrange as funções do Estado; e política que fere a democracia representativa.

A crise conceitual do Estado contemporâneo é uma conjuntura do poder enquanto soberania. A origem do conceito de soberania remonta a Jean Bodin que a definiu como um poder perpétuo e absoluto.

Com o decorrer do tempo, o conceito e a aplicabilidade da soberania sofreram mudanças, mas sempre houve a manutenção de alguém ou algum órgão como o detentor de poder. Inicialmente, o Estado moderno era caracterizado pela presença do poder nas mãos dos monarcas. Com o passar do tempo, essa força passa a se tornar instituição.

A institucionalização desse poder gerou uma despersonalização, ocorrendo uma dissociação entre a autoridade e o indivíduo que o exercia. O Estado passou a ser o detentor do poder por meio de suas instituições.²⁷ Ocorre, entretanto, que estas instituições por vezes acabam perdendo autonomia diante do processo de globalização. A crise da soberania se configura, por exemplo, em virtude de novos processos de globalização²⁸, como as comunidades supranacionais que impõem nova lógica às relações internacionais. Outro aspecto nesta seara é o decorrente das atividades prestadas por organizações econômicas, por não possuírem vínculo com um Estado específico, mas por deterem grande volume de dinheiro, acabam, por vezes, tendo poder

²⁷ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado. op. cit.*

²⁸ São apontados por José Luis Bolzan de Moraes cinco fatores que contribuem para a problemática da crise conceitual no tocante a globalização. Ver: MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 28-31.

de decisão em nível internacional maior do que alguns Estados menos abastados. Nessa linha, outros agentes transformadores são as organizações não-governamentais que atuam em um espaço intermediário entre o poder público e o privado, podendo o relatório dessas entidades prejudicar ou fortalecer a imagem externa de um determinado País. Aliado a estes fatores, ainda se encontra a passagem do modelo de Estado mínimo para um Estado de Bem-estar Social, no qual cabe ao poder público a tarefa de incorporação de grupos sociais. Por fim, se encontra o papel dos organismos internacionais que respaldam possibilidades de atuação desvinculada dos Estados²⁹.

A estrutura do Estado contemporâneo remonta à necessidade de adaptação do Estado às questões sociais. O modelo de *Welfare State* começou a ser construído na constituição mexicana de 1917 e na constituição de Weimar, datada de 1919. Esse novo modelo de Estado propiciou benefícios às mais diversas camadas sociais, o que aumentou significativamente a demanda estatal, fazendo com que o “novo” Estado não conseguisse mais apresentar respostas céleres às necessidades sociais.

Na visão de Manuel García-Pelayo³⁰, o Estado não pode se limitar a assegurar as condições de uma ordem social vigente, mas deve estruturar a sociedade, utilizando mecanismos de controle e regulação social.

A crise estrutural, uma crise do Estado social, pode ser subdividida em três vertentes: crise fiscal, crise ideológica e crise filosófica.

Por crise financeira/fiscal denomina-se a discrepância entre as necessidades crescentes de investimento por parte do poder público em políticas públicas de bem estar social e a diminuição da arrecadação tributária, em virtude de crises financeiras mundiais.

A crise filosófica se refere ao fundamento do Estado de Bem – estar Social: a solidariedade. A base antropológica desse Estado pressupunha que os indivíduos tivessem uma visão coletiva, que se preocupassem com a situação de vida dos demais componentes da mesma sociedade, o que na prática não se verifica. Tudo o que se apresenta hoje é uma sociedade extremamente individualista, onde os sujeitos despreocupados com os indivíduos que estão em sua volta.

²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. op. cit.*, p. 31.

³⁰ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo. op. cit.* p. 11.

Por fim, a crise ideológica faz referência à colisão entre uma democratização do acesso ao espaço público e uma burocratização para se chegar até ela.

A crise constitucional refere-se à perda (diminuição) de espaço da Constituição no interior do Estado contemporâneo. Quando se fala em crise constitucional, está se referindo a uma crise no âmago do Estado, posto que a Constituição consubstancia o substrato para a implementação de conteúdos políticos definidos pela sociedade³¹.

Ao mesmo tempo em que o constitucionalismo moderno não consegue “dar conta”³² das novas necessidades sociais, tem-se também o influxo da globalização e de novos locais de regulação, além da dificuldade de se colocar em prática os dispositivos constitucionais em virtude do Estado estar enfraquecido.

A globalização neoliberal não mais possibilita que os Estados e seus políticos tenham “voz ativa”³³. Permite, isso, que o dinheiro circule facilmente, sem fronteiras, desbravando horizontes e “tomando” decisões. Com a mundialização, o poder dos políticos passa para os organismos financeiros, que se escondem atrás do Estado, usufruindo os benefícios sem nada apresentar em contrapartida³⁴. Nesse sentido, tem-se o entendimento de Luis Alberto Warat, para quem o Estado nacional é um “fetiche, um holograma”³⁵.

Aliada à globalização, apresenta-se também a problemática da mutação constitucional realizada através da jurisprudencialização excessiva, na qual os juízes muitas vezes ultrapassam as suas funções constitucionais, passando a legislar.

A crise funcional é uma parcela da crise estatal afeita à perda de exclusividade dos órgãos e poderes em desempenharem as tarefas que lhe cabem. Pode ser analisada a partir de dois vetores: o interno e o externo. Pelo prisma interno, encontra-se “a dialética

³¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. op. cit. p. 46.

³² ENGELMANN, Wilson. *A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado*. In: O Estado e suas crises. Org. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 226.

³³ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

³⁴ De acordo com Warat (WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!*, op. cit., p. 14 e ss), os organismos financeiros controlam países inteiros, além do controle dos meios de comunicação, indústria e comércio. Através deste controle produzem uma mundialização uniformizada, mas com diferenças abismais: a exclusão social também esta mundializada.

³⁵ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. op. cit.

da separação / harmonia das funções estatais”³⁶; pelo prisma externo se observa uma mudança do perfil clássico da administração e a fragilização do Estado diante da concorrência privada e internacional (entre outras).

A concorrência faz com o que o Estado passe a agir de forma mais descentralizada. A descentralização, além de pulverizar tomadas de atitudes, permite que certos setores acabem não sendo regulados de maneira satisfatória. Ou seja, em determinados segmentos uma função, antes realizada pelo executivo, passa a ser realizada pelo judiciário, visto que as modificações no *modus operandi* desse executivo não permitem mais que a tomada de decisão (por ineficiência, falta de preparo ou tempo) seja proferida pelo órgão competente.

Acrescente-se ainda a grande velocidade com que surgem novos fatos sociais que reclamam soluções de pronto dos órgãos públicos. A crise funcional irá se caracterizar com a incapacidade do Estado exercer de maneira exclusiva as funções a ele estabelecidas³⁷. Nesse limiar, encontra-se a crise da jurisdição ou a crise do Estado dizer o direito no caso concreto.

Essa disfunção entre os poderes provoca diretamente outra vertente da crise estatal: a crise política de representação. A crise política, uma crise da democracia representativa, faz menção à incapacidade do modelo atual em representar todos os setores da sociedade. A complexificação social, aliada ao crescente número de grupos políticos com interesses escusos, deflagra a crise política, parte integrante da Crise do Estado contemporâneo.

O Estado que já não cumpre as promessas da modernidade gera uma situação em que os políticos também não mais as repetem. Zygmunt Bauman³⁸, para explicar o caos dessa crise política, compara a situação dos indivíduos com o lixo. Comprando essa visão, o medo que o ser humano tem de ser tratado como um refugo é que faz com que ele confie ao governante o poder de decidir o futuro de uma nação. Ocorre que a promessa de garantir e defender os subordinados já não é mais uma prática no âmbito político, em vez disso, a regra passou a ser a rejeição e a exclusão. Há a repetição, por

³⁶ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. *op. cit.* p. 155.

³⁷ LUCAS, Douglas Cesar. *A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada*. In: *O Estado e suas crises*. *op. cit.* p. 170.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

parte dos candidatos a governantes, de que os eleitores devam ser flexíveis e buscar individualmente suas próprias soluções para problemas produzidos pela sociedade como um todo.

Nesse contexto da crise estatal, é possível realizar uma pesquisa nas consequências e por menores da crise institucional. Uma dessas vertentes é a crise da jurisdição: a divergência no modo de dizer o direito, uma função de monopólio estatal.

2.2 A crise jurisdicional: (in)eficiência frente à crescente complexidade social

A estrutura doutrinária da tripartição de funções separa a função administrativa, legislativa da jurisdicional. Esta última, no Estado de Direito, é função exercida por órgãos especializados que compõem o Poder Judiciário. Compete a esse órgão o exercício da jurisdição com poder de coerção, tendo, assim, o Estado o monopólio sobre essa atribuição.

Indiscutível que evoluções históricas e mudanças de paradigmas fundamentam o que hoje é conhecido como direito moderno. Ao longo do tempo, com a complexidade crescente da sociedade, a produção da normatização para o convívio aumentou. As bases desse direito moderno, em especial no caso brasileiro, encontram-se arraigadas na concepção romano-canônica. Uma dessas questões, que ainda guardam grande similitude com o formulado em séculos passados pelo povo romano, é o conceito de jurisdição.

Consoante o ensinamento de Ovídio Baptista³⁹, no conceito romano, a jurisdição é concebida apenas como *jurisdictio*, desprovida de *imperium*. Ou seja, tem-se a jurisdição como “simples declaração de direitos”⁴⁰. Ainda de acordo com o mesmo autor, acrescenta-se que a jurisdição “é o verdadeiro paradigma que demarca e condiciona os demais conceitos e institutos com que a ciência processual moderna elabora suas categorias”⁴¹

³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 9.

⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. *op. cit.* p. 26.

⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. *op. cit.* p. 25.

Em conclusão, depreende-se que a jurisdição serve ao cidadão no momento em que é dito o direito no caso concreto, além de balizar os demais conceitos e institutos do direito processual moderno.

Entretanto, a complexidade de uma sociedade, que expande os seus horizontes, cria situações que se sobrepõem aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, se insere o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco⁴², afirmando que a jurisdição tem como finalidade o social, o político e o jurídico. Ou seja, por mais que se tenha a jurisdição como o ato de dizer o direito, ela deve servir também para o controle social, a partir da manutenção de paz.

No entanto, essa tarefa não se vislumbra de maneira clara na sociedade hodierna. A jurisdição não mais responde aos anseios sociais, isso porque a sofisticação das relações da sociedade aumenta em velocidade distinta da evolução dos órgãos competentes para administrar as disputas dos cidadãos. Existe o surgimento de novas categorias de direitos e de sujeitos com legitimidade para pleiteá-los, que exigem “novos direitos”, sendo possível se verificar que os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos acabam por determinar uma transferência da zona política para o âmbito jurisdicional, âmbito que ainda não se vê equipado para responder aos anseios sociais.

É através da jurisdição que o Estado passa a ser o terceiro diante dos conflitos. Nessa situação, o Estado busca resolver⁴³ o conflito em concreto, trazendo para o caso a atuação da vontade da legislação, o entanto, agindo com neutralidade e imparcialidade.

O Estado, ao deter em si o monopólio da jurisdição, determina a aplicação do Direito no caso concreto de maneira impositiva, tratando o conflito por meio da utilização do Direito positivo. A jurisdição, assim, representa a atividade através da qual o Estado substitui as partes com base em um modelo de princípios expressos na lei e universalmente reconhecidos.⁴⁴ Ocorre que o aumento das contradições sociais, que estão embasadas na crescente complexidade social, aos poucos, torna o modelo jurisdicional incompatível com o modelo da sociedade contemporânea.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

⁴³ O Estado tende a resolver o conflito, sem realizar o real tratamento do mesmo.

⁴⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. & SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 76.

Nesse panorama é que se vislumbra a crise jurisdicional, que na realidade é um reflexo da própria colisão de interesses estatais. O enfraquecimento do Estado vai sendo transferido a todas as suas instituições. Ou seja, o Estado, ao gradativamente perder sua soberania, sua capacidade de responder de maneira célere aos litígios atuais, ao apresentar fragilidades nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, começa a perder a exclusividade para dizer e aplicar o direito.⁴⁵

A estrutura hierarquizada e orientada pela lógica legal-racional do Judiciário passa a ser questionada, visando uma maior eficiência. A modernização das estruturas desse poder, bem como de seus padrões funcionais, se torna uma condição necessária para sua manutenção enquanto autoridade autônoma e independente.

O Poder Judiciário enfrenta, dessa maneira, uma crise de identidade e uma crise de eficiência. Como crise de identidade, pode-se perceber um “embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos”⁴⁶, sendo que esse Poder vai perdendo espaço em sua atuação, quer seja por sua maneira ultrapassada em lidar com as controvérsias que a ele são apresentadas, quer seja pelo fato do aparato judicial possuir instrumentos e códigos que já não mais respondem aos anseios sociais.

Na crise de eficiência, tem-se a impossibilidade de resposta eficiente à complexidade social e ao aumento de litigiosidade, evidenciando-se um descompasso entre a demanda judicial e o atendimento prestado. Essa diferença produz frustração não apenas nos indivíduos que recorrem à justiça, mas também naqueles que os cercam, posto que a morosidade e pequena eficiência dos serviços prestados desacreditam a própria justiça, especialmente pela morosidade. Alia-se a isso a questão do desconhecimento, por grande parte da população, do funcionamento do Poder Judiciário, em especial os seus ritos formais e burocráticos, que geram a demora nas respostas formuladas pelo conflito, fatores que determinam o entendimento que a justiça “não funciona”, acarretando o descrédito na jurisdição e a busca por meios alternativos de tratamento.

⁴⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. & SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* Op. cit. p. 76-77.

⁴⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007, p. 149.

Dentro desse cenário, pode-se dividir a crise da jurisdição em quatro⁴⁷ vertentes básicas: crise estrutural, crise objetiva ou pragmática, crise subjetiva ou tecnológica e crise paradigmática.

Pela crise estrutural, identifica-se a dificuldade com infra-estrutura e o financiamento de novas instalações e equipamentos. Nessa vertente, a deficiência jurisdicional faz menção não apenas a problemática do custo de infra-estrutura, mas também ao “custo diferido”, que é decorrente do tempo que se alongam os processos judiciais. A demora na apreciação dos casos concretos, que ao judiciário são trazidos, aumenta o custo direto da ação, bem como o indireto. Por direto entenda-se o custo com pessoal especializado para “dar andamento ao feito” e, como indireto, o custo das partes advindo da falta de resolução do litígio.

Por outro lado, entende-se por crise objetiva ou pragmática aquela proveniente dos aspectos pragmáticos da atividade jurídica. A dificuldade com a linguagem técnico-formal, utilizada pelos operadores do direito, a burocratização, a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas permeiam esta vertente dessa obstrução da jurisdição.

No que tange à crise subjetiva ou tecnológica, salienta-se a incapacidade dos operadores em lidar com novas realidades, que, além de requerer novos instrumentos legais, também exigem uma reformulação da mentalidade. A mentalidade dos operadores do direito foi moldada para tratar os questionamentos com base no silogismo lógico, com a incidência da pressuposição legal-normativa ao fato transcorrido. Os conflitos contemporâneos, em especial os que envolvem direitos transindividuais, necessitam mais do que o silogismo para serem solucionados. A falta da resposta da jurisdição acaba por aprofundar ainda mais a crise jurisdicional.

Em relação à crise paradigmática, destaca-se “a interrogação acerca da adequação de o modelo jurisdicional atender às necessidades sociais do final do século”⁴⁸. Essa vertente da dissensão da jurisdição se refere aos métodos e conteúdos que são utilizados pelo direito não mais responderem às demandas complexas dos sujeitos envolvidos. A crise paradigmática da jurisdição questiona o modelo atualmente

⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. & SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* op. cit.

⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente.* op. cit. p. 63

utilizado, uma vez que o mesmo não é célere e não responde a toda problemática conflitual envolvida no litígio. Permeando os pontos listados, há que se referir de maneira mais direta à crise da dogmática jurídica, que não mais atende (se em algum momento atendeu) de forma satisfatória às demandas advindas de uma sociedade complexa.⁴⁹

No Brasil, ainda predomina um modo de produção do direito baseado na resolução de disputas interindividuais, enquanto a sociedade apresenta embates de cunho transindividuais.⁵⁰ “O paradigma (modelo/modo de produção do Direito) liberal-individualista-normativista *está esgotado*. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos.”⁵¹ Nesse limiar é que se denota a existência de um grande distanciamento entre a sociedade e o Direito, sendo que o último não consegue lidar com a realidade social que se apresenta.

As promessas da Constituição Federal (promessas da modernidade) não são implementadas, quer seja por uma ineficiência estatal, quer seja pela inexistência de discussão em torno das mesmas. O que se percebe, em países como o Brasil, em que a modernidade foi realizada de forma tardia e que passaram de forma radical de modelos estatais de opressão a modelos democráticos, é a falta de embasamento teórico/prático para a complementação dessas promessas e perspectivas.

Junto com a problemática da modernidade tardia no Brasil, ainda se visualiza a “incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com problemas decorrentes de uma sociedade díspar como a nossa”⁵², ou seja, depara-se com uma crise do modelo de Direito liberal-individualista-normativista.

A crise do Direito é agravada por dois fatores: o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo. O primeiro refere-se aos direitos individuais estarem acima dos coletivos; o segundo, ao apego aos ritos e procedimentos justificados na busca pela certeza jurídica e pela segurança do processo.⁵³ Assim, tem-se a noção que o individual antecede ao coletivo, tornando o direito do indivíduo mais importante do que

⁴⁹ STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica Jurídica em Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

⁵⁰ STRECK. *Hermenêutica Jurídica em Crise. op. cit.* p. 34-35.

⁵¹ STRECK. *Hermenêutica Jurídica em Crise. op. cit.* p. 17.

⁵² STRECK. *Hermenêutica Jurídica em Crise. op. cit.* p. 17.

⁵³ STRECK. *Hermenêutica Jurídica em Crise. op. cit.* p. 33-34.

o direito da comunidade, além de existir a burocratização e impessoalidade nos ritos e nos procedimentos.

No entendimento de Raúl Zaffaroni⁵⁴, a separação entre a função exercida pelo Poder Judiciário e as demandas sociais geram as reclamações, que são as causas e consequências da descrença na jurisdição, e, por conseguinte, da crise jurisdicional. Para essa vertente, seria necessário definir os limites da função jurisdicional e estabelecer os possíveis modelos de reformas na estrutura desta jurisdição.

Com a democratização social, o advento da democracia no pós-guerra e a redemocratização em países de regime autoritários, as Constituições Federais passaram a positivar direitos sociais e fundamentais. O Poder Judiciário, através de tribunais constitucionais, ganhou espaço político, uma vez que “a vontade da maioria confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral”⁵⁵. Assim, o Judiciário passou a ser a alternativa para o resgate das promessas da modernidade, uma espécie de mãe acolhedora.

Ao judiciário foi concebida, dessa forma, a incorporação da função transformadora de produção de direito, função que, de alguma maneira, também auxilia na crise da jurisdição. Isso, porque o judiciário, exercendo uma parte da política, absorveu uma certa idealização do poder geral, concentrando-se na figura do juiz. Para o magistrado são transferidos anseios e expectativas dos mais diversos segmentos da sociedade. Ocorre que a legislação, na qual o juiz se embasa, já não condiz com a realidade social, assim são emergidas as insuficiências do positivismo jurídico e as necessidades de uma interpretação hermenêutica da lei, apresentando leis defasadas e não aplicáveis.

Ao se falar em hermenêutica, há que se discutir o papel do juiz no contexto. Por mais que se admita que, com o decorrer do tempo e com as dificuldades enfrentadas pelo Estado, houve um aumento do poder judiciário, não se pode entender que ocorreu a transferência da soberania do povo para o juiz. Mesmo admitindo que, estando diante de um grau de criatividade no momento da interpretação e da decisão, o juiz não possui uma total liberdade.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 4.

⁵⁵ STRECK. *Hermenêutica Jurídica em Crise. op. cit.* p. 40.

Nessa mesma esteira, há que se referir à problemática das súmulas vinculantes no caso brasileiro. O efeito vinculante das súmulas foi atribuído com a EC/45 objetivando a segurança jurídica e a diminuição no número de processos em tramitação no judiciário. Ocorre que dita mudança legislativa ao tentar solucionar a crise da jurisdição não alcançou o seu êxito, até porque a crise jurisdicional não é causada apenas pela morosidade da justiça, porém por outros fatores.

A crise da jurisdição e do direito embasa-se na utilização do paradigma liberal-individualista-normativista que não atende à complexidade sócio-econômica da atualidade.

A sociedade se embasa na nos ditames da Constituição. Mas até que ponto o direito que foi estabelecido no texto constitucional pode construir a sociedade? Nesse ponto, surgem dois eixos temáticos analíticos: o substancialismo e o procedimentalismo.

A tese procedimentalista, que tece intensas críticas ao substancialistas, afirma em especial a invasão antidemocrática do direito na política. Para eles, essa invasão é uma anomalia na teoria da separação dos poderes, que poderia levar a uma perda de liberdade. Ocorre uma cidadania “clientelista”, formada a partir de um “ativismo” judicial, sendo essa superação e partindo de regras procedimentais, denotativa da total separação dos poderes e da criação da cidadania ativa, que atua de maneira direta e democrática em todos os processos de concretização de direitos.

No polo do eixo temático substancialista é defendida a ideia de que o Judiciário deve assumir o “papel de um intérprete que põe em evidência (...) a vontade geral implícita no direito positivo”⁵⁶. Sendo assim, cabe à jurisdição constitucional interpretar e colocar em evidência a inclusão social e o resgate das promessas da modernidade. Integrando essa corrente e tecendo crítica ao procedimentalismo, visualiza-se Lenio Luiz Streck, ao afirmar que o procedimentalismo não é apropriado para países de modernidade tardia (como é o caso brasileiro), atendo-se que esses atos são dependentes de uma ruptura paradigmática com o modelo liberal-individualista-normativista.

⁵⁶ STRECK. *Hermenêutica Jurídica em Crise. op. cit.* p. 45.

A corrente substancialista entende que “o Judiciário deveria assumir o papel de intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo”⁵⁷.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição é quem estabelece as condições do agir político-estatal. No pós-guerra, com a positivação na Constituição dos direitos sociais e fundamentais, inevitavelmente, o Judiciário passou a ter maior importância dentro dos Estados. “O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado”⁵⁸.

Na visão de Cappelletti⁵⁹, o Judiciário ganha grande importância nos dias atuais em função do Executivo e do Legislativo não mais se comportarem, como seria de esperar, como instituições que “dão vida” à vontade popular. Esse descomprometimento, segundo o autor, ocorre porque os investidos nesses dois últimos poderes se preocupam mais em ganhar vantagens, através de manobras políticas, do que com o bem-estar social. Sendo assim, o resultado que se vislumbra é de Executivo e Legislativo preservando princípios e valores dos grupos específicos que beneficiam os integrantes desses mesmos poderes.

Acrescente-se ainda que o Executivo e o Legislativo, poderes que sofreram pelo sucesso do *Welfare State*, pelo grande número de benefícios a ser implementados por este tipo de Estado, aplicaram leis complementares que estabeleceram um grande número de delegações de funções a outros órgãos, como as agências reguladoras, as empresas públicas, entre outras. O descrédito da população em relação ao Executivo e ao Legislativo se deu em primeiro lugar pelo caráter fantasioso das leis emanadas pelo último, claramente com objetivos politíqueiros, e em segundo pelo aumento da burocracia administrativa em relação ao Executivo⁶⁰.

O mesmo autor entende que o problema que cerca o Judiciário, o *locus* de “esperança” da população, é a chamada criatividade da função jurisdicional. Ou o juiz é o intérprete aplicador ou participa da criação do direito. A criação não pode ser

⁵⁷ STRECK. *Hermenêutica Jurídica em Crise. op. cit.* p. 45.

⁵⁸ STRECK. *Hermenêutica Jurídica em Crise. op. cit.* p. 46.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993, p. 43.

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* *op. cit.* p. 43.

confundida com liberdade total do juiz, posto que não é livre de seus vínculos, estando limitado pela responsabilidade e análise da situação concreta⁶¹.

Tendo em vista a conjuntura estatal, o Judiciário passaria a ser visto como o responsável por exercer uma função transformadora e os tribunais, neste caso, disporiam de duas possibilidades. Na primeira opção, os mesmos se incumbiriam do trabalho de dar conteúdo aos vagos conceitos, valores e preceitos constitucionais. Na segunda opção, caberia aos tribunais considerar o núcleo central das constituições, os direitos fundamentais, como não vinculantes na tomada de decisão. A segunda opção⁶², que acaba por ser realizada em muitos países, leva a um afastamento da sociedade com o Judiciário, e, conseqüentemente, com a resolução de seus problemas.

O modelo substancialista, defendido por Streck, assinala que a constituição deve estabelecer as condições do “agir político-estatal”, uma vez que tal ato seria a explicitação do contrato social, constitucionalismo, denominado de Constitucionalismo Dirigente, estabelecendo-se em países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro, em que o Judiciário passa a ser um intérprete que “coloca em evidência a vontade geral implícita na Constituição”.

Contra essa corrente, a teoria procedimentalista questiona se a interpretação judicial de maneira substancial não levaria ao ativismo judicial e se o judiciário teria legitimidade democrática para interferir na esfera de outros poderes.

Os procedimentalistas, como Garapon e Habermas, visam uma cidadania ativa participante do processo democrático e não apenas observadora ou beneficiária. Nessa perspectiva, para supracitados autores a política deve privilegiar a formação de uma cidadania tida como executora. Essa construção se daria em um aperfeiçoamento contínuo nos procedimentos voluntários, de maneira em que se tornasse possível a abertura a todos das possibilidades interventivas no processo de formação da vontade majoritária.⁶³

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?. op. cit.*, p. 13-25.

⁶² Esta opção vai contra o Estado Democrático de Direito e o papel que deveria ser exercido pelo Judiciário, posto que pelo esquecimento do núcleo central da constituição aqueles que deveriam proteger os direitos fundamentais (os juízes) acabam por renunciar este papel. Neste sentido CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?. op. cit.*, p. 67.

⁶³ VIANA, Luiz Werneck. *et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

Baseado na tese procedimentalista, Habermas critica a invasão da política e da sociedade pelo direito. Através da teoria do discurso, o paradigma procedimentalista quer ultrapassar os modelos do Estado Democrático de Direito, uma vez que nele a legislação política tem função central.

Nesse sentido, ocorre a principal crítica procedimentalista ao substancialismo: a negação da invasão da política pelo direito.

Garapon⁶⁴, por seu turno, afirma que a invasão do direito na política e na sociedade, além do “gigantismo” do poder Judiciário, acarretam no desestímulo para o agir orientado para fins cívicos. Considera-se o juiz e a lei como referencia, buscando acalentar indivíduos socialmente perdidos.

Para o dito autor, o desinteresse sobre as instituições políticas clássicas e a perda do espírito público acarretam um descrédito das instituições, que é inversamente proporcional ao sucesso da Justiça. Ou seja, o sucesso de um é o insucesso de outro. Na falta da política, a Justiça assume o seu lugar, desinstitucionalizando a democracia e deixando as associações e os partidos políticos à margem do processo democrático. Esse procedimento irá enfraquecer a cidadania politicamente ativa. Os cidadãos passam a conferir à lei e aos seus aplicadores a expectativa de uma transformação social. Dessa forma, emerge a noção do sujeito de direitos (o cidadão-cliente e o cidadão-vítima) que reclama por proteção estatal, ao mesmo tempo em que se perde a noção política de cidadão.⁶⁵

Apresentando alternativa à judicialização da política, Garapon⁶⁶ apresenta a judicialização do social. Esta judicialização social seria um meio propício para a representação de interesses e de deliberação democrática. Nesse pensamento, a justiça não procura a cura dos indivíduos, mas os ajuda a encontrar a melhor solução para os problemas que os afligem, tendo como base as suas relações sociais. Logo, o juiz não iria intervir na política.

⁶⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁶⁵ VIANA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. *op. cit.*, p. 24-27.

⁶⁶ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. *op. cit.*

Habermas⁶⁷ também critica a judicialização da política. Para ele, a criação da lei é realizada através de uma teoria discursiva que deixa de lado o conteúdo da questão. Nesse paradigma, se insere a questão da verdade. Para Habermas, a verdade é consensual ou procedimental, sendo entendida como “um produto do consenso comunicativo”. A legitimidade do consenso se dá pela força do melhor argumento, que pode ser explicado a partir das condições ideais do discurso⁶⁸.

Prevê igualmente Habermas, que, em um Estado Democrático de Direito compete à legislação política a função central⁶⁹. Corrobora essa afirmação, alertando que (no intuito de evitar que a justiça lance mão da competência legisladora) os poderes devem ser autônomos, ocorrendo apenas um cruzamento assimétrico entre eles.

Assim, Habermas apresenta uma “quase aversão à justiça constitucional”, propondo um modelo de democracia constitucional embasada em “procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma nação de cultura, mas, sim, em uma nação de cidadãos.”⁷⁰

O Tribunal Constitucional deve, dessa maneira, limitar-se à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, protegendo o processo de criação democrático do direito. Esse Tribunal deve ainda “zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução”⁷¹.

Os procedimentalistas defendem, portanto, uma cidadania ativa, tendo o cidadão o papel de formador pela participação democrática e não mais apenas de beneficiado pelo poder judiciário.

Independentemente de qual corrente se pretende adotar, se faz a necessidade da superação do paradigma liberal-individualista-normativista. Muito embora se tenha no Brasil, há mais de vinte anos, uma Constituição Dirigente, grande parte dos direitos fundamentais-sociais não são cumpridos. Nesse ponto, insere-se o que Lenio Luiz

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre a faticidade e validade*. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneicler. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1997.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre a faticidade e validade*. *op. cit.* p. 345.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. *op. cit.* p. 42.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. *op. cit.* p. 29.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. *op. cit.* p. 29.

Streck chama de simulacro da modernidade, imperando a exclusão social, a miséria e a violência. Justamente por isso, advém a necessidade do encontro de respostas para promover a transformação social.

Dentro desse contexto e, seguindo a doutrina de Streck, depreende-se que o poder Judiciário não pode limitar-se “à função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania como quer, por exemplo, o paradigma procedimental”⁷².

Fica clara, desse modo, a importância do substancialismo no Brasil. Por esse eixo temático, depreendem-se assegurados os procedimentos da democracia. Deve-se, então, entender a Constituição como algo substantivo, uma vez que contém direitos fundamentais e sociais, estabelecer que constituição, assim, vai “constituir-ação”, em especial, no Brasil, que nunca constituiu.

No Brasil, a passagem para o Estado Democrático de Direito foi realizada através de um ato constitucional (gerando a passagem de um regime autoritário para um regime democrático), enquanto que nos países de primeiro mundo (países centrais) essa passagem ocorreu ao longo de um processo histórico. A mudança para o Estado Democrático de Direito com um “curto-circuito histórico”⁷³ levou a um enfraquecimento do Estado, posto que retornou ao (neo)liberalismo, quando deveria ter se observado justamente o contrário: a elevação do Estado a um conceito de “Estado forte” para garantir os direitos no contexto da globalização neoliberal.

Ou seja, a modernidade no Brasil é tardia e arcaica, o que faz com que as promessas dessa modernidade não sejam cumpridas. Não sendo essas promessas realizadas, a solução, apresentada pelo “*establishment*”, é o retorno ao Estado (neo)liberal, quando na realidade deveria se ter um foco em fazer o oposto: tornar o Estado um ente forte para poder cumprir com o seu papel social de inclusão e realização de direitos.

Nesse diapasão, ainda no viés histórico e analítico, verifica-se que o positivismo não aceitou a viragem interpretativa que ocorreu na filosofia do direito e suas respectivas consequências doutrinárias e jurisprudenciais. Em face disso, não é viável o

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit., p. 26.

⁷³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez editora, 2007, p. 20.

positivismo continuar a embasar o constitucionalismo moderno. O constitucionalismo, em sua versão social, compromissória e dirigente, não pode gerar decisionismos ou discricionariedades interpretativas. Existe a necessidade de a teoria jurídica concretizar direitos e resolver as problemáticas concretas.

Justamente pelo fato do Estado não apresentar respostas na concretização de Direitos, diz-se que a jurisdição também se encontra em crise. Essa crise jurisdicional respalda-se na crise do Estado e leva ao questionamento de qual espécie de jurisdição constitucional seria (é) capaz de lidar com a falta de efetivação das promessas da modernidade.

Essa espécie de atuação (que deve se esperar do Poder Judiciário) não é exercida pela falta de preparo dos agentes que integram este poder, pois, o Poder Judiciário ainda está vinculado ao paradigma liberal-individualista-normativista, baseado no positivismo.

Como resultado desse distanciamento entre Poder Judiciário e cotidiano, observa-se a discrepância entre os direitos proclamados pelo paradigma constitucional e as demandas sociais da falta de direitos fundamentais básicos. Dessa forma, vislumbra-se um panorama onde não se tem a falta de lei, mas, sim, a falta da justiça; onde a busca pela origem da problemática não é realizada, ocorrendo apenas a busca pela solução imediata e paliativa.

Necessário se faz, então, o repensar da posição do Direito, para que ele cumpra de fato a falta de efetivação das promessas da modernidade tardia. Para que isso ocorra, será primordial que se desvele a hermenêutica constitucional, rompendo-se com o modelo liberal-individualista-normativista.

Muito embora as críticas ao modo de fazer direito possam ser amplamente discutidas, há que se centrar na discussão em torno de como o Estado responde as demandas sociais que a ele são apresentadas. A crise da jurisdição, no dia-a-dia, se faz presente tanto nas decisões judiciais sem correlação com o anseio social, como na falta de respostas.

O Estado apresenta o monopólio para tratar da resolução das desavenças jurídicas e sociais. Entretanto, o que se observa é a falta de tratamento. O juiz foca na

resolução de “mais um caso”, através de a publicação de uma sentença, sem que com isso a essência do conflito seja enfrentada e observada.

2.3 O monopólio estatal na “resolução”⁷⁴ de conflitos

O contexto social de cada sociedade é único e insubstituível, entretanto, na visão de Dahrendorf⁷⁵, pode se uniformizar a questão de que as chances de vida não são igualmente distribuídas, em nenhum tipo de sociedade. Sempre haverá diferenças, até mesmo nas comunidades utópicas, e é justamente em virtude destas diferenças que o convívio social se torna tão relevante: “pessoas diferentes têm que criar instituições comuns para sobreviver e melhorar de vida”⁷⁶. É justamente essa a base do contrato social.

Atualmente, muitos estudiosos voltaram ao assunto da filosofia envolvida na criação do contrato social. Qual seria o mínimo e o máximo a ser garantido pelo governo com base no contrato social? A rediscussão em torno das bases filosóficas do enfoque dessa temática social busca encontrar as estruturas fundamentais em um meio de infundáveis “maxi estruturas”. Ou seja, uma releitura e até mesmo uma “reescrita” do pacto social em prol de avanços sociais.

Em Hobbes, registra-se que os homens, ao fugirem do estado de natureza e da guerra de todos contra todos, sujeitam-se a um governo supremo. Esse tipo de contrato firmado transfere prerrogativas e baseia-se nas leis da natureza, que inicialmente busca a paz, garantindo a segurança aos homens. E seria justamente neste pacto e nesta

⁷⁴ Destaca-se que a escolha pelo termo “resolução” ocorreu em virtude da observação de que o Poder Judiciário elimina o conflito sem de fato tratá-lo. Depreende-se que a palavra adequada para designar o fim do conflito é “tratamento”, justamente por entender-se que ao tratar o conflito se estará penetrando nas causas originais do mesmo, oportunidade que poderá colocar um fim definitivo ao conflito. Fabiana Marion Spengler expressa o sentido de resolução: “a resolução trabalha com a manipulação das relações sócias por meios de técnicas de interação, objetivando restaurar essas relações em nível de legitimidade. Não determina necessariamente mudanças de valores ou modelos sociais, nem significa uma solução permanente. Diferente da administração ou da solução de conflitos, que podem ou não perdurar até que outros fatores desencadeiem um novo conflito. Nestes termos, a resolução não se limita a aliviar as tensões e contemporizar os problemas, mas, principalmente, reestrutura o momento conflituoso sem bases próprias.” (SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 300).

⁷⁵ DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre política da liberdade*. Trad. Renato Aguiar e Marco Antonio Esteves da Rocha. São Paulo: Jorge Zahar / Edusp, 1999, p. 40.

⁷⁶ DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno*. op. cit. p. 40.

segurança que residiriam a fonte e origem da justiça, sendo justo o cumprimento do pacto e injusto o seu não cumprimento. Em vista disso, consequências ocorrem tendo como base a realização de injustiças.

O pacto, que em primeiro momento é artificial, para que se torne duradouro, deveria estabelecer um poder comum, que mantivesse o respeito e congregasse os benefícios para os indivíduos. Para que tal questão se tornasse real, necessário se fez a conferência do poder superior a um homem ou grupo. Com essa base se criou a República que assumiu tanto a forma de Monarquia, como de Democracia e até mesmo a forma de Aristocracia.

O nascimento de uma República⁷⁷ determina a criação de regras para racionalizar as disputas, com o objetivo final de acabar com a violência. Essas regras pretendem colocar em prática a garantia da segurança, fornecendo confiabilidade do gozo da tranquilidade aos homens. Em consequência, os indivíduos esperam que o poder assegure a proteção contra as injustiças.

Se não for possível a eliminação completa das injustiças, o pacto social deve ao menos servir para transformar a luta em um “combate regulamentado”. Desta forma, o governo - como ente detentor de poder - deve ser capaz de regulamentar os conflitos através da criação de convenções e leis. “O Estado tende a eliminar, na medida do possível, o combate, substituindo-o pela competição regrada pelo Direito, fora de toda a violência.”⁷⁸

O Estado passa a responsabilizar-se pelo “monopólio da violência legítima”, substituindo o sistema religioso pelas regras do sistema jurídico. Quando surge uma injustiça, compete ao Estado dar à vítima uma resposta calculada que satisfaça o seu ímpeto de vingança⁷⁹.

Salienta Julien Freund⁸⁰ que, para o entendimento do monopólio estatal na resolução de conflitos, se faz necessária a distinção entre situação polêmica e estado

⁷⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 148

⁷⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 286.

⁷⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 287.

⁸⁰ FREUND, Julien. FREUND, Julien. *Sociologia del conflicto*. Trad. Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministério da Defesa, 1995, p. 66-76.

agonal. A situação polêmica é a da violência aberta e direta, uma permanência de conflito na qual os partícipes se enfrentam como inimigos, dando-se mutuamente o direito da violência física, situação em que não ocorrem as observâncias e regras na maneira de eliminar definitivamente a desarmonia do enfrentamento. O estado agonal, por seu turno, se verifica em situação distinta de rivalidade. Nesse caso, se perfaz uma competição na qual os envolvidos se apresentam como adversários e não mais como inimigos, permeando, desta forma, no estado agonal, a violência e a intenção hostil como excludentes.

O estado agonal pode ser comparado a um jogo, oportunidade em que as regras são previamente estabelecidas. No caso, as determinações são definidas desde o estabelecimento das instituições até a criação do Direito. As regras do mundo jurídico servem para impor limites às liberdades individuais, no intuito de possibilitar um convívio harmonioso e também para estabelecer as condições de vitória no caso de conflito. “Em resumo, o estado agonal é o fundador de uma ordem reconhecida por todos, que não está na vontade discricionária do vencedor, como ocorre ao acabar um conflito violento”⁸¹.

O objetivo do estado agonal é a submissão da vida às regulamentações pré-estabelecidas e ao Direito. É um “estado dos juízes”, uma vez que será no procedimento judicial que se buscará a solução de rivalidades e divergências. O que se conhece por Sistema Judiciário é a afirmação deste estado agonal.

Como teoria, esse estado agonal é perfeito, possuindo lógica e racionalidade. Assim esse pode ser definido como facilitador para que seja eliminada tanto a vingança privada quanto o combate direto entre os inimigos (conflitantes), através dele se delegando a decisão a um terceiro, que decidirá, com base em regras pré-estabelecidas, o que teoricamente elimina a possibilidade de revanche. Ocorre que, na prática, o poder total para a decisão de conflitos em um único órgão também elimina a possibilidade dos próprios conflitantes solucionarem litígios de maneira mais autônoma e sem violência. Ademais, a decisão concentrada, modifica a maneira como a vingança é exercida, mas não a elimina por completo:

No momento em que o Sistema Judiciário (ou estado agonal, com quem Freund) passa a reinar absoluto como único meio de impor regras de

⁸¹ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 288.

tratamento de conflitos, dissimula – e ao mesmo tempo revela – a mesma vingança avistada nos sacrifícios religiosos, diferenciando-se somente pelo fato de que a vingança judicial não será seguida de outra, rompendo, assim, a cadeia vingativa. Desse modo, o Poder Judiciário racionaliza a vingança, a subdivide e limita como melhor lhe parece e a manipula sem perigo; buscando uma técnica eficaz de prevenção da violência. Essa racionalização da vingança se apoia sobre a independência da autoridade judiciária que recebeu tal encargo, atribuição que ninguém discute. Assim, o Judiciário não depende de ninguém em particular, é um serviço de todos e todos se inclinam diante de suas decisões.⁸²

A transferência de direitos e prerrogativas para o Poder Judiciário reflete a delegação dada a este poder para ser o detentor supremo do tratamento de conflitos. Com essa delegação, os indivíduos ganham a certeza de que não haverá mais a vingança e a violência privada – que é substituída pela “violência” estatal – perdendo, por outro lado, a oportunidade de tratar de seus próprios conflitos de maneira mais autônoma e sem violência⁸³.

No atual momento social, verifica-se a total transferência da possibilidade de tratamento de conflito para o órgão Judiciário. É esta esfera de poder a responsável pela regulação dos litígios a partir de seu tratamento com base em leis e enunciados rígidos. Ocorre uma demarcação do problema pelo juiz do caso, que o delimita com base nas informações de um processo rígido, no qual os envolvidos são representados por terceiros que não vivenciaram o conflito. Todo o procedimento tenta, no fim, a resolução do embate, sem adentrar na profundidade do por que da controvérsia e do fato tratá-la. O engessamento não leva em consideração o mecanismo complexo que deriva da multiplicidade de fatores que acarretaram com que os envolvidos chegassem naquele conflito. A decisão do juiz obedece a diretrizes preestabelecidas sem possibilidade de flexibilidade frente ao caso em apreço; há o enquadramento do caso concreto na disposição da lei, o que faz com o que deveria ser tratado seja decidido com base na normatividade.

⁸² SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 288-289.

⁸³ Necessário esclarecer que a delegação da tarefa de tratamento de conflitos para um órgão governamental se fez com o intuito de eliminar a maneira violenta dos indivíduos tratarem de seus conflitos. Ocorre que, nem todas as pessoas, com problemas agiriam de tal modo, algumas teriam a capacidade de tratar de seus próprios conflitos de forma madura e sem esta questão da violência e da vingança. Mas, diante da existência de alguns que tenderiam a resolver a questão de maneira violenta, ocorreu esta delegação, o que em alguns casos foi prejudicial, posto que uma parcela da sociedade com maturidade suficiente para o tratamento por si do conflito acaba perdendo esta oportunidade.

A união dos conflitantes é o litígio em si, estes aguardam uma disposição judicial que assevere quem está certo e quem está errado. Ou seja, esperam uma disposição normativa que, com base nas informações prestadas por terceiros alheios ao conflito, decida aquele que é o vencedor e aquele que é o perdedor do conflito. Deste modo, o tratamento da divergência fica renegado a um segundo plano, posto que, ao dar ganho na causa a um ou a outro, o Estado renega toda a emoção envolvida no conflito, fazendo com que o desfecho do conflito seja algo rígido, com base em leis pré-estabelecidas⁸⁴, que nem sempre mudam com a mesma agilidade das alterações sociais. “Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol de segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático.”⁸⁵

Por esse caminho, o juiz é o gestor do conflito, sendo dele a competência da palavra final sobre o litígio. Entretanto, não se pode olvidar que o juiz se pauta em normas para a tomada da decisão, mas é dele a leitura do caso concreto e o enquadramento na norma abstrata. Ou seja, o juiz decide com base naquilo que ele entendeu das diferenças; a decisão tem como base a visão de mundo do juiz, calcado na lei. Depreende-se deste fato que o sistema judiciário é focado na figura do juiz: e se o juiz não tiver o entendimento mais adequado? E se o juiz não tiver uma experiência digna de julgar determinada causa? E se o juiz não tiver empatia com os conflitantes? As respostas a essas indagações poderiam ser resumidas em uma única: o duplo grau de jurisdição, para que a mesma matéria possa ser novamente apreciada, em instância superior, permitindo que, na segunda oportunidade, a matéria possa ser apreciada e revista por um número maior de magistrados, teoricamente com mais experiência e com mais maturidade. Mas diante desta resposta as mesmas perguntas poderiam ser efetuadas novamente: o que acontece se os desembargadores também não tiverem experiência para julgar aquele caso? A resposta seria então: nada. Nada acontece porque a decisão já foi tomada, restando aos conflitantes se conformarem com a resolução, sem

⁸⁴ Restando o conflito a ser tratado com base nos dizeres de leis rígidas, elaboradas em momentos culturais diferentes do acontecimento causal, compete o questionamento se este modelo pode atender a todas as demandas que ainda estarão por surgir, se seria a lei capaz de enumerar tantas condutas quantas são as possíveis reações das pessoas frente a alguma injustiça. Neste sentido, Lenio Streck: “É possível construir uma racionalidade capaz de resolver o problema decorrente da impossibilidade da legislação prever todas as hipóteses de aplicação? Como superar as práticas subsuntivas? Como superar o dedutivismo?” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. op. cit.* p. 277).

⁸⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. op. cit.* p. 290.

mais apelações. Nesse caso se teria, de fato, um tratamento do conflito, no sentido de que os envolvidos conseguiram superar o ocorrido e seguir a vida normalmente?

Questiona-se ainda sobre o grande leque de questões levadas a um mesmo Judiciário. Seria possível a visão de mundo do magistrado ser tão ampla a ponto de decidir sobre lides tão distintas e com pormenores tão diferenciados? Possui-se, nesse entendimento, um Judiciário chamado a decidir sobre vários aspectos e com poder discricionário altíssimo. O poder Judiciário centra-se na figura do juiz, responsável por dar a última palavra.⁸⁶

Logo, denota-se a existência de um poder centrado, monopolista da resolução das lides, que tem como desafio regular uma crescente conflituosidade, que é uma “explosão de litigiosidade”. Essa implosão é verificada com base na quantidade e qualidade das lides apresentadas ao poder judiciário, que cresce diariamente, pois está baseada em uma cultura do conflito.

O judiciário existe para decidir a controvérsia que não mais é possível ser decidida de outra maneira, mas a verificação de tal fato, na prática, não ocorre. O juiz ao decidir a lide deve dar a última palavra; mas não se pode esperar que ele seja capaz de tratar o conflito na íntegra, em virtude de sua falta de preparo para esta função, até porque existem outros profissionais mais habilitados a realizar esta composição ou por inexistência de legislação específica, especialmente quanto aos casos biomedicina ou internética, por exemplo. Entretanto, quando se tem a falta de um espaço de poder no qual o tratamento do conflito seja possível, se observa o deslocamento desta função para o Poder Judiciário, que, às vezes, não está preparado para assumir tal papel.

Muito embora não se espere que o Poder Judiciário elimine uma pendência posta à sua frente, uma vez que a sua eliminação pressupõe uma extinção do vínculo social

⁸⁶Neste sentido, Fabiana Marion Spengler assevera: “Essa transferência de responsabilidades quanto à gestão do conflito se direciona ao juiz que o traduz na linguagem dele. Desse modo, partindo do processo de racionalização weberiana, o Estado, ao deter a forma de poder legal, detém, também, o monopólio legítimo da decisão vinculante. Assim, as atenções continuam centradas na figura do juiz, do qual se espera a última palavra, não importa qual, mas a última. O lugar do juiz entre os conflitantes é uma questão complicada, uma vez que ele não se deixa encerrar na fácil fórmula da lei que assegura distância e segurança das razões de um e de outro. Ele vive no conflito e do conflito que ele decide, pronunciando a última palavra. Entretanto, um Sistema Judiciário chamado a decidir sobre tudo e com poderes muitas vezes discricionários e pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente alibis e cobre a aguda diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz que é, e o que faz, e aquilo que na realidade é e faz.”(SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 290).

correspondente, o que gera um prejuízo social, tem-se a expectativa de que esta estrutura de poder irá interpretar diversificadamente esse liame social e proporcionar aos conflitantes a oportunidade de tratamento da questão.

Ocorre que a expectativa em inúmeras vezes acaba não sendo alcançada, justamente pelo enfoque prioritário dado aos juízes, que funcionam como o centro máximo de decisão, não permitindo a oportunidade de convivência entre os conflitantes. Mister se faz a ressalva de que os julgamentos realizados pelos juízes no intuito de cumprir a constituição são salutares e necessários, não se confundindo com os decisionismos discricionários que moldam o caso na abstrariedade ou ausência da lei.

O Estado Democrático de Direito tem seu pilar na vertente democrática, que não pode se ver substituído pela vontade do poder dos juízes ou de doutrinadores utilizados por esses julgadores. A Magna Carta deve constituir a ação, a partir deste patamar convém observar-se que o molde acompanha a via da abstrariedade para a concretude. Isso não é sinônimo de discricionariedade, pelo contrário, reforça a tese da hermenêutica filosófica. “A hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes.”⁸⁷

O Judiciário institucionaliza os conflitos sociais, mas as decisões deste poder não eliminam as relações sociais. A sentença do Judiciário apenas finaliza com a relação conflituosa a que foi chamado a se manifestar, mas não impede que outras relações, até mesmo similares, sejam criadas a partir daquela. A partir desse raciocínio, o Judiciário elimina conflitos específicos, sem que o tratamento profundo seja realizado.

Não se pode desconsiderar que a crise do Judiciário é uma crise do Estado Contemporâneo. A utilização do Judiciário para casos fora de suas reais competências demonstra a ineficiência de outros setores da sociedade. Assim, cabe frisar uma duplicidade nesta problemática: de um lado se observa a crise advinda da inobservância de outros setores sociais, o que acarreta conflitos “não necessários” sendo levados ao Judiciário; e, de outro a própria maneira ou modo de fazer o direito na atualidade, direcionada no foco e na figura do juiz e na possibilidade de decisões discricionárias sem correlações com os acontecimentos fáticos.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. op. cit.*, p. 448.

“A lei substitui a violência privada ou sacrificial, determinando posições e tornando-se exigível e coercível, relembra Spengler.”⁸⁸ A possibilidade de exigir determinada conduta com base em coerção é que traz falsa sensação de que o Estado, através do Judiciário, tratou e eliminou o problema em si. Ocorre que o Direito só trata os sintomas, sem adentrar às causas que levaram ao mal-estar das partes envolvidas. No âmbito judicial, o conflito não foi discutido, analisado e entendido com base na vivência para ser tratado de fato e de acordo com a lei.

Dessa forma, o modelo jurisdicional vigente concentra a resolução do litígio com base nas informações prestadas no processo judicial. Por vezes a verdade encontrada nos *autos* não corresponde à verdade real. Diante de tal dicotomia, a atuação das partes é limitada. A “jurisconstrução” busca inverter referida ordem: os atores do conflito atuam no papel principal, propiciando com que o acontecimento tenha o tratamento adequado à realidade dos fatos.

⁸⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 293.

3. “JURISCONSTRUÇÃO” COMO PRÁTICA DA COMUNICAÇÃO PARA O TRATAMENTO DE CONFLITOS

As últimas décadas do século passado, especialmente entre os anos de 1980 e 1990, foram as da mediação⁸⁹. Ocorreu uma “explosão do termo”, que passou a ser utilizado em inúmeros contextos para representar várias questões distintas. A popularização da expressão ocorreu em especial em virtude da necessidade de criar respostas para um problema real: a enorme dificuldade de se comunicar e de tratar os conflitos.

Muito embora possa parecer contraditório, a dificuldade de comunicação cresceu na era do desenvolvimento tecnológico. A falta de entendimento na comunicação levou a um aumento do número de conflitos. A conflituosidade crescente propicia com que os sentimentos sejam colocados em segundo plano, pois passa a importar mais a resolução de vários casos ao tratamento contínuo e profundo de um único evento.

A jurisdição, baseada no modelo de resolução de litígios, se caracteriza pela oposição de interesses entre as partes, que buscam, do Estado, a resposta de quem está certo e de quem está errado no caso concreto, com aplicação da norma legal.

Eventos conflituos são necessários para a evolução da sociedade, pois são as discordâncias que possibilitam o crescimento de um povo: vários pontos de vistas sobre o mesmo assunto ampliam a visão de conjunto e tendem a criar um amanhã melhor. No entanto, a jurisdição, tal como é concebida nos dias atuais, centra o debate em torno da eliminação do conflito inicial ou residual e não no tratamento do mesmo.

Conflito é uma oposição de duas vontades, um enfrentamento entre indivíduos distintos que lançam mão dos meios necessários para restabelecer ou manter um “direito” que acreditam possuir, estabelecendo a harmonia e *sum quique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

Numa análise superficial, o conflito pode ser visto com um processo negativo, entretanto, um exame mais apurado demonstra o quanto essa percepção pode ser

⁸⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. op. cit. p. 316.*

fantasiosa e revelar as facetas impositivas do conflito. O conflito é uma forma de interação social, e, como tal, serve para dinamizar a sociedade. As discordâncias, bases dos conflitos, se bem trabalhadas, podem enriquecer psicologicamente a sociedade, posto que todos os envolvidos no processo ampliam os níveis de conhecimento e maturidade. Por este motivo, uma sociedade sem conflito pode ser considerada uma entidade estática.

Ocorre que o benefício de interação do conflito é verificável quando as partes conversam sobre o mesmo, o que não ocorre atualmente no espaço judiciário.

No entanto, por que não cabe ao Poder Judiciário “eliminar” e sim “decidir” conflitos sociais? O fato de que o Judiciário tem como “função fundamental” a decisão de conflitos não quer dizer que a sua função seja a eliminação de conflitos. Assim, o conflito social representa um antagonismo estrutural entre elementos de uma relação social que, embora antagônicos, são estruturalmente vinculados – aliás, o “vínculo” é condição *sine qua non* do conflito. Portanto, se os elementos não são estruturalmente ligados, também não podem ser conflituosos ou divergentes. Nesse contexto, as funções (competências) do Poder Judiciário fixam-se nos limites de sua capacidade para absorver e decidir conflitos, ultrapassando os próprios limites estruturais das relações sociais. Não compete ao Poder Judiciário eliminar vínculos existentes entre os elementos – ou unidades – da relação social, a ele caberá, mediante suas decisões, interpretar diversificadamente este vínculo; podendo, inclusive, dar-lhe uma nova dimensão jurídica (no sentido jurisprudencial), mas não lhe “compete” dissolvê-lo (no sentido de eliminá-lo), isso porque estaria imprimindo a sua própria fonte ou impedindo o seu meio ambiente de fornecer-lhe determinados *inputs* (demandas).⁹⁰

Visando o debate em torno do tratamento do conflito, discordante da forma de atuação jurisdicional, se analisará a alternativa da “jurisconstrução” diante da crise da jurisdição.

A “jurisconstrução”, termo criado por José Luis Bolzan de Moraes, é uma nomenclatura que propicia diferenciação fundamental entre dois métodos do ramo do direito. “De um lado o *dizer o* Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o *elaborar/concertar/pactuar/construir a resposta para o conflito que reúne as partes.*”⁹¹

Ou seja, através da “jurisconstrução” se buscará que os atores do conflito dialoguem no intuito de se alcançar uma solução pacificadora, conversação que deve ser

⁹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. *O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento: a importância dos remédios ou remédios sem importância?* op. cit. p. 50.

⁹¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente.* op. cit. p. 66.

embasada em uma comunicação que auxilie aos atores a sentirem compaixão, consigo mesmo e com os demais envolvidos no evento conflituoso. Essa comunicação, que entremeia as linhas de ação desse novo paradigma de tratamento de conflitos, foi chamada por Marshall Rosenberg⁹² de “comunicação não-violenta”.

Ao se adentrar no panorama da comunicação não-violenta, busca-se realizar uma comunicação baseada em habilidades de linguagem “que nos leva a nos entregarmos de coração”⁹³ ao problema. A realização da mediação, como alternativa para o tratamento conflitivo, pressupõe a construção da resposta para o mesmo, enfocando-se nos atores principais desta desavença, como podem ser chamados os atuantes nesse processo. Ora, só é possível resolver o que quer ser tratado, assim como esse tratamento só pode ocorrer se cada envolvido se expressar individualmente, colocando em pauta suas necessidades, seus anseios e seus sentimentos.

A mediação⁹⁴ apresenta algumas características que a difere da forma jurisdicional para tratamento do conflito.

Privacidade é a primeira característica. O local onde é desenvolvida a mediação deve ser um ambiente seguro e sem a interferência de terceiros. Essa premissa surge como necessidade para que integrantes do conflito possam sentir-se à vontade em colocar suas versões e chegar a um denominador comum, sem influência de pessoas estranhas à relação que foi criada pelo conflito. Entretanto, convém salientar, que essa característica pode ser suprimida quando o interesse geral assim o exigir.

A segunda característica é a economia financeira e de tempo. A mediação tende⁹⁵ a fazer com que os conflitos sejam tratados em tempo inferior se comparado ao

⁹² ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

⁹³ ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta*. *op. cit.* p. 21.

⁹⁴ A mediação é definida por José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler: “A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturada de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.” (MORAIS, José Luis Bolzan de. & SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 133.)

⁹⁵ O tempo que será transcorrido para que os envolvidos no litígio cheguem a uma resolução tem uma variação conforme o caso em questão, mas vislumbra-se que este tempo não é tão demorado como o tempo do processo posto que as pessoas quando frente a frente costumam a chegar a um consenso de maneira mais célere, o que não inviabiliza um debate diante das variáveis que compõem o caso específico.

tempo em que transcorre um processo judicial. O custo é menor em função da inexistência de diversos recursos aos tribunais e também do custo indireto, calculado com base no tempo em que se alonga uma discussão judicial.

A oralidade também se encontra entre as características da mediação, permitida esta para que os problemas sejam debatidos verbalmente oportunizando aos seus protagonistas atingir o melhor tratamento para todos os envolvidos no caso concreto.

Outra característica da mediação é a reaproximação das conflitantes. A partir do debate e do consenso, procura-se restaurar as relações entre os indivíduos. Em função disso, não se pode afirmar que houve uma mediação quando os envolvidos celebraram apenas um acordo prevendo indenizações; os envolvidos devem ir além disso, buscando restaurar as relações perdidas pelo conflito.

A quinta característica da mediação é a autonomia das decisões dos envolvidos no procedimento. O acordado pelos atores não necessita de homologação judicial, pressupondo-se que os participantes do evento saibam o que é melhor para si mesmos. Se for verificado um acordo formulado pelos envolvidos totalmente injusto ou imoral, será certo que houve alguma falha no procedimento da mediação. Inúmeros motivos podem levar a essa situação, até mesmo a debilidade emocional dos envolvidos. Por isso, se torna necessário o estudo apurado de como esses agentes do conflito devem se portar e como proceder com os seus sentimentos, porque só assim se poderá otimizar e aprimorar o procedimento da mediação.

Por fim, tem-se a característica do equilíbrio das relações entre as partes, condição primordial para o sucesso da mediação, quando todos os envolvidos necessariamente terão as mesmas oportunidades de manifestação, para que possam compreender de maneira integral todo o ocorrido.

O objetivo final da mediação é a satisfação dos atores do conflito, ou seja, busca-se o tratamento do embate social gerado, não ficando adstrito apenas ao ressarcimento financeiro dos danos causados.

Os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de sociação, de

transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social.⁹⁶

Nessa linha de conhecimento, se apresenta a obra de Lília Sales. De acordo com citada autora, os objetivos da mediação se perfazem com a solução do conflito, com a prevenção da má administração conflitiva, com a inclusão social e, por fim, com a paz social.

Consoante basilar entendimento, a melhor via a ser seguida, para que a mediação possa ser realizada, é o caminho do diálogo⁹⁷, sendo que a este compete indicar como fio condutor a visão positiva do conflito, a cooperação dos atores e a participação do mediador como ente facilitador.

Ao permitir e acessar o diálogo entre as pessoas, a mediação estimula a cultura de comunicação pacífica⁹⁸, atuando no cerne do conflito. Consequentemente, nesse ato, se vislumbra a possibilidade da mediação realizar a inclusão social, quando o indivíduo, ouvido e valorizado, permite mais facilmente a realização da interação social, o que acarreta, paulatinamente, a sua inclusão social.

Ademais, há de se ressaltar que a paz social é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Para se atingir a mesma, importa alterar o paradigma no qual estamos inseridos. Ao buscar o paradigma da mediação, em oposição ao da litigiosidade, tem-se o estímulo da paz mediante a formulação do diálogo, da cooperação e do respeito entre as mais diferentes pessoas⁹⁹. O diálogo franco entre os atores do conflito remete à construção da melhor alternativa para todos os envolvidos, demonstrando aos participantes a responsabilidade que possuem tanto para o surgimento quanto para o tratamento da divergência.

Deve-se ainda antenar-se para a diferenciação entre a mediação voluntária e a mediação mandatória. Por mediação voluntária, entende-se aquela que tem início pela vontade dos envolvidos; já a mediação mandatória é aquela que começou por iniciativa do juiz ou aplicador da norma, a partir de determinação legal ou em função de cláusula contratual, anteriormente acertada entre os indivíduos envolvidos.

⁹⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. & SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* Op. cit. p. 139.

⁹⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p.6.

⁹⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. op. cit. 2010, p. 7.

⁹⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. op. cit. 2010, p. 9.

Segundo Bolzan e Spengler¹⁰⁰, independentemente de qual das espécies de mediação se refira, ela deve acontecer mediante procedimento técnico, não existindo um modelo definitivo para o mesmo. As variações irão acontecer, tendo em vista a matéria a ser mediada, em função do comportamento dos envolvidos e levando-se em consideração fatores externos que possam intervir.

O papel de mediador terá que ser exercido por alguém com características específicas como autodeterminação, imparcialidade e competência técnica para ajudar no tratamento conflitivo, representando essas qualidades do mediador.

No modelo da jurisdição estatal, tal como ela é procedida nos dias atuais, o conflito é resolvido quando o juiz aplica a lei ao caso concreto, com a sentença originando uma decisão recorrível ou não. Com essa atitude não se tem a plena realização do confronto, mas, isso sim, uma resolução parcial, que se limita às consequências, sem adentrar na essência determinando das causas conflitantes dos envolvidos. A conclusão lógica é que a jurisdição estatal apenas resolve a consequência do conflito, enquanto a mediação é a ferramenta para o tratamento da causa e da consequência do da divergência de interesses. Na visão de Luis Alberto Warat, a causa desse conflito é um sentimento e para que se possa passar ao tratamento, interessa ser tratado e analisado como tal.

No conceito de mediação, exposto por Luis Alberto Warat, tem-se justamente a oportunidade para o tratamento de maneira aprofundada da demanda. Para que o conflito entre os atores¹⁰¹ seja plenamente tratado, se torna necessário, no entendimento de Luis Alberto Warat, que o mesmo seja de fato sentido pelos protagonistas da mediação. O entendimento do sentimento do outro faz com que o indivíduo se torne mais empático e consiga vislumbrar outro ponto de vista diverso do seu. Essa compreensão mútua propicia um acordo não apenas para o tratamento da problemática em concreto apresentada, mas também para o enfrentamento da causa primária. Somente com este último é que se poderá extinguir o conflito; qualquer outro movimento que não atente para a raiz do problema será apenas uma solução superficial, que não impedirá outra consequência para o conflito não tratado.

¹⁰⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. & SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* op. cit. p. 139.

¹⁰¹ Durante a dissertação será utilizada a expressão atores para designar aquilo que no processo jurisdicional se convencionou chamar de partes. Opta-se por esta nomenclatura justamente para diferenciar o papel exercido pelos atores na mediação do papel exercido pelas partes no processo judicial.

3.1 O conflito como dinamismo social

A definição exata da palavra conflito não é unânime, muito embora, a raiz etimológica do verbete seja originada do latim antigo, conotando a idéia de choque e de contraposição de ideias e de valores. Por mais que se tenha como objetivo primordial do conflito o controle diante de recursos escassos¹⁰², pode-se verificar um aspecto positivo desse termo.

Conflito é, antes de tudo, uma forma de interação. Interação entre os indivíduos, grupos e organizações, que se contrapõe à cooperação. A “espécie” conflito pode ser dividida em três vertentes básicas: o conflito psicológico, o conflito social e o conflito político.

Duas correntes filosóficas analisam o conflito social, mostrando teorias interpretativas diferenciadas: a visão “*continuum*” da sociedade e a visão conflitual da sociedade.

Estudiosos como Comte, Spencer, Pareto, Durkheim, Talcott Parson¹⁰³, pesquisadores da teoria “*continuum*”, observam qualquer sociedade, grupo social ou organização como algo harmônico e equilibrado¹⁰⁴, sendo esta harmonia o estado normal. Seguindo essa vertente, o conflito é um mal em si mesmo que deve, obrigatoriamente, ser reprimido e eliminado. Ampliando esse entendimento, uma vez que a sociedade é algo harmônico, as causas do conflito são consideradas como meta-sociais, ou seja, vieram de fora da sociedade. Para essa visão, o conflito é uma patologia social que não traz nenhum benefício à mesma, pelo contrário, é algo que perturba a continuidade da harmonia social.

Norberto Bobbio¹⁰⁵ resume em quatro hipóteses sociais o embasamento utilizado pela teoria “*continuum*”: hipótese da estabilidade, hipótese do equilíbrio, hipótese da

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *Conflito*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen V. Varriale ET AL. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 11. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v.1, p. 225.

¹⁰³ Autores enumerados por Norberto Bobbio. (BOBBIO, Norberto. *Conflito*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. op. cit. p. 226.)

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *Conflito*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. op. cit. p. 226.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *Conflito*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. op. cit. p. 227.

funcionalidade e hipótese do consenso. Pela hipótese da estabilidade, depreende-se que qualquer sociedade é uma estrutura estável e duradoura. Já a hipótese do equilíbrio faz menção ao fato de que qualquer sociedade é uma estrutura bem equilibrada de elementos. Na teoria da funcionalidade, todos os elementos de uma sociedade possuem uma função, contribuindo para o bom desempenho social. Por fim, a hipótese do consenso destaca a questão dos membros de uma sociedade apresentarem valores comuns, segundo os consensos sociais tendem a ser respeitados.

Em contraposição, tem-se a visão conflitual da sociedade. Para essa teoria, qualquer grupo social é marcado por conflitos, enquanto a normalidade reside na inexistência de desarmonia e desequilíbrio. Dentre os autores que são adeptos desta segunda teoria é possível visualizar Marx, Sorel, John Stuart Mill, Simmel, Dahrendorf e Touraine¹⁰⁶. De acordo com os autores referenciados, é através dos conflitos que surgem as mudanças e os melhoramentos sociais. Neste sentido, o conflito é entendido como vitalidade social.

A visão conflitual da sociedade se divide em duas correntes: marxista e liberal.

A visão marxista baseia-se em um tipo específico de conflitos: a luta de classes¹⁰⁷. Sob esse prisma tem-se a disputa como inerente à história da sociedade, sendo conflito visto como sinônimo de luta. Entretanto, esse conflito deverá ter um fim para essa corrente, terminando no dia em que a luta de classe se extinguir, ou seja, no dia em que a divisão de classes não mais existir.

A corrente liberal descende de John Stuart Mill. Na concepção de Norberto Bobbio¹⁰⁸ é esta corrente, que, mesmo não se mantendo todo o tempo fiel à concepção

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *Conflito*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política. op. cit.* p. 226.

¹⁰⁷ MARX & ENGELS. *Manifesto Comunista*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Fonte Digital: Rocket Edition, 1999, p. 7-8. “A história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, barão e servo, mestre de corporação e companheiro, numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que termino sempre, ou por uma transformação evolucionária, da sociedade inteira, ou pela destruição das duas classes em luta. Nas primeiras épocas históricas, verificamos, quase por toda parte, uma completa divisão da sociedade em classes distintas, uma escala graduada de condições sociais. Na Roma antiga encontramos patrícios, cavaleiros, plebeus, escravos; na Idade Média, senhores, vassallos, mestres, companheiros, servos; e, em quase que em cada uma destas classes, novas divisões hierárquicas. A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não suplantou os velhos antagonismos de classe. Ela colocou no lugar novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta.”

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *Conflito*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política. op. cit.* p. 227.

conflitual da sociedade, apresenta/apresentou as contribuições mais relevantes para a análise dos conflitos sociais e políticos. A corrente liberal não privilegia “acriticamente as bases econômicas dos conflitos (...) e não tem uma visão teleológica”¹⁰⁹.

Realizando uma revisão das teorias de Marx, conjuntamente com a leitura da corrente liberal, Dahrendorf formula a teoria da coerção da integração social, que se encontra embasada em quatro hipóteses: a hipótese da historicidade, a hipótese da explosividade, a hipótese da disfuncionalidade ou produtividade, e a hipótese da constrição.

De acordo com a primeira hipótese, toda sociedade, assim como cada um de seus membros, está sujeita a um processo de mudança. A hipótese da explosividade conclui que toda sociedade é uma estrutura em si mesma contraditória, podendo ocorrer a “explosão” de seus elementos. No tocante à terceira vertente, a hipótese da disfuncionalidade ou produtividade, depreende-se que cada sujeito da sociedade contribui para o processo de mudança do contexto social no qual se encontra inserido. Por fim, a hipótese da constrição indica que a sociedade se conserva através da coerção exercida por alguns de seus membros sobre outros membros.

O conflito de classes se vislumbra, dessa forma, no problema das relações de autoridade e de subordinação. Toda sociedade pode mudar, mas a sua base está vinculada a um processo de submissão. O conflito é uma espécie de interrelação entre os mais diversos integrantes sociais, que possibilita mudanças, até porque todas as sociedades produzem constantemente antagonismos, e são dessas divergências ou dicotomias que nascem novas fórmulas para resoluções de antigos problemas.

Partindo-se da premissa de que os conflitos são inevitáveis em uma sociedade, mister se faz a análise das causas do conflito social. Como bem afirma Norberto Bobbio, há que se rejeitar causas exógenas para embasar o conflito. A origem do conflito não é meta-social, pelo contrário, o conflito nasce no interior da sociedade. Não há causas específicas para a criação de um determinado conflito senão as próprias

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *Conflito*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. op. cit. p. 227.

relações sociais. O conflito “resulta em elemento inalienável que conduz à mudança social, política, internacional”¹¹⁰.

O conflito social é inevitável e salutar para uma sociedade que se denomina democrática. Um evento fisiológico, por vezes negativo, em certas oportunidades, pode ser positivo: a diferenciação dependerá do contexto social analisado. É com a realização dos debates de diferentes pontos de vistas que se cria uma sociedade que progride, pois é nas divergências que se encontram soluções inovadoras.

A raiz de inúmeras fobias é a tanatofobia, o medo da morte. Permanecer vivo é, no fim, o grande desafio de todos os seres humanos. Explicando esse conceito, se pode dizer que o conflito, em seu sentido psicológico, tem seu princípio na luta pela vida. A luta diária de todo o ser humano ocorre inicialmente com ele mesmo. No interior do conflito tem-se a tensão¹¹¹, definida como o estado de inquietação ou distúrbio, um estado de desequilíbrio. Estado caracterizado pelo stress psicológico: a emoção, a hostilidade latente e a oposição entre indivíduos ou grupos. O conflito no seu aspecto negativo é o que tem a predominância desta tensão, estando focado no lado emocional. O conflito na sua vertente positiva é aquele que tem a predominância da racionalidade, no qual a tensão é minimizada.

O conflito, por outro lado, é uma das possíveis formas de interação entre pessoas, grupos e organizações. Pode ser classificado como “um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra”¹¹². Do conflito é possível extrair pontos de vistas diferenciados, o que permite uma modificação na forma de confrontar a realidade pelos conflitantes. Mesmo que nenhum dos envolvidos no debate tenha total razão, a união das ideias em torno da questão contenciosa propicia aos indivíduos a ampliação dos horizontes. Essa polarização diz respeito à modificação da forma de ver o mundo: o paradigma a ser utilizado por um dos coflitantes, após o choque de ideias e oposições, não mais será o mesmo. Independente da mudança ser pequena, sempre algo será agregado à maneira de

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Conflito*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. op. cit. p. 228.

¹¹¹ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 18.

¹¹² SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 260.

se ver a realidade. Essa modificação da forma de interrelação é que autoriza a dizer que o conflito não permite a sociedade ser estática, ela é dinâmica.

O conflito apresenta, em especial, três características objetivas: dimensão, objetivo e intensidade. A dimensão do conflito é observada pelo número de participantes que podem estar envolvidos nele. O objetivo é o que o conflito se destina a solucionar. Já a intensidade é ressaltada de acordo com o grau de envolvimento dos participantes.

Conflito não pressupõe violência. Luta e combate são manifestações de contendas, antagonismos, mas não são conflitos em si mesmo. A luta é uma forma indeterminada de conflito, pode ser através de uma violência direta ou indireta. Na luta tem-se que tudo é possível, não existe como se delimitar o que pode acontecer. No combate tem-se uma espécie de regulamentação, existe uma convenção mínima do que pode ou não acontecer. Veja-se o exemplo de uma guerra: durante o combate, existem estratégias mínimas a serem seguidas, há preceitos morais de como enfrentar o inimigo; mas quando a luta é iminente no campo de batalha, esquece-se tudo, pois naquele momento o soldado “ou mata ou morre”.

Entretanto, convém salientar que a violência pode ocorrer de várias maneiras. Pode ser subliminar, não aparecer na frente do conflitante. Nesta seara, se encontra a violência contida, que, não conseguindo ser expressa, acaba indo de encontro com o sentimento da própria pessoa, sendo uma forma de auto-agressão. Seguindo nesse raciocínio, é possível visualizar a violência comportamental, que é aquela que se apresenta verbalmente (até mesmo através do silêncio) por meio de gestos/attitudes.

A violência deve ser eliminada do conflito, pois ela sempre termina com a destruição de um dos lados envolvidos. Toda a violência gera, ao menos, um perdedor do conflito. Nesse paradigma, que pode ser alterado com a utilização da prática da mediação, se muda um modelo “ganha-perde” para um “ganha-ganha”, todos podem sair beneficiados, destacando a percepção do conflito como algo positivo na sociedade, pois através dele a sociedade se melhora/aprimora. Não é possível, sob esse aspecto, tratar como sinônimos conflito e violência, assim como também não é possível a equivalência entre conflito e disputa.

Ampliando a problemática, pode-se verificar o conflito como uma sociação positivo-democrática. Georg Simmel parte da premissa que o conflito surge com as ações interativas sociais. “Admite-se que o conflito produza ou modifique grupos de interesse, uniões, organizações. (...) é uma forma de sociação”¹¹³.

O conflito, considerado como uma forma social, possibilita momentos de construções e desconstruções das instituições, estruturas e relações sociais. É uma forma de interrelação socialmente importante. Para Simmel, um dos aspectos positivos do conflito é a capacidade que este possui em criar uma espécie de patamar entre os conflitantes: é como se fosse construído um espaço social no qual o próprio confronto é ato de reconhecimento que produz mudanças entre as interações sociais.

A discussão da relevância sociológica do conflito se perfaz do pressuposto que não existem sociedades homogêneas (com exceção das utópicas). A heterogeneidade conduz a desacordos, controvérsias e discórdias. O choque de interesses gera relações de forças, sendo assim a ordem social é composta por forças que buscam estabilizá-la e também por forças que procuram desestabilizá-la. Essa dissonância ou desorganização é gerada com a pretensão de modificar a ordem social, instaurando uma ordem melhor.

Verificando esse ponto, depreende-se que o conflito traz mudanças e estimula inovações. Isso porque o conflito é uma parte integrante da relação social, não demonstrando, necessariamente, ser uma instabilidade ou rompimento. Se toda interação entre os indivíduos é sociação, o conflito social ao não poder ser exercido por um único indivíduo, se torna uma das maneiras de interação social, logo, forma de sociação.

De acordo com Simmel¹¹⁴, o conflito encontra-se destinado a resolver dualismos divergentes, visto que, é através dele que se tenta atingir algum tipo de unidade, mesmo que tal fato ocasione o aniquilamento de um dos conflitantes. Com a resolução da desavença, os fatores de dissociação (ódio, inveja, necessidade, entre outros) que o promoveram são eliminados. É através de situações conflitivas que se produzem na sociedade interações intensas, confluindo por unir pessoas diferentes. Tal questão oportuniza uma “troca” social profunda, ocasionando o amadurecimento dos indivíduos

¹¹³ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983, p. 122.

¹¹⁴ SIMMEL, Georg. *Sociologia. op. cit.* p. 122.

na sociedade. A questão vem corroborar com a afirmação de que o conflito é uma socialização positiva-democrática, um espaço aberto a todos, que oportuniza mudanças sociais.

O dinamismo do conflito possibilita a manutenção da vida social. A importância sociológica do conflito é resumida por Simmel¹¹⁵ na comparação com o mundo: assim como no universo existe “amor e ódio”, forças de atração e de repulsão, na sociedade também é preciso que exista harmonia e desarmonia. Na sociedade se fazem necessárias as presenças de forças sociais positivas e outras que interrompem com a ordem de harmonia, gerando um conflito – desequilíbrio momentâneo. Essa desarmonia propicia um repensar diante da realidade, para que uma nova ordem de harmonia se apresente.

O conflito transforma os sujeitos e promove integração social. O conflito externo dá uma maior unicidade ao grupo, que se une com o propósito de eliminar um adversário comum. O conflito interno (dentro do mesmo grupo) também propicia união: aquilo que separa os litigantes é também o ponto de convergência. A discussão em torno de um determinado assunto possibilita com que o grupo se foque em torno da mesma situação, mesmo que tal atitude seja usada para apresentar pontos de vista divergentes.

Mesmo diante da premissa de que o conflito possui lado positivo, não devendo ser analisado apenas como algo negativo a ser banido de uma sociedade organizada, é útil analisar quais atitudes deverão ser tomadas no momento do surgimento do mesmo. Como já se discorreu, a eliminação do conflito sem o entendimento do porquê da ocorrência e sem o debate entorno das visões de mundo dos conflitantes que culminaram no conflito, faz com que a sociedade perca a oportunidade de reciclar-se.

Dessa maneira, o conflito deve ser analisado levando-se em consideração as premissas que o formou, sendo plausível aos conflitantes ser ouvidos para que possam externar suas opiniões divergentes, podendo ser extraído o lado positivo do conflito. Mas para que tal ocorrência seja verificada é impositivo mudar o paradigma conflitivo/litigioso judicial.

O atual modelo jurisdicional traz o poder judiciário, como dito anteriormente, como o detentor do monopólio estatal para a resolução da litigiosidade. Ocorre que no citado sistema os atores do conflito devem delegar a terceiros (advogados) a

¹¹⁵ SIMMEL, Georg. *Sociologia. op. cit.* p. 124.

oportunidade de expressão, compete ainda a outro terceiro estranho relação (juiz) e imposto pelo Estado, a decisão do certo e do errado, nomeando um vencedor e um perdedor do conflito. Ora, tal relação não permite que o lado positivo do conflito seja explorado, pelo contrário, o foco é dado a partir do viés negativista, focando-se na eliminação/resolução do conflito, sem a observância dos antecedentes e consequentes.

Para que seja possível analisar examinar o lado positivo do conflito, que permite o dinamismo social, se torna elementar que a questão seja tratada como algo natural na sociedade, mas que necessita de tratamento. Assim como uma doença é natural para um ser humano saudável, o conflito é natural em uma sociedade democrática. No entanto, a doença permite que o organismo crie anticorpos para combater futuras infecções, ao passo que o conflito possibilita que a sociedade crie dinamismos para sua defesa. O tratamento ao conflito é algo que se impõe, mas para que ele seja viabilizado, o foco de atuação deve ser dado diretamente em quem o vivenciou: os seus atores, que nesse ponto, apresenta a mediação como forma pacificadora, não litigiosa.

3.2 Comunicação não-violenta

Para que ocorra a mediação, se faz necessário, antes de tudo, que os atores do conflito dialoguem, se comuniquem, demonstrem seus sentimentos e demonstrem as causas que os levaram a tomar as decisões causadoras do conflito. A oportunidade gerada pela mediação propicia a implementação de nova forma de comunicação: o diálogo baseado na compreensão.

Quando a comunicação inicia com um julgamento, ocorre naturalmente um bloqueio da compaixão. Os interlocutores não podem julgar sem conhecer, qualquer juízo de valor realizado sem a compreensão do todo tende a ser injusto, pois é formado a partir de um pré-conceito. A classificação e o julgamento estimulam a violência, pois não há o acolhimento, ao contrário, a repulsa a um ser humano que pode ou não estar errado.

Na perspectiva de diminuição desta violência e na associação por uma mediação eficiente, se apresenta a comunicação não violenta (denominada de CNV¹¹⁶). Quatro componentes formam a comunicação não-violenta: observação, sentimento, necessidade e pedido. A comunicação não-violenta é dividida em duas partes: a expressão honesta por meio dos quatro componentes e o recebimento com empatia também por meio destes quatro componentes.

O primeiro componente para a realização de uma comunicação não-violenta é a observação sem avaliação ou julgamento. Inicialmente, surge a observação do fato, sem realizar qualquer juízo de valor sobre o mesmo. O julgamento e a avaliação não podem igualmente ocorrer ao nível intelectual ou da expressão não-verbal (revirar olhos, bocejar, olhar fixamente para o relógio, etc).

Analisando o quadro abaixo, se pode observar a distinção entre a observação “pura e simples” e as avaliações, Marshall B. Rosenberg assim apresenta:

Comunicação	Exemplo de observação com avaliação associada	Exemplo de observação isenta de avaliação
1. Usar o verbo <i>ser</i> sem indicar que a pessoa que avalia aceita a responsabilidade pela avaliação.	Você é generoso demais.	Quando vejo você dar para os outros todo o dinheiro do almoço, acho que está sendo generoso demais.
2. Usar verbos de conotação avaliatória.	João vive deixando as coisas para depois.	João só estuda na véspera das provas.
3. Implicar que as inferências de uma pessoa sobre os pensamentos, sentimentos, intenções ou desejos de outra são as únicas possíveis.	O trabalho dela não será aceito.	Acho que o trabalho dela não será aceito. Ou: Ela disse que o trabalho dela não seria aceito.
4. Confundir previsão com certeza.	Se você não fizer refeições balanceadas, sua saúde ficará prejudicada.	Se você não fizer refeições balanceadas, temo que sua saúde fique prejudicada.
5. Não ser específico a respeito das pessoas a quem se refere.	Os estrangeiros não cuidam da própria casa.	Não vi aquela família estrangeira de outra rua limpar a calçada.
6. Usar palavras que denotam habilidade sem indicar que está fazendo uma avaliação.	Zequinha é péssimo jogador de futebol.	Em vinte partidas Zequinha não marcou nenhum gol.

¹¹⁶ Marshall B. Rosenberg elaborou o termo “comunicação não-violenta” para expressar uma forma de comunicação que leva aos envolvidos a se entregarem “de coração”, ajudando a reformular a maneira pela qual cada ser humano se expressa e escuta os demais, ampliando a atenção e a empatia. (ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação Não-Violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. op. cit.)

7. Usar advérbios e adjetivos de maneiras que não indicam que se está fazendo uma avaliação.	Carlos é feio.	A aparência de Carlos não me atrai.
--	----------------	-------------------------------------

Fonte: ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação Não-Violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. op. cit. p. 56.

A observação, dessa forma, pode ser realizada de maneira específica, para cada situação apresentada. Não se excluindo, portanto, efetivar generalizações estáticas.

Um segundo ponto da comunicação não-violenta é identificar e expressar os sentimentos. Inicialmente, se faz necessário ampliar o vocabulário mnemônico dos sentimentos: a necessária apreensão do nome de cada sentimento e como é possível expressar cada um deles.

Na dinâmica da comunicação não-violenta, expressar a vulnerabilidade pode ajudar a resolver o conflito, isso implica considerar quando a pessoa se coloca com todas as qualidades e defeitos, ela está permitindo que o outro a acesse, compreendendo-a. Entretanto, deve-se diferenciar o que de fato se está sentindo do que se pensa que se está sentindo. O sentimento não delimita a pessoa, apenas demonstra a maneira como ela reage à determinada problemática.

O terceiro elemento da comunicação não-violenta é a observação das nossas necessidades. Nesse ponto cabe a cada um reconhecer a raiz do sentimento, que sempre será interna. O outro pode estimular a ocorrência de determinada emoção, mas a causa sempre estará na própria pessoa, conclusão que se baseia na premissa de que cada consciência tem o poder de escolher se irá ou não aceitar o que é dito pelos outros.

Diante de uma mensagem negativa, o indivíduo pode optar por quatro atitudes: a primeira é autculpar-se, saindo do pressuposto que a mensagem é integralmente verdadeira; a segunda é culpar o outro, justificando a própria atitude no comportamento anterior do interlocutor; pode também ocorrer uma terceira atitude que se perfaz na escuta ativa do próprio sentimento e necessidade; e por fim, pode-se escutar os sentimentos e as necessidades dos demais que estão escondidas na mensagem negativa.

Sob a ótica da comunicação não-violenta, deve ocorrer a junção da terceira e da quarta atitude quando o indivíduo se depara com uma mensagem negativa. Dessa

maneira, o sujeito ao mesmo tempo em que aceita a responsabilidade por seus sentimentos, desejos, necessidades e expectativas, também cria empatia com o outro.

A comunicação não-violenta baseia-se na perspectiva de que o sentimento experimentado por cada consciência é fruto de sua própria escolha, portanto, é de sua responsabilidade. Por trás de cada sentimento há uma necessidade não atendida. Ao se autodiagnosticar sobre suas necessidades, os indivíduos buscam as maneiras de promoverem a autocura.

O quarto e último elemento da comunicação não-violenta é o pedido. Após a realização da análise sobre a situação/fato/sentimento, os envolvidos na comunicação não-violenta devem expressar o que desejam. O pedido a ser realizado deve ser claro, preciso e demonstrar uma linguagem positiva.

O pedido deve ser formulado baseando-se em ações concretas. Neste momento da comunicação não-violenta, os envolvidos buscam recompor as relações perdidas com o conflito. Para que o processo seja eficiente, os protagonistas ,após realizarem o pedido, solicitam ao outro conflitante que explique o que entenderam da demanda e do formulado. Com essa atitude, se torna possível se realizar da checagem da mensagem enviada, se ela foi ou não repassada corretamente ao interlocutor.

A comunicação não-violenta pressupõe ainda a empatia na hora da escuta, sendo implicando quem está se manifestando fazê-lo de maneira honesta. Tipo esse de comunicação que tem sido muito utilizado para embasar os procedimentos da Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa pode ser vista como uma possibilidade de mudança processual para o futuro, inserida na esfera de atuação do direito penal. Instituto que já esta sendo implementado em alguns países, ele muda o âmbito de visão do sistema penal, focando a atenção na vítima, no infrator e na comunidade afetada pelo delito. É uma composição de três vias. O objetivo é restaurar a situação que se tinha antes do cometimento do ilícito, voltar ao que era antes. Por esse mecanismo, depreende-se que o delinquente também sofre as consequências do crime, e, para ele, também interessa ser preservado o princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Myléne Jaccoud¹¹⁷, as idéias restaurativas têm origem na forma de organização social das sociedades comunais pré-estatais européias e nas sociedades nativas de séculos passados. Essas sociedades tinham em comum o privilégio das práticas de regulamentação social centradas na manutenção da coesão do grupo.

Assim, nas práticas das sociedades antigas, para que a coesão grupal fosse de fato atingida era necessário que os interesses coletivos superassem os interesses individuais. Logo, a transgressão de uma norma causava reações que visavam o restabelecimento do equilíbrio rompido e uma rápida solução para o problema.

Por mais que a filosofia compreendida no paradigma restaurativo seja antiga, a utilização das práticas da Justiça Restaurativa, entendida esta como um modelo penal, é deveras recente.

Leonardo Sica¹¹⁸ argumenta que a Nova Zelândia é o país de referência no tema da Justiça Restaurativa, posto que a mesma se desenvolveu após décadas de insatisfação da população com os tratamentos recebidos pelos menores autores de delitos. Assegura, ainda, que após uma década da experiência da Justiça Restaurativa com jovens, a Nova Zelândia passou a implementar os programas restaurativos na justiça penal comum, tendo sido seguida pela Austrália,

Na América do Sul, de acordo com Teresa Cristina Albieri Baraldi¹¹⁹, as práticas restaurativas foram testadas, inicialmente, na Argentina em 1998, com base na Lei do Ministério Público combinada com o Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires.

No Brasil, as práticas restaurativas tiveram suas discussões iniciadas em 2002, sendo que foram introduzidas em 2005, após a realização do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, oportunidade em que se enunciaram os princípios e os valores da Justiça Restaurativa, através da Carta de Intenções de Araçatuba, lançada no final do referido evento.

¹¹⁷ JACCOUD, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (org.). *Justiça restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 163.

¹¹⁸ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 23.

¹¹⁹ BARALDI, Tereza Cristina Albieri. *A violência doméstica sob a ótica da justiça restaurativa*. Disponível em http://www.fundanet.br/mestrado_dir/detalhe.asp?reg=5&lng=1. Acesso em 10 de fevereiro de 2007, p. 74.

O pesquisador português Francisco Amado Ferreira¹²⁰ enumera os seguintes princípios para a Justiça Restaurativa: voluntarismo, consensualidade, confidencialidade, complementaridade, celeridade, economia de custos, mediação e disciplina.

O voluntarismo estaria baseado nas participações voluntárias da vítima, do transgressor e da comunidade afetada pelo delito, envolvendo a cooperação, interesse sério e vontade livre de todos.

É notório que, pela própria natureza humana, os indivíduos aceitam melhor o voluntarismo do que a compulsão ou coerção. Para plena realização da Justiça Restaurativa, os envolvidos no conflito a ser mediado devem ser esclarecidos acerca de seus direitos, da natureza do processo de mediação e das conseqüências possíveis de sua decisão e composição. Assim, uma atuação impositiva e unilateral própria do sistema judicial não pode figurar dentro dos ideários da Justiça Restaurativa.

Baseado nesse princípio, pode-se compreender que o agressor não pode ser coagido a assumir a autoria dos fatos puníveis, nem a celebração da composição pode ser imposta. Caberá ao criminoso admitir a sua conduta e alcançar juntamente com a(s) vítima(s) uma solução que repare, dentro do máximo possível, a sua atitude delituosa.

No prisma da consensualidade, admite-se que os resultados das ações restaurativas devem ser tomados a partir do consenso entre os envolvidos, não sendo possível que um terceiro imponha o veredicto, posto que se assim o fizesse a possibilidade de cumprimento do estabelecido seria diminuída. Logo, a consensualidade, como princípio da Justiça Restaurativa, assegura, de certa forma, o cumprimento do estabelecido, já que todos os envolvidos estão de comum acordo com o que deve ser cumprido para a restauração.

O contrato de mediação, que deve ser elaborado quando do término da mediação a que se propõem os envolvidos, além de traçar um plano de reconstrução das relações estipulando pontos concretos de entendimento alcançados e construindo uma referência para as partes, necessita ser: equilibrado (atribuir benefícios proporcionais para ambas as partes), pormenorizado (definir quem, quando, durante quanto tempo, em que

¹²⁰ FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 29.

condições e com que garantias deve ser efetivado), reduzido a termo e assinado pelos envolvidos, formalizando expressamente a renúncia a quaisquer tipos de recursos.

A todos os inseridos no processo da Justiça Restaurativa se impõe a confidencialidade como dever, passando a ser público somente o resultado da mediação. Nesse ponto, cabe destacar que as informações prestadas para que se chegue ao consenso também devem ser preservadas do público em geral.

Cumprir observar a máxima desobstrução dos procedimentos e de trâmites evitáveis ou inúteis, como na justiça comum. Buscar a solução de maneira ágil não significa a inexistência de regras, mas sim na redução das mesmas ao mínimo necessário. Assim, a Justiça Restaurativa tem como princípio da busca da restauração de maneira ágil, de acordo com o fôlego dos conflitantes.

Assevera Francisco Amado Ferreira¹²¹, no que tange o princípio da economia de custos, que a Justiça Restaurativa visa à diminuição para o Estado dos custos advindos da máquina judiciária. O ideário é a restauração da relação usando o mínimo de gastos possível para o Estado no intuito que se utilize um maior valor na prevenção de futuros delitos.

Pelo princípio da mediação, depreende-se que, para alcançar o seu objetivo, a Justiça Restaurativa necessitará atuar baseada na mediação. Cabe salientar que a mediação penal constitui uma verdadeira forma de auto-composição de interesses e não mera definição de direitos. Entretanto, a validade da mediação depende da disponibilidade do objeto.

A obediência aos acordos formulados no âmbito de atuação da Justiça Restaurativa atinge tanto a vítima quanto o responsável pelo crime. A execução dos acordos firmados para a restauração da relação favorece a aceitação do novo modelo proposto.

O princípio da disciplina tem que ser observado tanto para legitimar um novo sistema, como para dar efetividade a este, sendo certo que as matrizes disciplinares podem anunciar alterações profundas no sistema, contribuindo para estabilizar a

¹²¹ FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. op. cit. p. 41.

formalidade atual do poder jurisdicional e fazer daquele um instrumento de transformação de conflitos e construção de consenso em torno do processo de mudança.

Para a realização desta Justiça Restaurativa se faz necessário que os envolvidos se permitam olhar para o crime com um vislumbre de observador. Observar sem julgar para depois reestabelecer os laços rompidos representa uma das principais regras.

Muito embora seja útil a utilização da comunicação não-violenta, em especial para se ponderar sobre empatia, convém analisar mais profundamente a questão da mediação, que não pode ser tratada apenas como uma forma alternativa para resolver conflitos, mas, conceitualmente, como uma verdadeira maneira de tratá-los.

A comunicação não-violenta auxilia para que o procedimento da mediação seja implementado, contudo importa ter em conta a necessidade do real, sem fantasias: nem sempre será possível aplicar no caso a ética da outridade e da mediação. Haverá situações em que os conflitantes ainda não estão preparados para o tratamento, pois ainda não aceitaram a doença.

3.3 A mediação no tratamento do conflito

Ao longo dos anos, as transformações sociais foram intensas no mundo moderno: ampla quantidade de pessoas se dirigiu aos grandes centros, exigindo a prestação de serviços públicos; a velocidade tecnológica avançou significativamente, ajudando a mudar os valores da sociedade; a “desatualização do sistema jurídico processual e uma profunda ineficiência do próprio aparato do Estado”¹²² foram algumas das deteriorizações do atual modelo estatal.

A deslegitimação e o desprestígio do poder judiciário são consequências de um sistema que impossibilita o tratamento adequado aos problemas que atualmente demandam acesso à Justiça¹²³.

¹²² MORAIS, José Luis Bolzan de & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!* op. cit. p. 105.

¹²³ Neste sentido: “A impossibilidade de tratamento adequado de todos os problemas que hoje demandam acesso à Justiça e que colimam seja essa justiça, realmente efetiva, na consecução dos propósitos

Diante dessa conjuntura, se faz necessária a ocorrência de mudanças. Os conflitos continuarão a acontecer, e são inevitáveis e salutares, o que resta então é a mudança paradigmática na forma de serem solucionados. Premente que seja revista a visão de que o sistema só seria eficiente quando a resolução do conflito passasse pelo judiciário. Ao invés disso, deve-se focar na premissa de que o tratamento do conflito é eficiente quando se possui “instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses das partes”¹²⁴. Assim, o judiciário seria chamado a decidir apenas em caráter subsidiário.

A ingerência da subsidiariedade do poder judiciário seria verificada quando do envolvimento de direitos não-disponíveis, ou quando os envolvidos não conseguissem chegar a um consenso da melhor alternativa para todos os participantes.

Cabe aqui um questionamento: quais seriam os mecanismos utilizados nessas formas alternativas¹²⁵ de tratamento de conflitos? Entre elas se incluem a mediação, a arbitragem, a negociação e a conciliação. Essas quatro opções são opções que visam “descongestionar” os tribunais, além de reduzir custos e aumentar a eficiência do tratamento do conflito.

Em linhas gerais, tem-se a mediação como um mecanismo consensual de solução de conflitos, que, através de uma terceira figura – ente neutro e imparcial – escolhida ou aceita pelos conflitantes, procura auxiliar e encorajar a resolução de uma divergência.

Como alternativas os diversos tipos de mediação pressupõem a participação ativa dos envolvidos no caso, para que todos juntos possam tomar a decisão mais ponderada, eficiente e satisfatória para a totalidade dos participantes. Ao mediador compete o auxílio na construção desse diálogo.

prometidos, elucida um descompasso e um desajuste que acabam por ocasionar uma perda de poder do Estado e consequente desprestígio e deslegitimação do próprio Poder Judiciário, como Poder Público Estatal.” (MORAIS, José Luis Bolzan de & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!* *op. cit.* p. 105.)

¹²⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!* *op. cit.* p. 106.

¹²⁵ “Formas alternativas” é a expressão utilizada pela doutrina como referência aos institutos da mediação, conciliação e arbitragem. Poderia se questionar se a forma jurisdicional não seria a verdadeira “forma alternativa”, isso porque a jurisdição teve o surgimento posterior ao diálogo direto entre os conflitantes, passando a ser usada quando a conversa já não era mais capaz de tratar conflitos. O questionamento que se pretende adentrar é justamente se não seria esse o momento da sociedade retornar as origens e implementar novamente a mediação.

Ao intervir, o mediador busca a convergência entre os protagonistas do conflito, ajudando-os a escolherem a(s) alternativa(s) que vise(m) o melhor para todos, princípio conceitual neoparadigmático. A opção pelo “melhor para todos” é condição essencial da mediação, isso porque os conflitantes terão de se colocar uns nos lugares dos outros, para tentar introjetar, mais verdadeiramente, o sentimento e a necessidade do outro.

Importa colocar-se no lugar do outro como sentimento essencial durante o procedimento da mediação. Olhar para si mesmo com os olhos de uma terceira pessoa, também auxilia no processo, isto porque, com uma visão diferenciada é possível verificar mais facilmente as atitudes que necessitam ser modificadas. O outro necessita servir aos moldes de um espelho: mostra as atitudes das quais a própria pessoa tem vergonha. São essas atitudes que importam ser alteradas e remediadas.

Além desse processo de se “auto escutar/perceber”, há também a forma com que se analisam os demais pormenores. Segundo Marshall Rosenberg, no exato momento em que se está buscando tornar claro o que o outro vislumbra, o envolvido muda o seu próprio paradigma, pois a preocupação passa a ser a observação e não o julgamento. A comunicação não-violenta enfoca a “escuta profunda”, na qual todos os envolvidos se respeitam mutuamente, tornando a relação empática.

A empatia se torna possível uma vez que a mediação não apresenta relação de hierarquia em seu bojo. O tratamento do conflito realizado na mediação pressupõe que os envolvidos estejam no mesmo patamar do mediador. Ou seja, diferentemente do que ocorre na disputa judicial, não há uma figura superior a quem competirá a decisão final; pelo contrário, o mediador é um ente neutro e imparcial que auxilia os conflitantes a exporem o problema, escuta, questiona, dialoga construtivamente, procura interesses comuns, opções e até firma acordos. Cabe ao mediador “colaborar com os mediandos para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns”¹²⁶.

A evidência de que o conflito é um fenômeno inerente às relações humanas, possibilita que o ser humano tenha consciência de que não deve eliminá-lo, antes de tudo se impõe tratá-lo, de maneira que possa extrair da divergência um aprendizado. Em consequência, esse tratamento se torna uma forma de autocomposição.

¹²⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 36.

Quando os conflitantes compreendem a inevitabilidade do conflito, são capazes de desenvolver soluções. Quando o ponto de divergência é encarado sem responsabilidade ou como se fosse um grande “demônio”, a tendência é a sua transformação em confronto ou violência.

O enfoque adversarial desenvolve excessivamente a argumentação unilateral, sem que seja dada a devida importância para o que o outro pensa, escreve ou fala. Grande parte do problema ocorre tendo em vista que a leitura e observação da visão da “outra parte” se limita a uma busca de pontos de embasamento para propiciar uma defesa/desconstrução do dado/fato apresentado.

O tratamento do conflito depende de que os mediados reconheçam as diferenças e identifiquem os interesses comuns e contraditórios. Entretanto, tal fato só ocorre se precedido da aceitação de que o conflito é fruto das relações que, com suas pluralidades de percepções, sentimentos, crenças, são inerentemente conflitivas¹²⁷.

A visão do conflito como algo negativo não é utilizado quando se apresenta a mediação. Pelo contrário, na mediação o conflito é entendido como algo positivo, natural e necessário para que as relações sejam aprimoradas.

A mediação apresenta-se como um procedimento amigável, não adversarial, visando o ganho de todos os mediados, sendo os envolvidos os responsáveis por decidirem as resoluções a serem todas, através da ajuda de um mediador e com a visão de que o conflito é natural. O mediador, por sua vez, é o responsável pela facilitação do diálogo, pelo estímulo da cooperação, não impondo decisões.

Dentro das formas como pode ser conduzida a mediação, necessária a distinção entre a mediação que é focada no acordo e a mediação que é enfocada na relação. Enquanto que a mediação que visa o acordo, também denominada mediação satisfativa

¹²⁷ Neste sentido é o pensamento de Lília Sales, para quem o conflito é dissenso natural, não devendo ser encarado como algo a ser eliminado, mas sim entendido: “A premissa de que o conflito é algo importante para a formação do indivíduo e da coletividade faz com que as posturas antagônicas deixem de ser interpretadas como algo eminentemente mau para se tornar algo comum na vida de qualquer ser humano que vive em sociedade. É fruto da convivência, e sempre ocorrerá sob diferentes aspectos. Quando se percebe que um impasse pode ser um momento de reflexão e daí de transformação, torna-se algo positivo.” SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 2.

e conciliação, prioriza o problema concreto e busca o acordo, a mediação direcionada na relação prioriza a mudança do “padrão relacional”¹²⁸.

Segundo Lília Sales, os princípios da mediação podem variar de acordo com o país, mas alguns deles são seguidos indistintamente do lugar, pois são os responsáveis por balizar “a boa utilização desta modalidade”¹²⁹. São regras comuns que apresentam resultados em todas as situações e linguagens.

O primeiro dos sete princípios utilizados pela mediação é a liberdade dos conflitantes. Os mediados, além de serem livres quando ocorrer o tratamento do conflito, não podem estar sob influência de ameaça ou coação. Ressalte-se a importância de ocorrer um esclarecimento do significado do procedimento e de que não há qualquer obrigatoriedade na realização de acordo ou até mesmo em assinar qualquer tipo de documento. A boa-fé de todos enseja a prevalência dessa vontade para que não se tenha ao final da mediação um acordo frágil, com probabilidade de ser descumprido, desprestigiando, assim, a instituição.

O segundo princípio é o da não-competitividade. A mediação não pode incentivar uma competição, pelo contrário, ela deve tratar o conflito, restabelecendo laços e vínculos rompidos. Os mediados não podem sentir-se em um campo de batalha, pois não haverá perdedores e nem vencedores ao final do tratamento, haverá sim, duas partes amadurecidas pelos acontecimentos com as melhores perspectivas possíveis de seguir com a vida diante das circunstâncias causadas pelo conflito. “O consenso só é adequado se todas as partes participam e se sentem contempladas com a decisão encontrada.”¹³⁰

Outro princípio da mediação é o poder de decisão dos mediados. Através desse princípio compete aos atores a decisão final, cabendo ao mediador a ajuda para que o diálogo seja produtivo. Somente quem vivencia/vivenciou o conflito sabe quais foram as consequências, inclusive psíquicas, advindas do mesmo, e como é possível realizar o tratamento adequado para suprimi-las. Dessa maneira, o acordo final realizado pelos mediados é fruto da vontade dos atores, que é soberana.

¹²⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. op. cit. p. 36.

¹²⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. op. cit. p. 3.

¹³⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. op. cit. p. 3.

O quarto princípio da mediação é a participação de mediador imparcial. Este necessita tratar todos os envolvidos de maneira equânime, sem nenhuma espécie de privilégio: “deve falar no mesmo tom de voz, oferecer o mesmo tempo para que elas possam discutir sobre os problemas, destinar o mesmo tratamento cordial, enfim, o mediador deve agir sem beneficiar uma parte em detrimento da outra”¹³¹. A imparcialidade do mediador é requisito fundamental para gerar confiança entre os mediados e favorecer ao entendimento.

O quinto princípio elencado da mediação é a competência do mediador. O mediador deve ser capacitado para assumir a função, possuindo características que o qualifiquem para realizar a incumbência, como ser diligente, cuidadoso e prudente. Ademais, é conveniente que o mediador possua curso de formação em mediação de conflitos, favorecendo, assim, o seu desempenho. O mediador deve estar atento para a questão da manipulação: ele não pode permitir que um dos lados do conflito influencie o outro, pois desta forma as medidas resolutivas tomadas ao cabo da mediação não terão a eficiência esperada.

A informalidade do processo é o sexto princípio da mediação de conflitos. Por este elemento, entende-se que não há qualquer existência de regras rígidas que disciplinem como deve ser conduzida/realizada a mediação. A mediação tem como base o diálogo, sendo que o mediador deve “sentir” o melhor caminho a ser percorrido no intuito de propiciar aos mediados que alcancem um entendimento.

Por fim, tem-se a confidencialidade no processo como o sétimo princípio da mediação. É vedada ao mediador a comunicação para quem quer que seja dos fatos ocorridos no interior do círculo mediado. Todo o processo da mediação é sigiloso, a segurança dos protagonistas nasce justamente da certeza de que nenhuma pessoa fora os conflitantes terão acesso aos fatos decididos na mediação. Apenas o resultado pode se tornar público.

Ao se propiciar que os atores do conflito dialoguem, a mediação já pode ser classificada como exitosa, isso porque o “simples” fato do restabelecimento do diálogo entre os conflitantes já é uma vitória: mesmo que estes não cheguem a um acordo em um primeiro momento, há sempre a possibilidade de que no futuro isso possa ocorrer, estimulado, muitas vezes, pelo primeiro contato realizado pela mediação. Sendo assim,

¹³¹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 4.

o objetivo primordial da mediação é possibilitar que pessoas afastadas por um conflito tenham a oportunidade de entendimento, de dialogar sobre o ocorrido, de analisar o ponto de vista do outro, tratando de fato o antagonismo existente, novo ou velho.

De acordo com Lília Sales¹³², além do tratamento do conflito, ainda é possível citar mais três objetivos primordiais da mediação: a prevenção da má administração do conflito, a inclusão social e a paz social.

O tratamento do conflito ainda pode ser configurado no diálogo, oportunidade na qual o mesmo há que ser visto a partir do seu prisma positivo. No início da comunicação, compete ao mediador esclarecer todos os procedimentos para os conflitantes, reforçando que a mediação é um processo voluntário, no qual quem irá determinar como o assunto será resolvido são os próprios mediados.

Para que o objetivo do tratamento do conflito seja alcançado, é necessária a participação ativa de todos os envolvidos, afinal, ninguém melhor dos que eles para expressarem os sentimentos que foram abalados pelo conflito. O diálogo é evidente premissa que pautará, sempre na filosofia “ganha-ganha”, na qual todos os envolvidos sairão vitoriosos diferentemente do julgamento forense onde há um ganhador e um perdedor quando for batido o martelo, como se diz popularmente.

Dependendo da situação que se apresenta, há a necessidade de discussão de outros fatores que não estão dentro do conflito principal. Muitas vezes o conflito pode ter sido desencadeado por um determinado fator que em um primeiro momento não resta visível no debate sobre o conflito, cabendo ao mediador perceber e resgatar a questão, pois através dela será possível o entendimento do conflito e o seu verdadeiro tratamento no seu âmago.

Há também a troca de foco do mediados: por vezes é colocado em discussão um conflito aparente, sem que seja de fato real. Ou seja, por dificuldade em se lidar com o verdadeiro motivo da discórdia, é asseverado pelos conflitantes um “pseudoconflito”. Se o mediador não perceber tal atitude, a mediação poderá no final até apresentar uma solução para o conflito, mas não terá tratado a raiz do problema.

O segundo objetivo latente da mediação de conflitos é a prevenção da má administração dos resultados. A cultura da comunicação pacífica é estimulada pela

¹³² SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 5.

mediação como forma de facilitar o diálogo entre os conflitantes. Ao passar pela experiência da mediação e verificar que ela é capaz de resolver a questão do conflito, os mediados passam a utilizar este meio de resolução sempre que novos fatos são a eles impostos. Ou seja, uma vez verificado pelos indivíduos que a mediação é algo positivo e ajuda a solucionar os problemas, os contendores passam a adotar a prática no seu dia-a-dia.

Desta forma, a mediação – através do estímulo à comunicação pacífica – ajuda a prevenir que outros conflitos sejam mal administrados.

A inclusão social é o terceiro objetivo explícito da mediação. Ao pressupor a participação efetiva dos indivíduos para solucionarem os seus próprios problemas, a mediação mostra que as pessoas possuem responsabilidades, direitos e obrigações diante do caso específico, realizando assim uma inclusão social. “O indivíduo é valorizado, incluído, tendo em vista sua importância como ator principal e fundamental para a análise e a solução do conflito.”¹³³

O sentimento de dignidade das pessoas é estimulado, a partir da mediação. Esta busca trazer para o centro dos debates os excluídos, representando um dos pilares diferenciais da mediação, em comparação com o litígio na esfera judicial.

Enquanto na cultura do litígio a única realidade que importa é a se encontrar no processo, na concepção conflitológica da mediação a única realidade que interessa é a da experiência. Ressalta Luis Alberto Warat¹³⁴ que, além de se focar na verdade da experiência, a mediação ainda tem uma grande vantagem: nenhum mediador quer se comportar como um Quixote, nenhum mediador quer experimentar as verdades de um livro. O mediador busca, sim, auxiliar os mediados a “sentirem o sentimento”, seja ele qual for, pois é apenas com este “sentir” que o conflito poderá ser entendido e tratado.

Com a inclusão social através da mediação, os outrora excluídos verificam que é possível, através do diálogo transformador, a criação de uma identidade coletiva e iniciar uma luta por melhores condições de vida¹³⁵. Dessa forma, a mediação auxilia no

¹³³ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 7.

¹³⁴ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. op. cit.* p. 3.

¹³⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 8.

exercício da cidadania, uma vez que oferece o crescimento da percepção da responsabilidade civil e da cidadania, tornando-os serem mais politizados.

O quarto grande objetivo da mediação é auxiliar a alcançar a paz social¹³⁶. Para alguns, a paz social significa a ausência de violência e crimes, para outros a agressão moral também se encontra diretamente relacionada com o significado de paz social. Muito embora os conceitos de paz social sejam complementares, essa expressão implica ser entendida em conjunto com a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais¹³⁷.

Ao incentivar o diálogo, a cooperação e o respeito entre as pessoas, a mediação estimula a paz, pois ajuda a estabelecer pontes de conciliação e abertismo entre as pessoas, mostrando que a comunicação é um excelente caminho para que elas próprias possam resolver seus problemas de maneira pacífica, no futuro, sem a intervenção de um terceiro.

Ensina-se a paz quando se resolve e se previne a má administração dos conflitos, quando se busca o diálogo, quando se possibilita a discussão sobre direitos e deveres e sobre responsabilidade social, quando se substitui a competição pela cooperação¹³⁸.

A mediação é uma forma pacífica e participativa de tratar o conflito, atitude que faz com que o compromisso ético com o diálogo seja exacerbado e a concretização dos diretos seja alcançada.

Diante da inoperância já verificada e comprovada no sistema atual (Poder Judiciário) em tratar o conflito, outros meios alternativos além da própria mediação passaram a ser utilizados mais fortemente nos últimos anos em vários países. Dentro deste leque de institutos criados/modificados, encontra-se a negociação, a conciliação e a arbitragem.

¹³⁶ A Constituição Federal de 1988 ao elencar no preâmbulo “a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” faz clara menção a necessidade da paz social como um dos valores básicos do Estado Democrático de Direito.

¹³⁷ Assevera Lília Sales que: “Não se consegue falar em efetividade da paz social quando se verifica a existência de pessoas famintas, de elevado índice de desemprego, de trabalho escravo e infantil, de exploração sexual de crianças, de tráfico de drogas, de péssima qualidade de moradias, de baixo nível de serviço público de saúde e de educação, de discriminação racial, de tortura nas delegacias e nos presídios.” SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 8.

¹³⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 9.

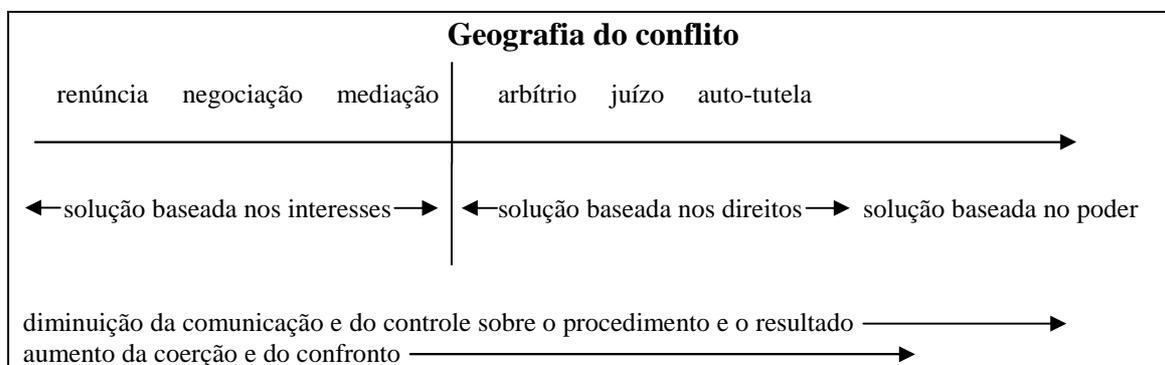
3.4 Negociação, conciliação e arbitragem: as práticas alternativas de tratamento de conflitos

O momento histórico e cultural, aliado à crise do Estado e da jurisdição, concorreu para que alternativas ao poder jurisdicional fossem criadas. Essas novas práticas, realizadas de modo responsável, conduzem a caminhos diversos dos apresentados pelo poder judiciário. O foco principal na maneira alternativa de tratamento de conflitos é sair da cultura binária do resultado: vencedor e perdedor, autor e réu, executor e executado, requerente e requerido, entre outras qualificações.

As práticas alternativas passam a acolher os conflitantes, analisando suas individualidades e permitindo que cada um, conforme a suas particularidades, adentrem como seres ativos no tratamento do conflito.

A diferenciação entre os meios alternativos de tratamento de conflito e a resolução destes no interior do Poder Judiciário se dá pelo poder dado aos conflitantes e ao terceiro (juiz/mediador/negociador/conciliador/árbitro). Nos meios alternativos, os atores possuem voz ativa, a intensidade desta voz dependerá do instituto a ser escolhido; já no interior da disputa judicial a regra é que só as pessoas técnicas constituídas pelos conflitantes possam expressar-se, principalmente por escrito ou hoje virtualmente, cabendo às partes serem ouvidas em audiência.

O Poder Judiciário é um meio de resolução de pendências judiciais, diferentemente do que se espera no tratamento do conflito mediado. Fabiana Marion Spengler, citando Giovanni Cosi, sintetiza os modos de gestão conflitual através de esquema designado “geografia do conflito”:



Fonte: SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 302.

De acordo com a “geografia do conflito”, há uma diminuição do controle direto sobre o conflito pelos atores na medida em que os meios utilizados se deslocam para a solução baseada no poder. Nessa mesma proporção, é verificada a diminuição da comunicação entre os conflitantes, o controle que eles detêm sobre o conflito, bem como sobre o poder de escolher o procedimento e interferir no resultado, além de aumentar a coerção exercida por terceiros sobre o resultado final. São fatores limitantes da atuação jurisdicional.

Nesta visão, os atores do conflito podem escolher e percorrer seis caminhos a serem seguidos.

Os conflitantes podem renunciar à disputa, oportunidade em que detêm o controle direto sobre o conflito. Há a faculdade de manter aberta a comunicação e iniciar por si uma negociação. Podem escolher a mediação, com assistência de um terceiro (mediador), que os auxiliará na tomada de decisão. Decidem por submeter-se à decisão de árbitro escolhido pelos próprios conflitantes. Submetem-se à sentença judicial prolatada por juiz designado pelo Estado a decidir. Ou, por fim, podem confrontar-se mediante força física, num crescendo ilustrativo.

Independentemente do método que será escolhido pelos atores do conflito, necessário se faz que estes tenham a visão de que o conflito possui um lado positivo e é fisiológico ao próprio sistema, deixando, portanto, de ser considerado apenas como um evento social patológico.

Quando se utiliza um meio alternativo de tratamento de conflitos, deve-se observar, em um primeiro momento, o tipo de situação confrontativa que se estará tratando, para que, diante de tal resposta, se possa escolher o instituto mais adequado. Contudo, para que esta escolha seja possível, há de se verificar como cada instituto elabora sua forma de tratamento do conflito.

As práticas alternativas têm sua origem nos Estados Unidos da América, com o nome de Alternative Dispute Resolution (ADR), sendo que esta expressão designa todos os tipos de procedimento em que não é verificada a intervenção de autoridade judicial¹³⁹.

¹³⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdicção em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. op. cit. p. 298.*

Mediação, negociação, conciliação e arbitragem são meios alternativos para tratamento de conflitos. Muito embora se apresentem como uma alternativa ao atual modelo jurisdicional de decidir conflitos, cada um dos nominados institutos apresentam características próprias e marcantes que os distinguem.

Não se deve valorar um instituto em relação ao outro, mas, sim, analisar qual se encaixa mais perfeitamente diante do tipo de conflito apresentado. Ora, uma divergência envolvendo questões econômicas entre duas grandes empresas é muito distinta de um conflito entre pais e filhos. Proporções e espécies de sentimentos envolvidos atuam diretamente na escolha por qual meio alternativo devem ser os conflitantes guiados, de acordo com seus atores e atrizes.

Historicamente, a arbitragem remonta à origem do processo civil romano¹⁴⁰: nos primórdios do processo romano, o Estado não interferia nos litígios. Os tratamentos das controvérsias partiam dos próprios particulares. Com o tempo, o Estado passou a regular a maneira como deveria ser administrada a solução dos conflitos, para posteriormente assumir a resolução de maneira integral.

De acordo com Neil Andrews¹⁴¹, a arbitragem “é o meio pelo qual duas ou mais partes podem submeter um conflito a um julgador neutro para obterem uma decisão final”. A grande distinção com o poder judicial é a escolha do árbitro: enquanto no processo contencioso as partes “são apresentadas” a um juiz devidamente designado, escalado; na arbitragem as partes “escolhem” um árbitro para decidir o conflito.

Das formas alternativas de solução de conflitos, a arbitragem é a que mais se assemelha com o processo litigioso. Enquanto na negociação, mediação e conciliação os envolvidos têm poder de decisão, na arbitragem é um terceiro que escolhe o que está certo e o que está errado, ditando regras que deverão ser observadas pelos conflitantes.

Antes da edição da lei 9.307/96, que regula a arbitragem no Brasil, este instituto já estava preceituado no Código Civil de 1916 (artigos 1.307 a 1.048) e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 (artigos 1.031 a 1.040 e 1.072 a 1.102, respectivamente).

¹⁴⁰ De acordo com José Luis Bolzan de Moraes a arbitragem tem sua origem no processo civil romano das épocas pré-clássica e clássica, denominado *orto iudiciorum privatorum*. Sendo que o árbitro tem a posição similar ao do juiz privado romano (*iudex*) e o compromisso arbitral atua como a *liis contestatio*. (MORAIS, José Luis Bolzan de & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição! op. cit.* p. 168.)

¹⁴¹ ANDREWS, NEIL. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 293.

A distinção apresentada com o advento da lei 9.307/96 é que, sendo a arbitragem convencionada, passa a ser de cunho obrigatório em caso de certos e definidos conflitos.

As normativas anteriores dispunham apenas sobre o compromisso arbitral, estipulado pelos envolvidos após o surgimento do conflito. Passou a existir, após a lei 9.307/96, além do compromisso arbitral, cláusula compromissória ou cláusula de arbitragem. Com base nesta cláusula, as partes determinam no momento de assinatura de contrato, que caso ocorra um conflito o mesmo deverá ser resolvido mediante arbitragem. Ou seja, a arbitragem se torna obrigatória em caso conflitual.

No plano internacional, o juízo arbitral é frequentemente utilizado, impulsionado pelas crescentes relações comerciais externas ocasionadas pelo processo de globalização econômico. O Brasil, ao assinar e internalizar o Protocolo de Genebra de 1923 e a Convenção do Panamá de 1975, validou a cláusula arbitral em contratos comerciais internacionais, garantindo a execução, no âmbito da jurisdição brasileira, das sentenças arbitrais.

Um dos fatores observados para a utilização da arbitragem em nível internacional é a condição desta de não possuir cultura rígida e imutável, ela “evolui de forma peculiar de acordo com a tradição do país que a emprega e da lei-padrão que a inspirou”¹⁴². Neste ponto de vista, o instituto não fica refém de uma lei “que parou no tempo”, ou da codificação, a idéia central da arbitragem é a atualização, conforme as diretrizes do mercado.

José Luis Bolzan de Moraes explica a diferenciação na forma de tratamento do instituto nos países da *Civil Law* e da *Common Law*. Muito embora os princípios da arbitragem sejam os mesmos, dependendo da orientação histórica, o tratamento dispensado ao instituto apresenta variações.

Nos países em que o direito civil exerce grande influência, são normalmente visualizados dispositivos codificados que reconhecem o instituto. Ademais é comum a existência do “requisito *exequatur* no tocante à validade do laudo arbitral no direito

¹⁴² MORAIS, José Luis Bolzan de & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!* op. cit. p. 171.

interno, o que significa que este deve ser homologado antes de poder-se exigir sua execução”¹⁴³.

Em outra perspectiva, os países com tradição no direito comum, a disposição desse tipo de mediação é oposta. Em muitos casos, preza-se pela liberdade das partes, que organizam as seções conforme a necessidade do caso concreto. A execução imediata do laudo arbitral é a regra, sem que haja qualquer trâmite burocrático. As partes ficam apenas vinculadas a disposições que visam à proteção relativa aos vícios.

Diante dessa visão, é possível depreender que os países da *common Law* estão mais aproximados do instituto da arbitragem, pois um dos fundamentos desta modalidade de tratamento dos conflitos é justamente a liberdade das partes, a flexibilidade de modificar o rito de acordo com a necessidade daquele caso em particular. A disparidade entre teoria e prática arbitral nos países da *civil Law* é reforçada pela mentalidade dos cidadãos e operadores jurídicos que está vinculada ao modelo adversarial e não no modelo conciliatório.

De maneira mundial, cinco fatores gerais inspiram o modelo da arbitragem: vícios da via judiciária; crescente complexidade dos negócios; natureza do procedimento arbitral; certeza da aplicação da normativa desejada e crescente facilidade da execução das sentenças arbitrais.¹⁴⁴

Pela expressão “vícios da via judiciária” entende-se que o excessivo número de litígios associados a decisões demoradas – que muitas vezes não resolvem o conflitos, apenas respondem a alguns questionamentos levantados, sem, no entanto, analisar a vertente do problema – desestimula os cidadãos a buscar a via judiciária para tratar conflitos.

A crescente complexidade das relações sociais faz crescer, por sua vez, a “complexidade dos negócios”. As pendências se tornam mais complicadas, e resolvê-las requer um direito ágil e célere. Aliado a isso, ainda se tem o fato de que nem sempre o magistrado e os advogados irão conseguir entender a profundidade da relação analisada. A arbitragem é utilizada como meio de incluir pessoas altamente técnicas no tratamento

¹⁴³ MORAIS, José Luis Bolzan de & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!* op. cit. p. 171.

¹⁴⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!* op. cit. p. 174.

dos conflitos que pressupõem pessoas qualificadas em determinadas áreas, não necessariamente na área jurídica.

O terceiro fator a ser observado é a “natureza do procedimento arbitral”. A arbitragem “não sofre as inconveniências do juízo Judiciário, o que lhe confere, teoricamente, rapidez, neutralidade, especialização, confiança, flexibilidade, além de baixo custo”¹⁴⁵.

A “certeza da aplicação da normativa desejada” é um fator determinante para a escolha da arbitragem. Os envolvidos possuem certeza de que poderão discutir sobre as leis que serão aplicadas no caso concreto.

O quinto fator ressaltado na prática da arbitragem é a “crescente facilidade da execução das sentenças arbitrais”. Na atualidade, as convenções internacionais e grande parte do direito interno dos países, ou conferem auto executoriedade aos laudos arbitrais, que não possuem mais a barreira da homologação judicial para adentrarem no universo jurídico ou eliminam barreiras dentro do judiciário, facilitando a homologação sentencial.

No âmbito interno brasileiro, algumas características em especial são observadas no instituto da arbitragem.

Inicialmente, há que se referir a ampla liberdade de contratação pelos envolvidos. O contrato da arbitragem é livremente pactuado pelos conflitantes, que, além de escolherem o objeto do litígio, podem decidir quais serão as regras de direito formal e processual que será aplicável naquela seção de arbitragem. A partir da escolha dos conflitantes, irá o arbitro conduzir as etapas da arbitragem e tomar a decisão que julgar “mais adequada”.

Como um segundo ponto, se traz como referência a questão da tecnicidade. A arbitragem é considerada a justiça dos técnicos: podem os envolvidos escolher uma pessoa altamente técnica no assunto para decidir.

¹⁴⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!* op. cit. p. 174.

A arbitragem só pode ser usada em disputas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Ressalta-se a necessidade da plena capacidade dos envolvidos no conflito, devendo os mesmos estarem aptos a contratar¹⁴⁶.

O árbitro tem o poder de disciplinar o procedimento no caso de não existir convenção dos envolvidos naquela situação, característica que auxilia na questão da celeridade do tratamento conflituoso. Aos envolvidos é prevista a estipulação de prazo para que a sentença arbitral seja proferida.

Ocorrendo o descumprimento do disposto na sentença arbitral, ao envolvido no conflito prejudicado pela ação ou omissão do outro cabe recorrer ao poder judiciário para ter seu direito garantido. A necessidade de provocação do judiciário para verificar a execução da sentença arbitral ocorre porque o árbitro possui poder de conhecer a demanda (*cognitio*), de dizer o direito (*iurisdictio*), próprios dos magistrados, mas não possui o poder de impor o cumprimento das decisões coercitivamente (*executio e coertio*), ainda poderes dos juízes estatais.

A arbitragem pode ser dividida entre arbitragem de direito público e arbitragem de direito privado. “Se de direito público, significa que a mesma se dá entre estados; se de direito privado, os envolvidos são particulares; assinale-se que pode ocorrer o tipo misto, no qual a arbitragem acontece entre um estado e um particular”¹⁴⁷.

Há também a distinção entre arbitragem *ad hoc* e *arbitragem institucionalizada*. Na arbitragem *ad hoc* (para o caso especial), a informalidade é maior, pois compete aos conflitantes definirem o desenvolvimento da arbitragem, a escolha do árbitro, enfim, optam pela organização e administração de todo o procedimento arbitral. Já na *arbitragem institucionalizada* os envolvidos escolhem uma instituição especializada, aderindo aos regulamentos dessa instituição. No elencado caso, há a opção dos conflitantes em arcar com os custos do procedimento previstos pela gestão da instituição.

Por fim, há que se fazer diferenciação ainda entre a arbitragem equitativa e a arbitragem de direito. Na equitativa, os árbitros podem decidir o litígio segundo o

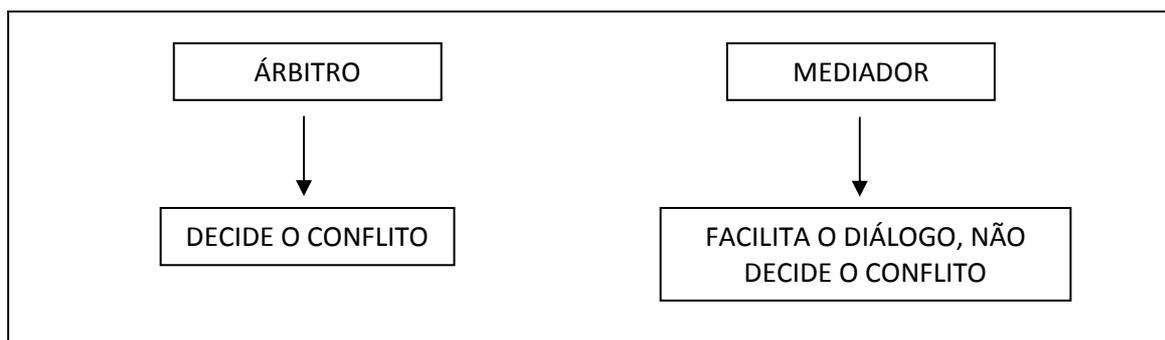
¹⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 55.

¹⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição! op. cit.* p. 180.

sentido comum, não possuindo a necessidade de restrição à aplicação da legislação. Na arbitragem de direito, os árbitros decidem de acordo com os princípios estritamente jurídicos.

Independentemente de qual forma de arbitragem se utilize, deve se ter claro que o “árbitro é o juiz de fato e de direito”¹⁴⁸, complementando que a decisão arbitral não é sujeita à homologação judicial¹⁴⁹. O cumprimento da sentença, contudo, é obrigatório.

Diante do conhecimento da arbitragem como técnica alternativa para o tratamento dos conflitos, necessária se faz a análise da sua correlação com a prática da mediação. A grande distinção entre os dois institutos é a posição do “terceiro” no conflito. Enquanto que na arbitragem o terceiro (árbitro) é escolhido pelos envolvidos e decide o conflito, na mediação o terceiro (mediador) auxilia os envolvidos a tomarem as decisões que melhor se adaptem ao tratamento do conflito.



Fonte: SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 44.

A autocomposição, dessa forma, não fica configurada no instituto da arbitragem, pois existe um terceiro alheio ao conflito que o decide. O tratamento, por sua vez, do conflito, também não ocorre de maneira tão profunda como na mediação, posto que não há a exposição de sentimentos e tomadas das decisões pelos protagonistas do conflito.

Por sua vez, a técnica da conciliação não apresenta a assertiva do árbitro ser o responsável pela tomada de decisão, tal qual ocorre na arbitragem. Na conciliação, ao exemplo da mediação, são os conflitantes que decidem quais caminhos serão seguidos no intuito de resolver o conflito.

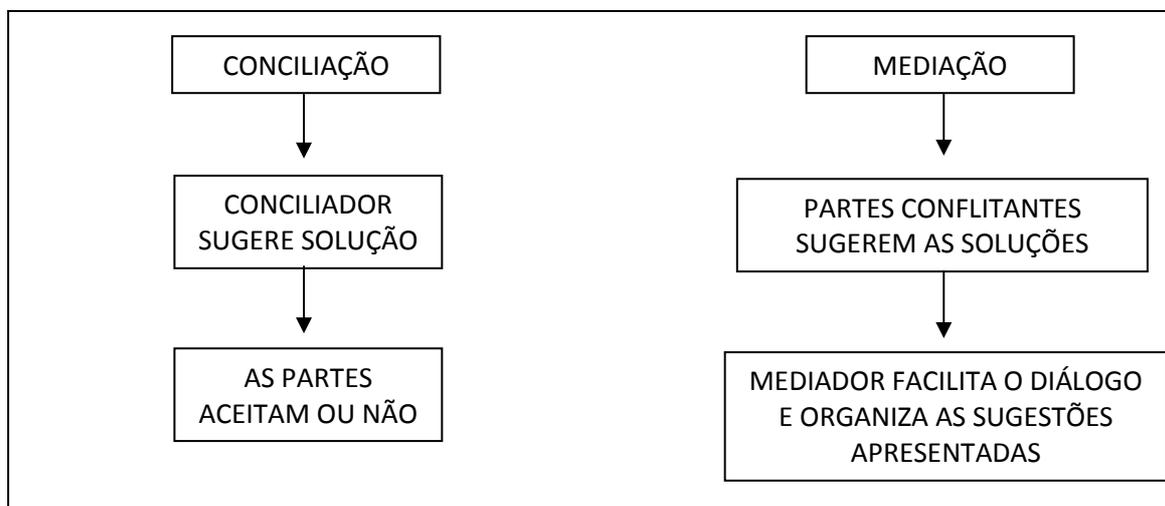
¹⁴⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. op. cit.* p. 309.

¹⁴⁹ A homologação judicial de sentença arbitral no Brasil ocorre apenas nos casos destas sentenças arbitrais serem estrangeiras, seguindo o mesmo rito das demais homologações de sentenças estrangeiras. Assim, apesar da lei nº 9.307/96 no artigo 35 estipular a competência do Supremo Tribunal Federal, a competência passou a ser do Superior Tribunal de Justiça em função da Emenda Constitucional nº 45.

A conciliação é uma forma de tratamento de conflitos dentro do procedimento judiciário e fora dele. Conforme disposto nos artigos 125, IV e 447 e seguintes do Código de Processo Civil¹⁵⁰, há a necessidade de proposta de conciliação em todas as demandas judiciais. Com base na lei 9.958/00, surge a figura do conciliador privado, eleito por trabalhadores de empresas para composição de comissões intersindicais de conciliação.

Na conciliação, as pessoas buscam o tratamento do conflito com o auxílio de um terceiro, que recebe o nome de conciliador. A imparcialidade é um requisito deste conciliador, que busca aproximar os envolvidos, controlar as negociações, sugerir e formular propostas e apontar vantagens e desvantagens de cada acordo que pode ser formulado.

A grande distinção da mediação e da conciliação é que, nesta última, o conciliador tem poder de sugerir um acordo. Assim, enquanto que na mediação o terceiro não interfere na formulação do acordo, na conciliação o conciliador deve intervir na discussão entre os conflitantes, propondo soluções.



Fonte: SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. op. cit. p. 39.

¹⁵⁰ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

Com esta argumentação, o conteúdo de cada instituto, mediação ou conciliação, cria a grande diferença entre eles. Na conciliação, o objetivo é o acordo: mesmo os envolvidos permanecendo adversários, devem chegar a um acordo ou com o intuito de por fim em uma demanda judicial ou de não levar o conflito para a esfera judicial. Na mediação, se muda o foco de visão: os atores do conflito deixam de ser adversários para chegarem ao processo de alteridade¹⁵¹, e com ele compreenderem o conflito, tratando-o na “raiz” do problema.

O diálogo na conciliação tende a ser mais superficial do que o diálogo na mediação. O conciliador aponta soluções para o conflito com base na versão apresentada por cada um dos envolvidos, cabendo aos conflitantes aceitarem ou não o acordo. A formulação do acordo é realizada pelo conciliador. Na mediação, a formulação é feita pelos próprios protagonistas do conflito. Ora, o diálogo é mais aprofundado quando os próprios envolvidos verificam o que de fato aconteceu, com todas as nuances da complexidade das relações e tomam as suas próprias decisões. Quando tal fato é realizado pelo conciliador, não se analisa toda a profundidade do conflito, pois o terceiro personagem não o vivenciou, não há sentimentos envolvidos.

Da mesma forma, na conciliação os conflitantes consensualmente aceitam o acordo formulado por um terceiro que interfere no conflito. A conciliação pode ser dividida em quatro etapas: abertura; esclarecimento; criação de opção e acordo¹⁵².

Na abertura, são realizados os esclarecimentos sobre o procedimento e as implicações legais do acordo.

Durante os esclarecimentos, os envolvidos elucidam sobre suas ações e omissões, atitudes e iniciativas que fizeram com que o conflito surgisse, período que é

¹⁵¹ No processo de mediação os envolvidos no conflito são auxiliados pelo mediador a se colocar no lugar do outro, a verificar o que sentiriam e como agiriam se estivesse na outra posição. Este “se colocar no lugar do outro” não permite falta de privacidade ou de respeito, pelo contrário, ao se ver em situação diferente, o conflitante deve experimentar o sentimento. Toda esta empatia criada a partir da mediação denota respeito com o outro, a verificação de que cada um ser é único e deve ser respeitado com base na sua personalidade pessoalíssima. Neste sentido: “A mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor. É radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação sequer nos mínimos gestos. As pessoas estão tão impregnadas do espírito e da lógica da dominação que terminam, até sem saber, sendo absolutamente invasoras do espaço alheio.” (SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 308.)

¹⁵² SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. op. cit. p. 39.

essencial, pois em sua base se poderá iniciar a formulação do acordo. O conciliador deve, a partir da escuta ativa dos conflitantes, identificar pontos convergentes e divergentes do conflito. Compete ao conciliador ainda a realização de perguntas para clarear os fatos e as relações causais entre as versões apresentadas.

A criação de opções é o momento no qual o conciliador apresenta aos conflitantes alternativas para o caso. O objetivo é atingir um consenso entre os envolvidos no conflito, com a finalidade de realizar o tratamento do mesmo.

Por fim, há a etapa do acordo. Momento crucial é o de elaborar/redigir o acordo, com base na melhor opção dentre as debatidas na fase anterior, sendo os conflitantes chamados a ler e assinar.

Segundo Lilia Sales, os conflitos mais adequados a serem submetidos à conciliação são os que não envolvem questões emocionais. Os esporádicos, menos complexos, que não apresentam entrelaçamento profundo emocional. Também fazem parte dessa apreciação. Isso é mais aconselhável, posto que o conciliador apresenta participação efetiva no mérito do conflito, interferindo e fazendo com que o tratamento do conflito ocorra de maneira mais superficial.

Como uma terceira opção nos meios alternativos de tratamento de conflitos, pode-se citar a negociação.

Na negociação, nem sempre é apresentada a figura do terceiro. Nesse meio alternativo para tratamento de controvérsias, há a possibilidade dos próprios conflitantes ajustarem as “arestas” e decidirem o melhor para todos.

A negociação é comum no dia-a-dia das pessoas, isso porque pode ir desde uma simples negociação para decidir o melhor lugar para a realização de uma reunião até mesmo o debate em torno de cláusulas contratuais de alto nível de complexidade.

A negociação, antes de ser um fato jurídico, é um acontecimento natural: acontece a qualquer tempo e lugar. Na negociação os envolvidos no conflito alcançam o tratamento do conflito através da autocomposição. A negociação pode ser formal ou informal. É informal quando as pessoas conversam e chegam à solução do problema sem a necessidade de assinatura de qualquer documento. A negociação formal é aquela

que apresenta um documento escrito hábil a comprovar o resultado da negociação realizada.

A negociação não se confunde com a mediação. Normalmente, a negociação precede a mediação ou a conciliação: é na negociação que os envolvidos possuem uma primeira aproximação que leva à possibilidade da realização da mediação.

Segundo Fabiana Marion Spengler, a negociação pode ser dividida em três formas: negociação direta, negociação com intermediários e negociação com representantes.

A negociação direta é a mais comum de ser observada no cotidiano. Os envolvidos mantêm aberta a comunicação e administram os conflitos de maneira autônoma e informal. A negociação com intermediários ocorre com o auxílio de um negociador. Esta possibilidade é considerada mais complexa, utilizada quando os conflitantes não possuem condições de manutenção de diálogo. Por fim, tem-se a negociação com representantes¹⁵³. Nesse caso, cada envolvido no conflito nomeia um representante para falar em seu lugar. Como terceira forma de negociação, é a mais complexa, pois não nenhum dos envolvidos diretamente expressa suas opiniões, e, simplesmente, “dois estranhos ao conflito” é que atuam.

¹⁵³ Ao explicar o processo de representação e a similaridade desta com o conflito jurisdicional, Fabiana Marion Spengler assevera: “A representação nada mais é do que a delegação do poder para promover a negociação. Consiste no ato de transferir a terceiros o poder de atuar em prol dos interesses envolvidos no conflito. Nela, a parte perde o controle das decisões porque a negociação como representante também é um processo dinâmico e criativo. No seu desenrolar surgem muitos fatores não previstos. A dificuldade da representação se resume no fato de que, por mais poder que seja delegado, este será sempre limitado.” (SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. op. cit. p. 305.*)

4 O ENFOQUE DE LUIS ALBERTO WARAT PARA UMA MUDANÇA PARADIGMÁTICA: O PAPEL DO MEDIADOR E DOS ATORES DO CONFLITO

A mediação, ao propiciar a “jurisconstrução”, muda o paradigma do tratamento dos conflitos. A utilização da via judicial passa a ser em caráter subsidiário; limitando-se aos conflitos que podem ou não conseguem ser resolvidos pelas vias consensuais. Deixa-se assim de utilizar o sistema processual, marcado pelo extremo individualismo, capacitado para administrar apenas uma parcela dos conflitos sociais. A mudança de paradigma propicia com que o conflito deixe de ser resolvido para ser tratado.

Muito embora a mediação, juntamente com os demais meios alternativos de tratamento de conflitos, seja vista com “bons olhos” por grande parte de juristas, há que se admitir que tem sofrido árduas críticas. Segundo José Luis Bolzan de Moraes¹⁵⁴ quatro são as principais críticas enfrentadas pelos mecanismos alternativos: desequilíbrio de poder entre as partes; problema da representação; falta de fundamento para a atuação judicial posterior; a insegurança gerada por não ser um procedimento ritualizado; e, o fato da justiça ter que prevalecer antes da paz.

Por “comum desequilíbrio de poder entre as partes”, destaca-se o fato de que grande parte dos conflitos ocorre entre pessoas de posições econômicas diferentes, o que poderia influenciar no tratamento do conflito. Assevera-se que a pessoa com menor poderio econômico possa se sentir “acuada” e acabar sendo influenciada a assinar um acordo que não concorda.

A crítica que fala sobre “o problema da representação” assegura que nem sempre o acordo firmado poderia ser o melhor para os interesses dos conflitantes. Isso porque, muito embora o fundamento dos meios alternativos seja que os atores do conflito estejam presentes de *per si* no momento do tratamento, grupos econômicos acabam por delegar esta função a terceiros (advogados) que negociam o acordo que lhes parece mais conveniente. Ocorre que nem sempre a aparência é confirmada na prática.

¹⁵⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis & SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* op. cit. p. 108.

O terceiro ponto elencado pela crítica faz relação com a “falta de fundamento para a atuação judicial posterior”. De acordo com a crítica, pelos envolvidos no conflito aceitarem o acordo como um substituto da sentença, quando os mesmos solicitam uma revisão judicial, o juiz se encontra limitado aos termos do acordo firmado entre os envolvidos. Não há a possibilidade de modificação por parte do juiz, evitando assim a revisão do acordo.

Por fim, apresenta-se a crítica sobre o fato que “a justiça deve prevalecer antes que a paz social”. Neste sentido, a crítica afirma que ao considerar o acordo firmado equivalente a uma sentença judicial, se estaria privando “os tribunais de emitirem interpretações acerca de textos legais e a sociedade de ter a seu alcance autênticos critérios de justiça”¹⁵⁵.

Estas críticas não devem prosperar. A mediação muda a forma de pensar, as críticas tecidas ainda se embasam na antiga maneira de ver os conflitos. Não há o entendimento de que a resolução, como quer o modelo litigioso, não responde à necessidade social. O conflito deve ser tratado e visto como oportunidade de crescimento da sociedade.

A revisão dos métodos de composição de conflitos é alvo de manifestações públicas. Ao buscar o consenso, a “jurisconstrução” não cria desequilíbrio entre os envolvidos. Pelo contrário, o tratamento que deve ser dado no “palco” mediatório é no sentido de bem estar de todos os atores, independentemente do poderio econômico. O acordo, formulado a partir do consenso, não trará a necessidade de revisão judicial, pois a formulação se baseará na ética da outridade.

A mudança paradigmática proposta pela “jurisconstrução”, que foca o conflito visto pela lente do conflitante, se perfaz em uma resposta célere e efetiva para os conflitos.

Neste sentido, está estruturado o presente capítulo, que terá como referência teórico a doutrina de Luis Alberto Warat. Dos ensinamentos deste célere jurista se referenciará a mediação dos excluídos, uma forma de escuta aos grupos marginalizados

¹⁵⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis & SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* op. cit. p. 108.

pelos processos financeiros e de globalização. Neste quesito o mediador deve aprender a ajudar ao mesmo tempo em que promove a inclusão.

4.1 A mediação dos excluídos, dos esquecidos e dos oprimidos

A exclusão, em qualquer das situações, mesmo a social, é uma forma de dominação. Quando se exclui uma pessoa ou um grupo, passa-se a decidir por eles. A melhor forma de dominar o outro é excluí-lo de sua autonomia, imprimindo-lhe crenças e forçando-o a ter fé nelas. Ao controlar as crenças dos indivíduos, controlam-se também os atos destes seres.

A globalização¹⁵⁶ pode ser considerada uma das causas do “homem sem vínculos”¹⁵⁷. Este é o homem mundializado, que, ao mesmo tempo em que pertence a todos os lugares, não se encontra em local algum. A identidade deste homem é subjugada: há a pretensão de esmagar os vínculos, as identidades e ir além da exclusão social introduzindo a perda de referências da própria identidade.

Perder a referência de identidade é deixar-se subjugar; é aceitar a dominação e permitir ser colocado à margem da sociedade, no mundo dos excluídos e dos renegados.

A mediação se coloca como uma porta de retorno a este grupo¹⁵⁸ marginalizado. A inclusão permite encontrar maneiras diferentes das usualmente aceitas (projetos de lei, ações civis, protestos pacíficos, entre outros) de reintroduzir as pessoas nos meios produtivos e compensatórios. Ao se propor a utilização da mediação para solucionar os conflitos, pensa-se em resistência. Resistir significa permanecer cidadão, continuar a ter voz ativa, independentemente de se ter ou não crédito.

¹⁵⁶ Globalizar segundo Luis Alberto Warat é: “converter o mundo inteiro em um único mercado que deveria terminar funcionando como uma grande loja de departamentos” (WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! op. cit.* p. 20.)

¹⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! op. cit.* p. 18.

¹⁵⁸ Ao se utilizar a expressão “grupo marginalizado”, “grupo dos excluídos”, “grupo dos esquecidos” ou “grupo dos oprimidos” se está fazendo menção à grande parte da população, que não possui “voz ativa” para decidir os caminhos da sua própria comunidade/sociedade/país. De acordo com Luis Alberto Warat o que importa na atualidade é o sujeito de crédito, isso porque a quarta guerra mundial é uma guerra financeira, uma luta entre grandes corporações. (WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! op. cit.* p. 17-18) Sendo assim, aqueles que não possuem crédito em nível que desperte o interesse dos grandes grupos financeiros serão colocados na margem das propostas políticas e sociais. Ocorre que se encontram nesta condição a maior parte da população mundial.

Luis Alberto Warat explicita a relação da inclusão e da resistência com a mediação: “a resistência pode começar a ser exitosa quando as pessoas começarem a tomar conta de seus próprios conflitos e de seus próprios desejos”¹⁵⁹.

A mediação dos excluídos é uma intermediação de resistência cultural, da cultura da paz, da alteridade, do amor. Ao colocar o foco de atenção no ator do conflito e permitir que este administre o conflito causado por ele mesmo, se possibilita a construção do sentimento de “pertença”.

Sentir-se parte de um grupo faz com que o indivíduo aumente a sua auto-estima e tenha uma melhor qualidade de vida. A partir do momento em que cada ser humano assume o controle das causas de seus atos, tem-se uma “prática cultural antropofágica”¹⁶⁰.

A cultura acima referida não é estática, mas, sim, dinâmica. A cultura antropofágica se “alimenta” das mudanças culturais simples do dia-a-dia. Ao estar sempre se reinventando, torna-se usual e atual. Há, assim, a cultura do pluralismo de resistência, resistir à atuação do sujeito de crédito, para se ter o “sujeito sujeito”¹⁶¹.

A dominação e a exclusão já são realidade, entretanto resta ainda uma esperança. A resistência deve-se basear na moralidade, na construção da ética da outridade:

Os excluídos, evidentemente não têm um potencial que permita enfrentar-se as armas dos dominadores, armas dos que detêm o poder repressivo. Porém, existe uma força moral que os outros, os dominadores, não possuem. As armas vão à conquista do que os outros têm, as forças morais são de resistência, defensiva para evitar ser espoliados explorados. (...) Quando os excluídos descobrem como podem unir-se para realizar seus próprios fins poderão enfrentar de forma ativa e eficiente o poder que os tornou excluídos. Neste ponto a mediação pode ajudar.¹⁶²

A riqueza dos excluídos é a própria vida, que necessita ser ampliada através da multiplicação do espírito cooperativo. O conflito transforma, faz com que a sociedade

¹⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* op. cit. p. 25.

¹⁶⁰ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* op. cit. p. 24.

¹⁶¹ Expressão utilizada para destacar a desnecessidade de classificar o sujeito. Neste sentido se faz conotação com a expressão “sujeito de crédito” utilizado por Luis Alberto Warat para designar o sujeito que pode atuar tranquilamente na sociedade, sendo por este autor rechaçada a necessidade desta dicotomia. O que deve ser valorado é o ser humano, seja ele da maneira que for. Não se pode condicionar, prejudicar e predeterminar, deve sim analisar cada contexto como de fato ele é: único. Cada ser humano deve ter o direito de expor seus sentimentos e sua visão de mundo, seus valores submersos dentro da atitude que levou ao conflito, mantendo assim a verdadeira condição de cidadão.

¹⁶² WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* op. cit. p. 33-34.

seja dinâmica, e, ao mesmo tempo em que desagrega, ele também une. Une os conflitantes em torno de um desejo em comum.

A união dos conflitantes se dá no momento em que são obrigados a conviver e discutir sobre o conflito. O momento conflitivo é um estado em comum entre os opositores. Ocorrendo o procedimento da mediação, cabe ao mediador explicitar esta questão e “ajudar as pessoas a redescobrir a comunidade, a reencontrar-se com a paixão de estar-em-comum”¹⁶³.

Os esquecidos devem fazer valer o conceito de grupo¹⁶⁴. O coletivo sobrevém ao individual. A sociedade é como uma máquina: de nada vale uma única peça se ela não estiver inserida no todo; entretanto, o equipamento não funciona se uma das peças não estiver inserida corretamente.

Toda essa argumentação inicial sobre exclusão e inclusão se faz necessária para atingir o senso de grupalidade, reafirmado e exaltado nos procedimentos de mediação, e que se apresenta-se como forma de sobressair-se à dominação e ao poder. É possível resistir ao poder; a vida é capaz desta resistência que Luis Alberto Warat conceitua como biopolítica¹⁶⁵.

Seguindo nessa linha, pode-se acrescentar o termo ecopolítica¹⁶⁶ como sendo uma preocupação de se possibilitar uma melhor qualidade de vida para os cidadãos. “A mediação seria uma resposta ecopolítica de resistência às formas jurídico-institucionais do poder.”¹⁶⁷

¹⁶³ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* op. cit. p. 39.

¹⁶⁴ “Hoje se reconhece amplamente que um grupo é mais que a soma de seus membros ou, mais exatamente, é diferente dela. Tem estrutura própria, objetivos próprios e relações próprias com outros grupos. A essência de um grupo não é a semelhança ou a diferença entre seus membros, mas a sua interdependência. Pode-se caracterizar um grupo como um “todo dinâmico”; isto significa que uma mudança no estado de qualquer subparte modifica o estado de todas as outras subpartes.” (LEWIN, Kurt. *Problemas de Dinâmica de Grupo*. São Paulo: Cultrix, 1948, p. 100.)

¹⁶⁵ Os termos biopolítica e biopoder são expressões cunhadas por Michel Foucault, a quem Luis Alberto Warat referencia ampliando algumas utilizações. Luis Alberto Warat de maneira simples e direta conceitua biopolítico como sendo “as diferentes formas de entrecruzamento do poder e da vida”, e biopoder como “a decisão do poder de se inscrever na vida”. (WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* op. cit. p. 40.)

¹⁶⁶ No entendimento de Luis Alberto Warat ecopolítica é uma preocupação ecológica com a vida. (WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* op. cit. p. 42).

¹⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* op. cit. p. 42.

Necessária se faz a mudança de paradigma no âmbito jurisdicional, tendo em vista que os direitos humanos, considerados enquanto biopolítica, estão sendo violados a todo o momento, ao querer se justificar o monopólio da violência por parte do Estado.

“Pode um juiz, ou os administradores de justiça decidir qualquer aspecto conflitivo da vida dos homens?”¹⁶⁸ A resposta positiva levaria, inevitavelmente, ao reducionismo dos Direitos Humanos.

Nesse compasso, a busca pelo consenso enquanto construção coerente dos conflitantes, se apresenta como alternativa viável para a inclusão. Ora, quando alguém é chamado a decidir sobre seu destino, a reestabelecer um elo de confiança com o seu próprio conflitante, está se praticando um sentimento de inclusão.

A mediação dos excluídos se perfaz na construção de um novo espaço pedagógico, que se inicia na conflituosidade humana. O ator do conflito, ao se ver encorajado a expressar seu sentimento, passa a analisá-lo. Esta análise propicia a expansão dos pensamentos dos excluídos, podendo verificar que outro mundo é possível. A atitude, então, passa a ser o repasse desta informação, a ajuda para que outras pessoas também atravessem a fronteira limitadora do pensamento: deve-se ir na profundidade.

O ensino da mediação permite que os excluídos recuperem a memória e reacendam a esperança pela vida. A sensibilidade e a empatia devem permear o tratamento do conflito; é justamente a insensibilidade dos operadores do direito que determina a força do processo de mediação.

Quando os excluídos se sentem acolhidos na sociedade e passam a ter voz ativa na tomada de decisão sobre um conflito, eles cruzam as barreiras da sensibilidade. Cada um dos oprimidos conhece o sofrimento de estar à margem do processo social, e por este fato, quando a eles é fornecida oportunidade de opinar, ocorre o imediato relacionamento sensível com os outros e com o mundo.

Ao passo de que os juristas possuem dificuldade/incapacidade de escutar os sentimentos das pessoas¹⁶⁹, os excluídos “sentem estes sentimentos”. A outridade acontece imediatamente.

¹⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* op. cit. p. 45.

“Uma decisão é justa se melhora a vitalidade de um vínculo, não tendo relação com a presunção da vinculação de uma decisão a uma narrativa legal.”¹⁷⁰ A mediação, como meio de desconflitar a sociedade, ao permitir que os atores do conflito expressem seus sentimentos e opiniões, trata da pendência e propicia uma nova oportunidade de construir os vínculos perdidos com o conflito. Ao mediador, compete a tarefa de auxiliar, mas deve estar mediado com seu sentimento, inicialmente, para que possa desempenhar satisfatoriamente o seu papel.

4.2 Mediar e estar mediado: o “ofício do mediador”¹⁷¹

O mediador é a pessoa escolhida ou aceita pelos envolvidos no conflito para facilitar o diálogo pacífico visando à construção de um acordo satisfatório. Compete a esse a condução da mediação, mas isso não o torna um “ser superior”, pelo contrário, um bom mediador é aquele que consegue passar para os envolvidos a atuação principal, servindo apenas de coadjuvante/auxiliar em todo o procedimento.

Além disso, aquele que se propõe a realizar a mediação., precisa entender a complexidade do conflito em sua integralidade, compreendendo as nuances que o cercam. Afora isso, ter paciência, inteligência, agir de maneira criativa no intuito de ajudar aos conflitantes a mudarem a maneira de encarar a problemática apresentada, entremeada com a facilidade da comunicação verbal e não verbal, ter humildade, imparcialidade e focar no tratamento conflitivo.

Todo o conflito envolve sentimentos, por isso cabe ao mediador auxiliar a que os conflitantes vivam estes sentimentos, sem que, no entanto, sentimentos como a raiva e o ódio dominem a tarefa.

O mediador, ao ter a incumbência de auxiliar os atores do conflito a chegarem à solução, contará também com a capacidade de se aprofundar no conflito para senti-lo; em nenhum momento ele poderá transformar o conflito, mas, simplesmente, auxiliar os atores a sentirem as sensações e a se compreenderem.

¹⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! op. cit.* p. 50.

¹⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! op. cit.* p. 57.

¹⁷¹ Expressão utilizada por Luis Alberto Warat.

“Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação.”¹⁷²

No entendimento de Luis Alberto Warat, o conflito não desaparece, ele se transforma. E essa mudança ocorre em virtude do sentimento que é empregado no conflito. Por isso o mediador deve ter clara a diferença entre a intervenção no conflito e a intervenção no sentimento dos atores. O mediador atua ajudando os atores do conflito a olharem para si mesmos e para os seus sentimentos, deixando o conflito como a consequência natural desses sentimentos.

A mediação deve ir “ao fundo de nossos mal-estares, encontrar a raiz que gera um permanente estado de conflito conosco e com os outros de nosso convívio”¹⁷³. Ou seja, aquele que se deixa ser mediado tem que estar disposto a encontrar as causas do conflito para, em corolário, conseguir se libertar. Ao mediador compete o papel de auxílio nessa busca pelo ponto de equilíbrio interno de cada um dos envolvidos. Assim, tem-se a mediação como possibilidade de encontro “consigo mesmo” e de produzir sensibilidade com o outro.

O ofício do mediador é o de ajudar os atores a celebrarem compromissos baseados nos sentimentos, os acordos para o tratamento do conflito se prevêm como “acordos do coração”¹⁷⁴. O mediador pode e deve ser equiparado a um psicoterapeuta, pois, a partir da sua intervenção, ele ajudará as partes em um reencontro amoroso, atentando-se que o amor é a antítese do ódio, da raiva e do conflito.

Na psicoterapia do reencontro se tenta ajudar as pessoas para que possam amar e construir vínculos a partir de suas identidades. Assim, o amar é apresentado às partes em vínculos conflitivos, como uma viagem interior, como um processo continuamente mutante e como uma arte: a arte de compartilhar.¹⁷⁵

Nesse limiar, Luis Alberto Warat chega à conclusão de que a melhor forma de administrar um conflito é a partir do amor. Para se amar é necessário não apenas se conhecer profundamente, mas também aceitar o outro como diferente com todas as suas qualidades e dificuldades. Como amor e ódio se interrelacionam, o mais odiado é

¹⁷² WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 26

¹⁷³ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. op. cit. p. 26.

¹⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. op. cit. p. 30.

¹⁷⁵ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. op. cit. p. 40.

também o mais amado, aquele com quem se tem conflito é aquele com quem se tem profundas semelhanças.

Por isso, cabe ao mediador ajudar aos envolvidos a entenderem e sentirem que o conflito é transitório, e que com o diálogo podem atingir um novo momento, o momento da concordância.

Um dos pilares fundamentais do mediador é a manutenção da confidencialidade. Em função deste princípio, não pode o mediador discutir com estranhos ao procedimento de mediação os casos apresentados nesta forma de resolução de conflitos.

Com essa premissa, enumera Valéria Warat¹⁷⁶ oito habilidades que o mediador precisa construir: escuta ativa e tranquilizante, propiciando que os envolvidos no conflito percebam que ele entende o problema; passar confiança ao mediados; deixar explícita a sua imparcialidade; demonstrar que os conceitos apresentados por ele aos envolvidos não são absolutos; auxiliar aos envolvidos se colocarem uns nos lugares dos outros, para entender o conflito sob ponto de vista diferenciado e mútuo; ajudar na percepção dos caminhos amigáveis para o tratamento do conflito; colaborar para que os mediados encontrem soluções alternativas, sem indicá-las; e, aceitar que embora a mediação seja realizada com o enfoque dos envolvidos chegarem a um acordo, este não é o único objetivo apresentado pela mediação.

Para atuar na função de mediador, não há a necessidade de nenhum curso técnico ou grau de escolaridade. Basta apresentar imparcialidade e ser apontado pelos conflitantes como a pessoa de confiança para exercer a função.

Entretanto, existem cursos específicos para a formação de mediadores segundo o critério da competência. Expõe Lilia Salles¹⁷⁷ que para a formação do mediador são necessários observar três elementos: a matéria prima, a teoria e a prática, admitindo-se, em primeiro lugar o bom senso.

A matéria prima é o próprio “homem mediador”. O mediador nunca estará cem por cento pronto, ele permanece em constante amadurecimento. A cada nova mediação, a cada nova conversa, a cada nova discussão, o mediador analisa os conflitos do dia-a-

¹⁷⁶ WARAT, Valéria. Mediação e psicopedagogia: um caminho para construir. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 2ª ed. Argentina: Almed, 1999. pp. 122-123.

¹⁷⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. op. cit. p. 48.

dia e busca soluções, o que faz com que o “ser humano mediador” se aprimore: amadureça, aprenda novas formas de tratar controvérsias e, principalmente, passe a conhecer melhor os seres humanos. Esse conhecimento da realidade humana faz com que seja aprimorado o exercício da mediação, pois, quanto mais se conhece da realidade humana, maior é a empatia com as pessoas, e mais fácil se torna a ajuda para formular consensos e acordos. O bom mediador é aquele que percebe que sua formação será permanente, pois o ser humano está em contínuo desenvolvimento.

A teoria é o segundo elemento para a formação do mediador. Compete ao mediador o estudo sobre o que é mediação de conflito, como é realizada, quais são os princípios que a embasam e quais são os objetivos que estão com ela relacionados. A teoria não substitui nenhum dos outros dois elementos, mas ajuda a entendê-los melhor. Nos cursos de capacitação de mediadores, cada vez mais frequentes no Brasil, temas como “o sentido da mediação”, “as etapas do processo de mediação”, “a função do mediador, habilidades e recursos pessoais fundamentais ao mediador”, “a comunicação entre as partes e entre as partes e o mediador”, “a investigação dos problemas”, “a vivência do processo de mediação por meio de: análises de casos concretos/soluções, mediações simuladas, construções de acordo, integração dos conteúdos interdisciplinares da mediação”, “criação de estratégia de trabalho”, “redação do acordo final”, “código de ética”¹⁷⁸ são apresentados de maneira teórica para ajudar a ampliar a visão de conjunto e auxiliar o dia-a-dia do mediador.

Como terceiro elemento para a formação do mediador, é possível verificar a necessidade da prática. A prática é a atividade real e contínua do mediador, revelando a experiência da mediação. Inicialmente, o mediador deve se fortalecer a partir do estudo de casos práticos, devendo se colocar no lugar do mediador que realizou dita mediação, analisar os detalhes do caso, verificar qual a maneira mais apropriada de agir. Diante desse leque de informações, compete ao mediador iniciar a prática propriamente dita. O Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem afirma que a prática na mediação de conflitos deve seguir a linha cronológica do curso de capacitação de mediadores, devendo o futuro mediador realizar um “estágio supervisionado”¹⁷⁹. Nesse

¹⁷⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. op. cit. p. 49.

¹⁷⁹ O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem assevera que o curso de formação de mediadores deve ser composto de dois momentos distintos: o módulo teórico e prático e o estágio supervisionado. No tocante ao estágio supervisionado, assim é exposto: “Este estágio compreende a prática supervisionada de casos reais. Ele é imprescindível e não pode ser substituído pela prática

estágio, três momentos distintos serão cumpridos: inicialmente, ao ser experimentada a posição de observador, passa, depois no futuro, para a posição de co-mediador chegando, por fim, à categoria de mediador. Durante essa etapa do treinamento, se torna necessário que o interessado realize anotações, faça relatórios, apresentando os mesmos para sua supervisão com o fim de ampliar a visão de conjunto e receber “*feedbacks*”. Segundo o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem, este estágio convém ser realizado com casos reais, não podendo ser substituído por simulações, justamente para propiciar que o futuro mediador entre em contato “verdadeiro” com conflitos e sentimentos dos envolvidos.

Imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência são princípios fundamentais que fazem parte da atuação norteadora do mediador. Princípios que se encontram enumerados no código de ética do mediador, elaborado pelo Conselho Nacional de Instituições de Mediação apresentando, num primeiro momento a questão atinente à autonomia da vontade das partes. Como esta autonomia é um dos pilares do procedimento de mediação, o mediador ao realizar o seu encargo centrará sua posição nessa premissa básica. Portanto, ao mediador compete o auxílio para o tratamento do conflito, sendo que a decisão pela continuação deste tratamento é ou não é resolvida pelos envolvidos. Com essa perspectiva, o mediador não deve recriminar caso os conflitantes decidam desistir do procedimento, mas sim auxiliá-los a entender o que estarão perdendo no caso da desistência, deixando assinalado que os conflitantes estabeleçam procedimentos diferenciados do usual, a sempre a última palavra e decisão final a cargo dos protagonistas. Na mediação é competência do mediador é apenas de observar se a equidade esta sendo cumprida e auxiliar na realização do diálogo.

Seguindo o código de ética do mediador, são apresentados os princípios que pautam a conduta do mediador.

simulada. Durante o seu curso, o estagiário, deverá passar por três diferentes posições no exercício da Mediação - Mediador, co-mediador, observador -, apresentado relatório do trabalho realizado/da experiência vivida. 2.1) Carga horária: Esta etapa exige um mínimo de 50 (cinquenta) horas, sabendo as Instituições, que devem procurar alcançar a carga horária ótima de 100 (cem) horas. 2.2) Certificação: Somente serão conferidos certificados de capacitação básica em Mediação, habilitando para atuar como mediador, àqueles que cumprirem suas duas etapas (módulo teórico prático e estágio supervisionado), em conformidade com o que elas exigem. “A prontidão para o exercício da Mediação será definida entre o estagiário e o supervisor, não ficando exclusivamente norteada pelo número de horas exigidas.” (disponível em: http://www.conima.org.br/capacitacao_2/mediacao/estagio.html, acessado em 02/01/2011)

Inicialmente deve-se citar a imparcialidade como condição fundamental, cabendo ao mediador se despir de qualquer tipo de preconceito que possa ter. No momento da mediação, importa a figura do mediado, do sentimento envolvido no conflito e de como se pode auxiliar sem “fazer pelo outro”. Ao procurar entender o conflito, o mediador adentra na individualidade dos envolvidos, buscando sentir o sentimento correlacionado com o conflito; neste momento não pode o mediador permitir que nenhum valor pessoal interfira nesta escuta passiva.

O segundo ponto a ser observado pelo mediador é a credibilidade. “Mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente.”¹⁸⁰

A competência é o terceiro princípio fundamental a ser observado do mediador. O mediador deve ter capacidade para arbitrar a controvérsia. O aceite à determinada mediação pressupõe o conhecimento mínimo das causas geradoras da controvérsia, além de qualificações necessárias para satisfazer a expectativa dos envolvidos.

Como quarto princípio fundamental surge a confidencialidade. Todos os fatos ocorridos dentro do processo de mediação são confidenciais, não podendo, portanto, serem apresentados em outros momentos estranhos ao procedimento. A confidencialidade extrapola a função do mediador, pois não compete aos envolvidos informarem a outros os acontecimentos que ocorreram no interior do procedimento de mediação. O mediador implica entender e passar aos mediados os pontos observados e analisados e assegurar que esses compreenderam a importância da confidencialidade. Caso a mediação não alcance o fim desejado – o consenso e o tratamento do conflito –, ao mediador é vedado servir de testemunha judicial de qualquer um dos atores envolvidos no procedimento de mediação.

A diligência é o quinto e último princípio fundamental apresentado no estatuto elaborado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. “Cuidado e a prudência para a observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais”¹⁸¹

¹⁸⁰ Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, disponível em: http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/principios.html

¹⁸¹ Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, disponível em: http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/principios.html

configuram a diligência que o mediador possuirá ao realizar o procedimento da mediação.

A sequência do código de ética do mediador assevera sobre “o mediador frente à sua nomeação”. Quatro são os enunciados básicos deste tópico: como ponto inicial, deve o mediador aceitar o encargo apenas se tiver convicção e firme propósito de atuar de acordo com os princípios fundamentais da mediação, de se reger pelas normas éticas, e de manter íntegro o processo da mediação. O mediador jamais utilizará a mediação ou o conhecimento adquirido com a mesma em benefício próprio ou de qualquer outra pessoa. “A integridade do processo de mediação depende da conduta do mediador.”¹⁸²

O segundo ponto observado, quanto ao papel do mediador diante de sua nomeação, é o que decorre da necessidade do mediador explicitar qualquer interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade. “Se o mediador sentir raiva, afeto, gratidão, carinho ou outro sentimento pelas partes deverá revelá-los e não poderá realizar a mediação”¹⁸³. Ao mediador consagra conduzir de maneira honesta todo o procedimento, iniciando pelo auto exemplarismo.

Como terceiro ponto, tem-se que, ao ser incumbido de uma mediação, o mediador procura avaliar se é aplicada a mediação no caso concreto. Assim, ao escutar o problema, o mediador terá de avaliar a possibilidade da instalação do procedimento; quando for detectado que no caso não será possível a realização da mediação, tal fato deve ser comunicado imediatamente aos interessados.

Por fim, como quarto ponto a ser observado, acrescenta-se que, ao aceitar a nomeação, o mediador se obriga a seguir os termos convencionados, e que fruto das primeiras decisões dos atores do conflito, cabendo, antes de iniciarem os diálogos, demonstrar e consensar as premissas e as diretrizes básicas a serem seguidas durante todo o procedimento.

A maneira como se porta o mediador frente às partes é o tópico seguinte do código de ética. O mediador é a pessoa de confiança dos envolvidos e deve garantir aos conflitantes a oportunidade de entenderem e avaliarem cada tópico do conflito. Antes de

¹⁸² SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 52.

¹⁸³ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 52.

iniciar a mediação, compete ao mediador deixar claro para os envolvidos qual será o valor dos honorários, custas e formas de pagamento.

Durante todo o procedimento, o mediador se compromete a utilizar de prudência e verificar a veracidade de promessas, a fim de que os compromissos assumidos durante a mediação possam ser cumpridos no decorrer do tempo. No intuito de auxiliar no consenso, existindo a prévia concordância dos demais, é permitido ao mediador dialogar separadamente com qualquer dos envolvidos no conflito. O mediador se assegura, ainda, que os conflitantes tomaram as decisões com informações suficientes que não apresentem distorções, sendo que deve sempre observar o equilíbrio de poder entre os envolvidos.

Ao término do procedimento de mediação, se faz conveniente que o mediador recomende aos envolvidos “uma revisão legal do acordo antes de subscrevê-lo”. De bom tom é o uso de sempre revisar se os envolvidos não decidiram sob coação ou com falta de entendimento.

Outra perspectiva apresentada pelo código de ética é a posição do mediador frente ao procedimento. O mediador é o responsável pela descrição da mediação, bem como definir conjuntamente com os conflitantes os procedimentos especiais que serão seguidos no caso concreto. O esclarecimento da necessidade de sigilo comporta a informados correta aos mediados logo no início da atividade meio.

Se for verificado pelo mediador qualquer impedimento ético ou legal diante do processo de mediação, é dever do mediador interromper a mediação. O sigilo no procedimento, além de um dever pessoal do mediador, também admite por ele ser observado no que tange aos cuidados tomados diante de equipes técnicas e de arquivistas. No decorrer da mediação, se for verificada a necessidade, o mediador indica a participação de especialistas no assunto, com o intuito de esclarecer a todos os envolvidos, bem como para assegurar a equidade do procedimento, tipo uma perícia técnica elementar.

Ao finalizar o procedimento, o mediador fornece aos envolvidos, de maneira escrita, as conclusões alcançadas no processo de mediação, relevando “assegurar a

qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da Mediação”¹⁸⁴.

Finalizando, no código de ética do mediador é asseverado sobre as posturas do mediador frente às instituições ou entidades especializadas, devendo:

Cooperar para a qualidade dos serviços prestados pela instituição ou entidade especializada; Manter os padrões de qualificação de formação, aprimoramento e especialização exigidos pela instituição ou entidade especializada; Acatar as normas institucionais e éticas da profissão; Submeter-se ao Código e ao Conselho de Ética da instituição ou entidade especializada, comunicando qualquer violação às suas normas.¹⁸⁵

O mediador apresenta a obrigação de, sempre, comunicar aos órgãos competentes em caso de violação as premissas gerais da mediação, as atitudes transgressoras, o que permitirá a lisura de futuros procedimentos, bem como do próprio instituto da mediação.

Outro ponto a ser destacado no procedimento da mediação é a maneira como se dará a comunicação por parte do mediador. Muito embora a mediação descrita no parágrafo acima diga respeito à comunicação verbal ou escrita entre mediador e instituição à qual se encontra vinculada, ao mediador compete analisar o seu próprio processo de comunicação. Como ocorre essa transmissão de mensagem: de maneira verbal ou não verbal? O corpo é capaz de expressar os sentimentos e a partir daí comunicar-se ou se faz necessária a fala? O mediador comunica-se ou comunga-se?

Segundo Luis Alberto Warat¹⁸⁶, a ênfase dada pelas escolas de mediação à comunicação é absurda. Isso porque, ao passo que a comunicação representa o encontro, em palavras, de dois egos, a comunhão significa que os corações se encontram sem palavras. Para Luis Alberto Warat, ao mediador influi ser capaz de realizar a comunhão, pois é no silêncio que se descobre o valor de ser simples, sendo este o grande desafio do mediador. Ao mediar, o homem não pode ser refém de si mesmo, não pode querer dominar os acontecimentos. Cada mediação é única, pois os conflitos, as circunstâncias e as pessoas são singulares e diferenciadas.

¹⁸⁴ Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, disponível em: http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/processo.html.

¹⁸⁵ Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, disponível em: http://www.conima.org.br/etica_2/mediadores/instituicao.html

¹⁸⁶ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 36.

O ego é “ávido por grandeza”, ao entender o valor da simplicidade, o mediador é capaz de atingir a “sabedoria que provém do esvaziamento do ego”¹⁸⁷ e com isso atuar de maneira sensata.

O mediador não pode deixar-se dominar pela ansiedade. O ser ansioso é o ser egoísta, pois tenta inutilmente dominar os acontecimentos. O domínio é a noção que nos permite ascender a um vínculo com o mistério da existência, ajudando-nos a entender que o segredo está em deixar que a natureza siga o seu próprio curso, sem interferir”¹⁸⁸, o mediador também deve auxiliar sem interferência, sem buscar a solução. A solução para o conflito não existe de fato, o que existe de concreto e duradouro é o tratamento para este conflito. O tratamento e as resoluções só serão verdadeiros se efetuados pelo trabalho dos próprios envolvidos.

Esse trabalho nada mais é do que a experiência, e esta se impõe como incomunicável. A vivência do acontecimento não pode ser na totalidade traduzida em palavras, ela é silenciosa, assim como o sentimento. Por isso, o mediador deve possuir habilidades de comunicação, mas o que se torna essencial é adentrar na comunhão: na possibilidade de interação direta dos sentimentos envolvidos no conflito.

Uma mediação que não possibilite que os envolvidos intuem e pressintam os sentimentos, que os trabalhem, que os entendam e que os comunguem, não é uma verdadeira mediação.

Para mediar é preciso ajudar os mediados a percorrem caminhos tortuosos, mas que os conduzam à sensibilidade. Sentir é alcançar o que o ser humano tem de mais nobre: a essência. “Quem se importa com teorias, com palavras, com escrituras, quando a coisa real lhe ocorreu por dentro? Quem se importa com explicações, quando existe a experiência?”¹⁸⁹. Auxiliar com que os mediados se encontrem no caminhar da evolução, deixando mágoas para trás, compreendendo o conflito, e entrando em sintonia consigo mesmo, representa o verdadeiro ofício do mediador.

A formação do mediador tende a levá-lo ao estado de mediação. O ser humano mediador deve se tornar a própria “entidade” mediativa, de mediação. Ao personificar a mediação, o responsável pelo procedimento mediatório entende o valor de não resistir,

¹⁸⁷ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 37.

¹⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 37.

¹⁸⁹ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 37.

de não estar em constante luta interna, de não manipular em seu próprio benefício a energia dos demais.

É necessária a pacificação íntima permite com que o mediador exemplifique aos mediados o significado da mediação. Através do exemplarismo, o mediador realiza o papel para o qual está designado: auxiliar aos atores do conflito a se reencontrarem. A mediação é uma terapia do reencontro.

4.3 Os atores do conflito e suas relações: a construção da ética da outridade¹⁹⁰

A mediação, enquanto oportunidade dos atores do conflito se reencontrarem – através do reencontro amoroso – parte da premissa de que amor e desamor estão presentes na vida de todos os seres humanos. Os vínculos afetivos são parte da socialização do indivíduo, vínculos “negativos”¹⁹¹ estabelecem posições conflitivas.

Visando a superação destas posições, os indivíduos, ficando imersos na terapia do reencontro amoroso, realizam uma “viagem interior à procura de si mesmo”¹⁹². O reencontro “consigo mesmo” possibilita a realização da mediação, entendendo que, para formar a outridade, é necessário entendê-la, iniciando-se esse ato pelo autoconhecimento. Nesse sentido:

Na terapia do reencontro, como em todos os outros enfoques terapêuticos, subjaz uma maneira de perceber a natureza humana. Neste caso específico, se parte do suposto de que a conduta e os sentimentos das pessoas dependem, primordialmente, da rede de relações afetivas em que estão imersos. A terapia tentará influenciar sobre essas relações para modificar a pessoa e modificar seus conflitos. Parte-se da idéia de que a pessoa tem uma reserva de recursos não empregados que, através da sensibilidade, a terapia pode trazer à tona.¹⁹³

O objetivo de uma terapia é a promoção do bem estar e a melhora na qualidade de vida. A terapia do reencontro, utilizada em contexto conflitivo, trata da interação

¹⁹⁰ Outridade é um termo cunhado/utilizado por Luis Alberto Warat para designar um espaço “entre um e outro, de realização conjunta da transcendência (ou ecocidadania) e dos direitos transumanos”. (WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 137)

¹⁹¹ É questionável a afirmação de que algum tipo de vínculo possa ser negativo, posto que todas as espécies de vínculos (sejam vínculos baseados em sentimentos prazerosos ou desagradáveis, como a alegria e a tristeza) contribuem para a formação do indivíduo. Utilizou-se a expressão “negativos” para designar os vínculos baseados no desprazer, no desamor, na tristeza, no sofrimento, na decepção, etc.

¹⁹² WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 76.

¹⁹³ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 77.

entre os atores do conflito: tanto ao nível individual quanto ao nível grupal. Busca-se auxiliar para que os envolvidos no conflito se conectem com os seus próprios sentimentos, sem medo de senti-los.

Com a utilização da terapia, os conflitantes passam a conviver com os sentimentos de maneira racionalizada, com equilíbrio emocional. A partir deste equilíbrio, é possível se colocar no lugar do outro conflitante, para que, diante disso, se possa chegar, finalmente, no tratamento do conflito.

Compreender a visão de mundo do outro ator do conflito significa uma dificuldade. Tal fato é verificado em virtude da falta de preocupação com o outro no dia-a-dia. Ora, uma pessoa que não se preocupa com alguém que está ao seu lado em um momento fraternal conseguirá se preocupar em meio a um conflito? Muito provavelmente, não. Por este motivo se torna-se essencial pensar em uma cidadania comprometida com o outro, com os relacionamentos entre pessoas.

Luis Alberto Warat conceitua outridade como “o espaço, entre um e outro, de realização conjunta da transcidadania (ou ecocidadania) e dos direitos humanos; (...) como o espaço construído com o outro para a realização da ética, da autonomia”¹⁹⁴.

A sobrevivência sustentável pressupõe o auto-encontro através do vínculo com o outro¹⁹⁵. Este vínculo é uma relação de responsabilidade. O paradigma atual assevera que ao se interrelacionar, o ser humano cria direitos, deveres e obrigações. O que deve ser observado é que a interrelação cria também responsabilidade com o próximo. É com esse enfoque que os mediadores deveriam iniciar o procedimento da mediação.

O exercício da cidadania é enfoque “inovador” proposto pela mediação. Os atores do conflito, ao exercitarem a compaixão – de vivenciar o sofrimento do outro – fazem tudo para conseguir ajudá-lo a superar o trauma provocado pelo conflito. Realizando esta ajuda, o conflitante também estará se auto-ajudando, pois estará crescendo enquanto ser cosmopolita. Cada um dos atores do conflito deve ajudar o

¹⁹⁴ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. op. cit. p. 137.

¹⁹⁵ Sobrevivência sustentável é um princípio utilizado por Luis Alberto Warat para designar a possibilidade de sobrevivência dos seres no período da transcidadania. Este princípio baseia-se em uma estrutura comunicativa, na qual é possível um encontro consigo mesmo que não passa pela introspecção moderna e pós-moderna. É um “encontro consigo mesmo através do vínculo com o outro, em uma época de entrecruzamentos, entre pretensões universalistas, tempos e encontros fragmentados em realidades multiculturais”.

outro, com isso laços de afeto serão renovados, e o tratamento do conflito se torna viável.

A mediação, com vistas ao tratamento conflitivo das contendas, não se limita a ajudar na formação de um consenso. Para ser tratado, o conflito precisa ser vivenciado a partir da visão do outro. Só assim se tem a realização da empatia.

A solidariedade implica na criação de vínculos concretos com o outro. Luis Alberto Warat afirma que na transmodernidade terminam as possibilidades do Estado Providência atuar, restando a cidadania como seu substituto. No entanto, essa cidadania ativa é exercitada a partir da mediação, que é a forma do exercício da compaixão.

Os atores do conflito devem “captar” o outro, observando-o de maneira ética. Na mediação há a necessidade do vínculo honesto, que só é possível quando todos os envolvidos estão dispostos a serem eles mesmos. A honestidade parte da própria pessoa, e estende-se a visão que esta passa para os outros e a visão que captura dos outros. Olhar e ser visto além do que se deseja passar, além dos “simulacros e das representações” atrai os sentimentos das pessoas.

O envolvido no conflito que adentra no processo de mediação de “corpo aberto”, se encontra, afinal, em um “campo seguro”. Os seus comportamentos artificiais, fabricados para agradar aos demais, são esquecidos. O que importa é a essência de cada ser humano. É a partir desta essência que o sentimento será sentido e compartilhado.

A mediação é um processo de compartilhamento. Cada ator amplia o seu campo de atuação na medida em que permite a interrelação com o outro ator do conflito. Com esta fusão de sentimentos, há a criação de dois vencedores. Cada um dos envolvidos sai mais fortalecido, enquanto indivíduo participante do procedimento mediatório.

Outro ponto a ser explorado acerca das posições do atores do conflito é o que versa sobre o relacionamento interpessoal.

O conflito, visto como dinamismo social, está presente em todas as formas de sociedade, e a razão deste fato reside na perspectiva de que o conflito nasce do ser humano. Do ponto de vista subjetivo, todos os homens são desiguais, embora se diga que todos são iguais perante a lei, estas desigualdades geram desavenças, criando-se, por consequência, os conflitos.

Ao relacionar-se, o ser humano está aberto para o outro. Entretanto, a relação fica sujeita à discordância, neste sentido:

Pode-se dizer que o relacionamento humano implica estar aberto para acolher o outro: escutá-lo, sentir suas dificuldades e fazer mudanças. Entretanto, o relacionamento interpessoal está sujeito a dissonâncias, e a comunicação pode vir contaminada por diversas formas de ruído. Ademais, toda a mudança se depara com resistências e gera conflitos na medida em que o novo é fonte de insegurança ao mesmo tempo em que promove a esperança.¹⁹⁶

O conflito forma-se, também, pelo processo de mudanças. A noção de mudança, segundo Jorge Trindade, pode ser estudada a partir de três perspectivas: psicanalítica, sociológica e “de Kurt Lewin”¹⁹⁷. Os fatores que influenciam as mudanças são variados, podendo ser de ordem pessoal ou de ordem situacional. Os últimos se expressam a partir de mudanças de atitudes grupais.

Compete analisar, em procedimento de mediação, quais são as mudanças relacionadas com o conflito. A exemplificação e o entendimento destas pelos atores do conflito, favorecerá a criação do consenso. Aos atores do conflito comporta, ainda, estar cientes da necessidade de extermínio dos processos de influências. No procedimento de mediação não pode existir a influência, mas o aceite que ela exista e que por vezes é a responsável pelo início do conflito, tem que estar claro para os mediados.

No relacionamento interpessoal, é comum a dualidade entre “ser” e “parecer ser”. Nem sempre o indivíduo expressa o que verdadeiramente é. É comum uma pessoa parecer possuir determinada qualidade, sem a possuir na realidade. Esta mesma

¹⁹⁶ TRINDADE, Jorge, TRINDADE Elise Karan & MOLINARI, Fernanda. *Psicologia judiciária – para a carreira da magistratura*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22.

¹⁹⁷ Assim são explicadas as perspectivas de se analisar o processo de mudança:

“Perspectiva de Kurt Lewin: a mudança é considerada uma linha de continuidade que tende para uma progressão e para a busca de um estado caracterizado por tensões menos fortes. A redução da tensão favorecerá, assim, a mudança. O comportamento e as atitudes individuais seriam lugares privilegiados de mudança, aonde a informação viria a agir sobre as percepções e transformar as atitudes. Nesse sentido, o processo de mudança corresponde a uma aprendizagem, pois uma nova informação se integra à percepção e se transforma em nova atitude.

Perspectiva psicanalítica: está baseada na dinâmica inconsciente do funcionamento social (Princípio do Determinismo do Inconsciente). A mudança seria o resultado de uma luta permanente entre as forças da pulsão de vida (Eros) e da pulsão da morte (Tanatos), que se organiza através da compulsão à repetição e ao mesmo tempo na busca de um estado de equilíbrio ausente de tensão. Nesse aspecto, mudar é não estar submetido ao princípio da compulsão à repetição, mas aceder ao desconhecido e à transformação própria da vida.

Perspectiva sociológica: a evolução e a mudança seriam basicamente transformação observáveis no tempo que se relacionam com a estrutura da sociedade.”

(TRINDADE, Jorge, TRINDADE Elise Karan & MOLINARI, Fernanda. *Psicologia judiciária – para a carreira da magistratura*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22.)

dificuldade apresenta-se no plano da comunicação interpessoal. “As mensagens podem ser ambíguas, possuir duplo sentido, sugerir uma coisa quando, na verdade, pretendem comunicar outra, às vezes bem diferente, senão até o oposto”¹⁹⁸.

O processo de dualidade, tanto no relacionamento quanto na comunicação interpessoal, acaba por prejudicar o procedimento de mediação. Para ser mediado, o cidadão se desveste de todas as suas “imagens” pré-concebidas. Ao participar na mediação, a imagem transparecida deve ser a real, verdadeira. Caso tal fato não seja observado, cabe ao mediador auxiliar os envolvidos a perceberem esta situação e contorná-la.

Uma das maneiras de se tentar encobrir a verdadeira essência acontece através dos mecanismos de defesa do ego, que formas que o próprio subconsciente apresenta para tentar manter um equilíbrio da personalidade. A classificação demonstrada a seguir serve de exemplo de como esses mecanismos podem agir no interior dos indivíduos:

MECANISMO	FUNÇÃO
Negação	Por ser desagradável ou penosa ao ego, a realidade externa é considerada como não existente (negada).
Projeção	Consiste em atribuir aos outros características ou sentimentos não admitidos em si mesmo.
Introjeção	Um objeto externo (sentimento, qualidade, condição, desejo) é simbolicamente internalizado, tomado e assimilado como parte do indivíduo.
Racionalização	Consiste em explicações baseadas na razão para comportamentos que, na realidade, são determinados por motivos desconhecidos.
Intelectualização	Mecanismo que articula uma teorização do afeto, que passa a ser explicado com foco nos aspectos objetivos e não nos emocionais para evitar ansiedade.
Informação reativa	Este mecanismo leva o ego a realizar o oposto do desejo, de modo que uma pulsão proibida é transformada no seu contrário.

¹⁹⁸ TRINDADE, Jorge, et al. *Psicologia judiciária – para a carreira da magistratura. op. cit.* p. 23.

Deslocamento	Processo através do qual sentimentos, afetos ou idéias ligados a uma fonte são redirecionados para outra.
Sublimação	Mecanismo pelo qual a energia psíquica retirada do material reprimido é canalizada para fins socialmente aceitos.
Repressão	Mecanismo de expulsar da consciência desejos, sentimentos, idéias, ou fantasias inconvenientes ao ego.
Regressão	Consiste no retorno a uma fase anterior do desenvolvimento emocional a fim de evitar a dor psíquica, o desprazer ou a frustração.
Identificação	Mecanismo que trata de interiorizar características do objeto para desenvolver a própria personalidade.
Isolamento	Trata-se de uma separação intrapsíquica entre afeto e seu conteúdo, a fim de evitar ou diminuir a ansiedade.
Anulação	Refere-se à realização de um determinado ato com o objetivo de apagar, desfazer ou anular simbolicamente um ato anterior capaz de provocar ameaça ou sofrimento ao ego.
Dissociação	Mecanismo pelo qual a parcela da personalidade geradora de ansiedade é eliminada através da divisão da consciência.
Somatização	Mecanismo pelo qual se faz transferência dos sentimentos dolorosos para o corpo (soma), com prejuízo orgânico.
Conversão	Consiste no deslocamento de um conflito psíquico para o corpo, sem prejuízo orgânico.

Fonte: TRINDADE, Jorge, *et al.* *Psicologia judiciária – para a carreira da magistratura. op. cit.*, p. 24.

Os atores do conflito sempre podem ser auxiliados pelo mediador, e até mesmo pelo outro mediado, a observar quais são os mecanismos de defesa do ego que dificultam a interrelação. A compreensão destes mecanismos faz com que o ator do conflito possa se auto descobrir, podendo, a partir daí, eliminar as barreiras que o impedem de se colocar no lugar do outro.

Algumas técnicas podem ser utilizadas no procedimento da mediação dos conflitos no sentido de aflorar nos mediados o sentimento de pertencimento ao grupo conflitivo. Através do envolvimento, inicialmente, de desamor, o entrelaçamento pode chegar ao amor: com quem se tem desavenças é com quem se tem relações.

Desde o primeiro momento da mediação, algumas medidas necessárias se tomam para que os atores do conflito se sintam à vontade. O atendimento adequado aos conflitantes permite com que os mesmos desdramatizem o próprio conflito. Na primeira oportunidade de comunicação em grupo, o mediador solicita aos envolvidos que se apresentem, apresentando algumas questões (como por exemplo, como os envolvidos preferem ser chamados) no intuito de valorização.

A ordem da fala entre os atores do conflito deve ser delineada pelo desejo dos mesmos. Não se deve obrigar a fala, sempre há que se propiciar que os atores atuem como protagonistas, decidindo as diretrizes da mediação.

Comunicar significa “tornar algo comum a todos”¹⁹⁹. Para que a comunicação seja observada é necessário que ocorra a emissão de uma informação., que poder ser através da emissão tanto ser verbal, como não verbal e até mesmo simbólica.

A comunicação verbal é a utilizada com base na emissão de sinais verbais. Ela pode ser verbal-oral ou verbal-escrita. A verbal-oral refere-se à fala, já a verbal-escrita tem referência nas informações fornecidas por meio de documentos escritos. A comunicação simbólica é aquela em que os indivíduos se comunicam a partir de símbolos, por exemplo, placas de trânsito. Por seu turno, a comunicação não verbal é aquela em que as pessoas utilizam gestos, maneiras de olhar, de se mexer, para expressar e passar a informação.

O mediador investido no ato estará sempre atento a todas as comunicações que os atores do conflito possam manifestar. Às vezes um gesto pode expressar mais sentimento do que uma frase falada ou escrita.

Os envolvidos no conflito aceitam ou não as diferentes formas de comunicação: o intuito é o restabelecimento do vínculo amoroso e o tratamento efetivo do conflito.

Para facilitar a comunicação, o mediador dialoga com os atores, utilizando uma linguagem clara, simples e direta. Deve mostrar quais os recursos os protagonistas podem utilizar para expressar seus sentimentos. Os envolvidos também se apresentam aptos à escuta ativa: saber ouvir e compreender a informação. O mediador passa a exercer o papel de questionador neste ponto, fazendo algumas perguntas retóricas para auxiliar no sentido de que os envolvidos respondam a si mesmos ao que de fato lhes é

¹⁹⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 67.

questionado e se entenderam. As respostas, antes de tudo, visam o estímulo neuronal dos envolvidos; ao responder determinado questionamento, o ator do conflito irá pensar mais profundamente sobre a indagação, e, a partir daí, podem surgir novas idéias/alternativas para o tratamento do conflito.

Para a boa aplicação da escuta ativa, aconselha-se a repetição e reformulação das mensagens recebidas. Ao realizar tal ato, o mediado facilita a empatia, que é “a tentativa de ver a pessoa com os olhos dela”²⁰⁰.

A compreensão da mensagem é condição essencial para boa comunicação, evitando ruídos e distorções. Nesse ponto, ao mediador cabe auxiliar os atores. Ele deve resumir os pontos discutidos ao fim de cada etapa da mediação, verificando com os envolvidos se de fato o relatado por ele foi o entendimento de todos.

O “*feedback*” a ser utilizado pelos atores facilita o entendimento do conflito. Através dessa técnica tem-se a interação, entre os indivíduos, de abrir oportunidade para que cada um retroalimente a versão do outro e aprimore o entendimento dos acontecimentos.

Convém salientar que a escuta ativa está presente também na observação da linguagem não verbal. Algumas mensagens, que os atores do conflito desejam passar, são expressas através de posturas corporais. Assim, se um dos envolvidos, ao senta-se, com as pernas e os braços cruzados, estrala dedos, fica com o punho cerrado, a mensagem depreendida é que ele ainda não está imerso no processo de mediação. Ao contrário, aquele indivíduo que demonstra alegria, que fita o seu interlocutor com atenção, que se apresenta de braços abertos, já se encontra imerso no processo mediatório. Tudo são técnicas de resolução de divergências casuais.

Os atores do conflito, ao se disporem à mediação, estão em busca de uma autocomposição assistida, entendendo que o homem apresenta em seu interior um verdadeiro campo de batalhas. Para que consiga se transmutar no lugar do outro e entendê-lo será necessário, dessa forma, um nível mínimo de auto resolução interior. Do ponto de vista psicológico, o conflito é proveniente do inconsciente: o *id* (desejo) que

²⁰⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 68.

encontra obstáculo no *ego* (consciência), sendo o *superego* (juiz) responsável pela decisão a ser tomada²⁰¹.

Dessa forma, retorna-se aos ensinamentos de Luis Alberto Warat, que entende ser necessário estar mediado para ser mediado. A mediação é um processo de encontro amoroso consigo mesmo. Através da prática da mediação, os atores do conflito conseguem desenvolver a cidadania, pois praticam a escuta ativa, a alteridade e a outridade. Através dessa interação ativa entre os atores é que será possível chegar-se a um consenso do melhor caminho a ser seguido por todos os envolvidos.

4.4 A formação do consenso através da mediação

O consenso não é unanimidade, porquanto consensuar é buscar uma solução pela qual todos saiam satisfeitos, convivendo com as decisões tomadas de forma pacífica. Para que isso seja possível, os envolvidos no conflito terão que experimentar, em especial, o sentimento da solidariedade. No intuito de se atingir o consenso, os conflitantes necessitam se colocar no lugar uns dos outros: para o entendimento da necessidade/angústia alheia, necessária a alteridade.

Falar da alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos. Isso é o duplo olhar no outro; o olhar duplamente direcionado ao outro. É um outro olhar para o outro que nos permita chegar à nossa reserva selvagem (com este conceito aponto todos os componentes

²⁰¹ “O id é a instância pulsional do psiquismo, e seu conteúdo é totalmente inconsciente. Ele é o grande reservatório de impulsos e instintos. É irracional, ilógico e amoral. Consiste no conjunto de reações mais primitivas da personalidade humana, que compreende os esforços para conseguir satisfação biológica imediata, sem avaliar as conseqüências. Tenta impor seus desejos de satisfação imediata e irrestrita e, para conseguir o que deseja, precisa fazer uma negociação com o ego; O ego corresponde ao conjunto de reações que tenta conciliar os esforços e as demandas do id com as exigências da realidade, interna ou externa. Nesse aspecto, faz a mediação dos impulsos do id com o meio ambiente, permitindo ao sujeito olhar-se a si próprio. O ego apresenta uma função adaptativa e está presidido pelo princípio da realidade. O superego é a expressão da interiorização das interdições e exigências da cultura e da moralidade, representada pelos pais. É quase totalmente inconsciente, possuindo uma pequena parte consciente. É nele que se inscreve a lei primária. A lei de todas as leis, que é interna e propícia a cada pessoa valorar o que é bom ou mau, certo ou errado (...). O superego tem uma função essencial, que é a de cuidado e proteção, mostrando ao ego o que é moralmente inaceitável ou perigoso à integridade física.” (TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito. 3. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 61-62.)

amorosos ou afetivos que ignoramos em nós mesmos) e a reserva selvagem do outro, o que o outro emocionalmente ignora de si mesmo. Enfim, é a alteridade, a outridade com possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no mesmo, a diferença com o outro. A outridade afeta os sentimentos, os desejos, o lado inconsciente do conflito, sem que exista a preocupação de fazer justiça ou de ajustar às disposições do direito positivo. Neste sentido, também se fala em outridade ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer do direito, no litígio.²⁰²

Para a realização da mediação, há a necessidade de se entrar no universo do conflito de tal forma que o conflitante se torne o próprio conflito. Ao se colocar no lugar do outro, o mediado afasta-se do foco pessoal para permitir o acoplamento com os sentimentos e angústias alheias. Referido acoplamento faz com que o paradigma da litigiosidade seja alterado, ao buscar o consenso a mediação não se objetiva outra coisa se não uma aproximação entre os atores do conflito.

“A mediação (...) é um processo assistido não adversarial de administração de conflitos.”²⁰³ A mediação é realizada em nome/busca do acordo, mas não é este em si que se torna importante. Nem sempre o acordo será formulado entre os envolvidos do conflito; o que importa é que os atores tenham tido a possibilidade do diálogo, de recomeçar uma relação abalada pelo conflito.

Luis Alberto Warat apresenta a tese da secundariedade do acordo diante da produção da diferença e da alteridade. Entretanto, segundo o autor, há duas correntes de mediadores: de “orientação acordista” e de “tendência transformadora”.

A orientação acordista considera o conflito um problema que deve ser solucionado a partir da elaboração do acordo. Por essa visão, a proposta de mediação “se fundamenta na ideologia e no individualismo possessivo”²⁰⁴. Em outros casos, a mediação deve solucionar o conflito através do aceite e concordância dos mediados, quando o indivíduo foca em si, em sua satisfação pessoal, ocorrendo a formulação do acordo nessas bases.

A vertente dos mediadores com tendência transformadora baseia-se na percepção do conflito enquanto “uma oportunidade para o oferecimento às partes da possibilidade de uma melhora na qualidade de vida, para o encontro consigo mesmo e

²⁰² WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 62.

²⁰³ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 62.

²⁰⁴ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 63.

para a melhora na satisfação dos vínculos”²⁰⁵. Dessa maneira, o acordo e o consenso serão formulados em segundo plano, após o tratamento do conflito. O que importa é a oportunidade vivenciada pelos atores do conflito, uma oportunidade de alteridade.

Muito embora as duas correntes estejam imersas na perspectiva da mediação, a diferenciação ocorre basicamente pelo peso dado a cada item da própria mediação. Como esse instituto permite que os atores decidam por si as soluções e perspectivas para o tratamento do conflito, compete também aos envolvidos a decisão do caminho a ser trilhado: ora convocando mediador da corrente acordista, ora convocando mediador de tendência transformadora.

A “terapia do reencontro” ou “mediação alternativa” são os termos utilizado por Luis Alberto Warat para designar a mediação realizada a partir da corrente transformadora²⁰⁶. Os mediadores, que a utilizam, incorporam a diferença entre os atores como algo natural, devendo ser exacerbado pela cultura da paz e da mediação.

A outridade e alteridade são institutos que permitem aos atores do conflito enxergarem uns nos outros, para que seja possível verificar na prática o que já ocorre na realidade: a diferença é normalidade.

A mediação se assenta no contra-fluxo social e aproveita as diferenças como alicerces para debater um acordo que propiciará mudanças sociais. No contexto social atual, normalmente, a diferença é vista como algo a ser eliminado, a ser excluído.²⁰⁷

²⁰⁵ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 63.

²⁰⁶ A posição de Luis Alberto Warat é no sentido da utilização da corrente transformadora, na qual o acordo não é o “fim em si” da mediação. O acordo, desta forma, é secundário, devendo ser dada preferência para a alteridade. Baseando neste entendimento, a dissertação também se conduz no sentido do foco da mediação estar no processo de mediação em si, sendo o acordo apenas os “termos finais escritos” da mesma. Neste sentido: “Na mediação alternativa, o acordo é secundário ou ritualizado, na medida em que é invocado ao longo de todo o procedimento, com um destaque mais retórico que finalístico. Vejo a mediação alternativa como um procedimento de interpretação psicosemiótico de revisitação dos conflitos. Trata-se de um trabalho simbólico-psicodramatista de base semióticoterapêutica”. (WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador. op. cit.* p. 63).

²⁰⁷ Neste sentido: “Assusta ver como nesta terceira torre mudou a semântica de muitas palavras: o diferente é agora o inimigo; a democracia é a homogeneidade de pontos de vista e a submissão à vontade do poder; a paz é o submetimento sem violência; a guerra uma metodologia educativa; o dogma o modo aniquilar o diferente, o inesperado e os pobres são os carentes. (...) O esforço da torre global (que poderíamos identificar com os aparatos do Estado) é o de homogeneizar tudo e a todos os homens, cobrindo as aparências com as formas abstratas da razão. O grau de êxito social depende das proximidades ou não com os modelos que a torre institui.” (WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! op. cit.* p. 25.)

A mediação dos excluídos, dos diferentes, se completa na forma de resistência. “Acredito que a resistência pode começar a ser exitosa quando as pessoas começarem a tomar conta de seus próprios conflitos, e de seus próprios desejos.”²⁰⁸ Sob esse aspecto e forma, necessário se faz que os atores do conflito “encarem” o papel de protagonistas não só no momento do embate, mas também no momento do tratamento do conflito. Alcançar o acordo que satisfaça às necessidades dos envolvidos no conflito se torna o desafio dos conflitantes e do mediador: esse acordo só será pleno se chegar ao consenso consciente.

O consenso consciente é aquele formado a partir de amplo debate, no qual não há imposição, mas sim respeito e escuta ativa. A participação dos envolvidos no conflito deve ser total, se assim não o for, há a possibilidade de se ter um consenso crivado pela persuasão, que na realidade não é um consenso e, sim, uma decisão impositiva.

De acordo com Lília Sales²⁰⁹, a teoria da construção do consenso estabelece seis pressupostos fundamentais:

Inicialmente, é plausível referendar a questão da representação. Sempre que ocorrer essa possibilidade no atendimento mediatório, importa explicitar para todo o grupo quais são os limites e responsabilidades advindos com a representação.

Em segundo lugar, o diálogo entre os envolvidos só deve ter início quando todos já se identificaram, e quando tanto a missão do grupo quanto a agenda com as diretrizes do trabalho e as regras que irão balizar os debates já tiverem sido estabelecidas.

O terceiro pressuposto é de que todos já tenham informações em nível satisfatório do conflito. Mesmo que ocorram interpretações distintas com relação ao mesmo fato, levarão envolvidos a ter claramente a versão dos fatos principais.

Por quarto pressuposto, tem-se a assertiva de que o grupo deve encontrar soluções que façam com que todo o conjunto se ache melhor.

Em quinto lugar, há o pressuposto da clareza, devendo ficar entendido para todos os envolvidos quais são os termos ajustados no acordo de vontades. Assim se faz prioritário que todos revisem os termos escritos, no intuito de identificarem se estão de acordo. Quando ocorrer de alguém ser representado na mediação, há necessidade de se

²⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio!* *op. cit.*, p. 26.

²⁰⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores.* *op. cit.* p. 19.

repassar para o representado um esboço do acordo, para que o mesmo verifique se o termo expressa a sua satisfação.

O sexto pressuposto é também um desafio a ser seguido pelos envolvidos: o de “pensar na frente”. Há a necessidade de serem verificadas possíveis falhas no acordo, que poderiam propiciar com que as decisões tomadas não fossem cumpridas. Ademais, recomenda-se pensar também em alternativas para os descumprimentos dos acordos e como poderão os envolvidos se desvencilhar de possíveis obstáculos, ao longo do percurso de reconstrução dos laços rompidos pelo conflito.

Como premissas para a teoria da construção do consenso, ainda segundo a mesma autora, há de se verificar cinco questões: o reconhecimento das diferenças, a possibilidade de manter-se em desacordo, o diálogo colaborativo, a metodologia da inclusão, e as posições, interesses e valores.

O reconhecimento e a aceitação das diferenças é o princípio pelo qual o consenso seja formado. As diferenças entre os indivíduos são salutares, normais e sadias. Não há como pretender-se fazer uma equalização de todos os envolvidos no conflito. O consenso não busca a unanimidade, ele busca com a riqueza do debate encontrar uma posição de convergência entre os interesses. Um exemplo que ilustra esta questão é a visualização da seguinte cena: um determinado interlocutor faz a mesma pergunta, sobre um mesmo problema, no mesmo contexto para um advogado, um psicólogo, um assistente social e um pedagogo. As respostas não serão iguais porque as visões de mundo de cada um desses profissionais são diferentes. Entretanto, a junção de todas as respostas pode levar à resolução do problema apresentado, e pode esta resolução ser consenso entre todos os questionados.

Reconhecer as diferenças é concordar com a obviedade de que todos os seres humanos são diferentes em suas particularidades. Aceitar o fato de que cada um possui uma forma de ver determinada situação é condição para realizar a empatia. E mais, é propiciar que a união da visão de mundo de vários crie algo novo, com um novo paradigma.

Outra premissa que deve ser aceita pelos mediados é que existe a possibilidade de manter-se em desacordo. Justamente por aceitar e reconhecer as diferenças é que os

envolvidos devem ter claro que nem sempre conseguirão que todos concordem com um determinado ponto do acordo.

A terceira premissa na construção do consenso é o diálogo colaborativo. Não se pretende no consenso a elaboração de diálogo de competição: almeja-se que todos os envolvidos sejam parte ativa e que cooperem uns com os outros. O papel do envolvidos é o de colaboradores e não de opositores.

No diálogo da cooperação, avulta serem incluídos os interesses e valores de todos os participantes. Ao mediador compete facilitar esta interlocução, visando à diminuição do sentimento adversarial. Acentua-se privilegiar a união para que se possa encontrar interesses em comum, quanto mais forem encontrados entre os participantes, mais facilmente ocorrerá a outridade. A “troca de posições” serve para que cada um tente alcançar a maneira de pensar do outro; pois ao entender o mecanismo de funcionamento do outro, mais facilmente os envolvidos conseguirão superar traumas e chegar a um “denominador comum”.

A inclusão de todos os envolvidos para formação do consenso é a premissa denominada “metodologia da inclusão”. Só é possível incluir se houver a valorização de todos. Nesse ponto, a liderança exercerá um papel fundamental. Como exemplo de anti lideranças para o processo do consenso ressalta o líder que decide pela votação e o líder que decide através do poder de persuasão. Através da votação, se define o “time” vencedor e o vencido. Com a persuasão, ocorre a existência do lado de quem argumenta e do lado de quem aceita a argumentação. No consenso, o líder deve ter filosofia distinta: ajuda com que todos pensem por si mesmos, repartindo o poder e a responsabilidade pelas decisões.

A quinta premissa do consenso apresenta relação com as posições, interesses e valores que permeiam o conflito. Para que se possa administrar de maneira adequada o conflito importa se observar quais são as posições dos conflitantes, quais os interesses motivam aos envolvidos levando-os a agir de determinada maneira e o que esta por trás de tal atitude (qual o valor está relacionado).

A posição é a parte superficial do conflito, representa o desejo da pessoa (o que ela quer). Os interesses são os motivos que levam a atitude (porque se quer). Já os valores são os fundamentos para que se justifique o querer.

Lília Sales²¹⁰ explica as posições, os interesses e os valores envolvidos no conflito realizando um diálogo fictício:

Inicialmente “A” e “B” afirmam que querem uma determinada laranja. Neste momento há o posicionamento (“eu quero esta laranja”) que gera conflito.

“A” afirma querer a laranja porque pretende beber o suco (apresenta o interesse). Então “B” afirma que quer a laranja para fazer um doce com a casca.

Analisando esse caso, o conflito inicial é resolvido no momento em que se investiga o interesse. Cada um pode ficar com o a parte que deseja da laranja, sendo assim, o conflito inicial é solucionado.

Mas se tanto “A” e “B” tivessem a posição de ter a laranja com o interesse de beber o suco? Neste caso o conflito teria persistido, fazendo-se necessário adentrar nos valores envolvidos na demanda.

Seguindo o diálogo, “A” diria “eu quero beber o suco, pois estou gripado e preciso de vitamina C”, nessa afirmação o valor apresentado seria a saúde. Ao passo que “B” poderia afirmar querer o suco porque estava com sede, apresentando assim o valor da necessidade fisiológica. Sob esse prisma, se teria num valor saúde em contraposição ao valor da necessidade fisiológica no outro.

Diante desta conjuntura o consenso, teria que ser debatido: qual o valor para os envolvidos sobrepesa ao outro; ou qual a melhor maneira de solucionar a questão diante das necessidades dos envolvidos? É possível solucionar a sede com outra bebida? É possível se obter vitamina C de outra maneira? Quais das alternativas seria mais lógica e racional para quem vivencia o conflito?

Ao responderem essas questões, as pessoas acabam por verificar quais os valores são mais razoáveis de serem aceitos e quais são possíveis de serem alternados.

Na prática, muitas vezes se observa, segundo a mesma autora, que nem é preciso adentrar na esfera dos questionamentos dos valores. Ao possibilitar que os envolvidos ampliem os horizontes para além das posições tomadas, verificando os reais interesses, é possível observar o fim do conflito. Muitos conflitos são apenas de posições, sendo assim, o conhecimento dos interesses envolvidos já gera opções de soluções.

²¹⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores. op. cit.* p. 23.

Assim, por meio da construção de consenso, pode-se alcançar um bom acordo que contemple as necessidades e os interesses de todos, mas também, em muitos casos, as discussões podem causar efeitos secundários, como a transformação das relações entre as partes, que representa maior relevância do que o acordo propriamente dito, e poderá ser o fator mais importante ao longo do tempo para a manutenção das relações. (...) A mudança no comportamento e na interação/integração das partes e a ressignificação dos valores relacionados à situação vivida são fundamentais para a continuidade ou criação de novos vínculos. A partir da confiança e da comunicação que se estabelecem, novos projetos conjuntos poderão surgir, e a procura pelo consenso em situações de crise passará a ser comum. A confiança e as relações sólidas se constroem a partir dessas mudanças resultantes do diálogo.²¹¹

Sob outro aspecto estrutural, a formação do consenso se fundamenta no diálogo participativo construído pelos atores do conflito, que devem aceitar as diferenças e as complexidades conflituosas. A mediação comporta a formação do consenso no intuito de buscar a paz social por meio do melhor para todos os envolvidos.

Para que o consenso seja alcançado, entretanto, é “preciso mais do que boas intenções”²¹². É necessário certo equilíbrio nas relações socioeconômicas e na igualdade de direito entre os conflitantes. Tais premissas se fazem necessárias justamente para evitar a imposição e a persuasão. Por isso, a democracia respaldada no consenso deve ser vista como construção institucional, daí a premência da atribuição legal à mediação²¹³.

O método para o tratamento do conflito, quando baseado na ordem consensuada, gera autonomia, pois ensina aos envolvidos a assumir a responsabilidade pela decisão. A ordem imposta não significa uma solução efetiva para o litígio já que “as partes possuem um controle limitado sobre o procedimento e o seu êxito”²¹⁴.

Métodos de tratamento de conflitos

Ordem consensuada: as partes decidem que seja o seu acordo a pôr fim ao conflito.

Características: autonomia, informalidade.

Exemplos: negociação, mediação, conciliação.

Ordem imposta: as partes delegam a uma terceira pessoa a decisão do conflito.

Características: heteronomia, formalidade

Exemplos: arbítrio, juízo, legislação.

Fonte: SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 303.

²¹¹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. op. cit. p. 24.

²¹² SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 374.

²¹³ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 374.

²¹⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. op. cit. p. 303.

Para que a ordem consensuada seja considerada democrática, os arranjos que lhe dão forma devem ser aceitos pelos conflitantes. Em compensação, o consenso surge como articulador das práticas alternativas para tratamento de conflitos, em especial da mediação, ocupando lugar relevante na ordem jurídica, promovendo a (re)introdução das práticas alternativas. Tais práticas possibilitam o incremento de instituições capazes de abrir espaços de compromissos²¹⁵ sendo estratégias da democracia contra a tirania, a violência e o terror.

²¹⁵ A tendência normal do consenso é chegar ao compromisso dos envolvidos com as resoluções tomadas. “O compromisso é, portanto, a solução mediante a qual cada ator de um eventual conflito renuncia àquilo que lhe é caro, mas não vital, a fim de obter o apoio dos outros, o qual lhe é verdadeiramente indispensável.” (MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willen. *Dissensões e consenso: uma teoria geral das decisões coletivas*. Trad. Maria Fernanda Jesuíno. Lisboa: Livros Horizonte, 1991, p. 12.)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise da jurisdição é apenas uma parcela de uma crise mais profunda: a crise do Estado. O Estado, enquanto *locus* privilegiado de emanção da normatividade, intenta ser visto como uma organização política investida de poder e coerção.

É possível a verificação, diante da análise realizada, que as estratégias utilizadas pelo Estado para o tratamento de litígios não correspondem à complexidade e quantificação dos conflitos contemporâneos. Dessa forma, a busca por outras estratégias, que priorizam os atores do conflito, possibilitando que estes realizem uma composição consensuada e autônoma, se constitui numa alternativa viável e promissora.

O trato do tema confere legitimidade para fazer referência não apenas às transformações que se operam no interior do direito, mas também às circunstâncias sócio-histórico-político-econômicas.

Ocorreram profundas transformações sociais ao longo dos anos. Conjuntamente com o aumento do número de pessoas em direção aos grandes centros – entusiasmadas por reivindicações dos bens da vida, dentre eles serviços públicos – constata-se a desatualização do sistema jurídico processual e uma profunda ineficiência e insuficiência do aparato do Estado.

Diante da visão da crise estatal, na dissertação foi enfocada a crise da jurisdição. O Poder Judiciário, em linhas gerais, é o órgão responsável por dizer o direito na lide em questão. Com a crise do Estado contemporâneo, se verifica a crise de todas as suas instituições, inclusive a jurisdicional.

Não há, em muitas ocasiões, uma interação entre o sistema jurídico e a situação social. O sistema filiado à tradição *civil Law*, utilizado no Brasil, conduz preponderantemente ao normativismo. Inflexível, almejando a criação de um Código de Processo Civil como exclusivo sistema para resolver a totalidade dos conflitos de interesses, mostra-se superado no tempo.

As estratégias estatais empregadas para o tratamento do conflito se apresentam muito mais como tentativa pretensiosa de resolução conflituosa e não como real possibilidade de seu tratamento. Os atores do conflito são renegados a um segundo

plano, sendo representados por terceiros (advogados) que possuem a missão de repassar para outro alheio ao conflito (juiz) a versão do caso concreto, para que este último possa decidir, atribuindo o “direito” pretendido.

Esse modo de produção do direito se encontra em crise. O monopólio jurisdicional para resolução de conflito faz com que os indivíduos tenham a pretensão de uma maior segurança, diminuindo a oportunidade de discutir com os demais conflitantes os remédios mais adequados para o tratamento do conflito.

O poder jurisdicional, enquanto órgão monopolizador do tratamento de conflitos, enfrenta uma crise de identidade e uma crise de eficiência. A primeira se verifica com a dificuldade do Estado em se apresentar como mediador central dos conflitos. A segunda tem correlação com a impossibilidade de respostas produtivas e adequadas para a litigiosidade.

Ademais, é possível visualizar a dificuldade do poder jurisdicional com a infraestrutura e o financiamento de novas instalações e equipamentos, com a dificuldade diante da linguagem técnico-formal – utilizada pelos operadores do direito –, com a burocratização, com a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas. Os métodos e conteúdos que são utilizados pelo sistema jurisdicional não respondem mais às demandas dos sujeitos envolvidos.

Outro aspecto a ser considerado é o distanciamento entre a realidade social e a realidade judicial. Enquanto a sociedade se desenvolve em uma velocidade, as leis são atualizadas em outra muito menor ou se apresentam inaplicáveis. Em outros casos nem existem, emprega-se a analogia. Dessa forma, muitas vezes, são observadas leis obsoletas, sem qualquer vinculação com o momento histórico no qual são aplicadas.

A impossibilidade de tratar adequadamente todas as questões que demandam acesso a tutela jurisdicional evidencia um descompasso e um desajuste, levando a perda de poder do Estado e o desprestígio e deslegitimação da jurisdição.

A estrutura procedimental do ordenamento brasileiro foi idealizada para tratar conflitos individuais, ocorre que estes não representam a totalidade dos conflitos de interesse existentes atualmente. O sistema processual vigente é marcado pelo individualismo, estando capacitado a administrar apenas uma parte dos conflitos de

interesse da sociedade. Nesse sentido fala-se em crise jurisdicional, buscando subsídios para aquisição de soluções que possam, ao menos, amenizá-la.

Ainda assim, não deve prosperar a visão de que um sistema só é eficiente quando para cada conflito há uma intervenção jurisdicional. Afirma-se que a construção de sistema que vise o tratamento real do conflito é eficiente quando previne e apresenta respostas às controvérsias diante das necessidades dos conflitantes.

Nessa perspectiva, a provocação dos tribunais se daria em caráter subsidiário. Primeiramente, haveria a tentativa de resolução do conflito com base na mediação, para só depois, caso o consenso não fosse atingido, se levar a questão para o sistema judicial, como ocorre nas pequenas causas. Ressalva-se a questão dos litígios envolvendo direitos não-disponíveis; para esses a provocação da jurisdição continuará sendo absolutamente necessária.

Por isso, muito embora inúmeros defeitos sejam observados no panorama da jurisdição, como é concebida nos dias atuais, não se pode afirmar que o sistema jurisdicional seja sem utilidade.

A mediação se apresenta como um instrumento que permite o restabelecimento da comunicação entre os conflitantes, buscando o tratamento do conflito e a paz social. Entretanto, sofre algumas críticas dos operadores do direito, por ser pouco aplicada e conhecida.

Conforme apresentado ao longo da dissertação, essas críticas não devem servir de impeditivos para a efetivação do instituto da mediação. O paradigma utilizado é distinto, a forma como o conflito é visto, difere. Na mediação, o que se denomina conflito, para não se confundir com jurisdição, é aceito como fator positivo que possibilita um dinamismo social, sendo assim, ele não pode ser simplesmente reprimido, antes tem que ser compreendido e tratado. Com esse tratamento, tem-se a possibilidade dos atores conflitivos voltarem a conviver de forma pacífica, além de ser extraído do conflito o seu lado positivo: o conhecimento e as implementações de novas relações sociais mais próximas da realidade vivenciada pelos cidadãos.

A mediação, embora complementar, não deve simplesmente ser introduzida no sistema jurisdicional. Uma mera introdução faria com que o instituto fosse visto apenas como mais um instrumento a serviço de uma jurisdição em crise. A mediação é mais do

que isso, ela é uma alternativa em busca da paz social, tem mais atuação sócio-educativa.

Não há, dentro do espaço da mediação, a negativa da discordância. Para chegar a um consenso, os atores do conflito necessitam, inicialmente, aceitar que são diferentes, que apresentam linhas de pensamentos distintos, que possuem visões de mundo diversas. Antes de mediar, é necessário conhecer, experimentar e sentir.

Durante a dissertação, foi exposta a teoria de Luis Alberto Warat, para quem os sentimentos devem ser sentidos, para só depois serem tratados. Ao mediador cabe esforçar-se para ajudar os conflitantes a “deixarem o problema fervendo”, ao “ponto de ebulição”, para que diante disso seja transformado.

A mediação gera a possibilidade do diálogo baseado na compreensão, os interlocutores não devem julgar sem conhecer e acolher. Os atores do conflito necessitam experimentar a empatia, que pode ser obtida a partir da utilização do processo da comunicação não-violenta.

Visto o problema dessa forma, os envolvidos precisam inicialmente realizar a observação sem antecipar nenhum julgamento ou avaliação, mas simplesmente entender o que os agrada ou não naquilo que as pessoas estão fazendo. Em seguida, cumpre observar como se sentem diante da ação realizada pelo outro, para daí, sim, expressar as necessidades que estão ligadas aos sentimentos identificados. Diante da análise do que necessita, o ator do conflito faz ao seu conflitante um pedido específico capaz de demonstrar o ganho prático que a ação trará para sua vida. Durante todo esse procedimento, os atores devem receber com empatia as informações e expressar-se honestamente.

O mediado precisa ser autêntico, aceitando que não existe ninguém para se enganar além de si mesmo. Na mediação, os protagonistas do conflito devem se expor, apresentando os sentimentos mais profundos e correlatos ao problema. Se for necessário, o mediador deve auxiliar a relembrar eventos vivenciados em oportunidades distantes, que remetam aos sentimentos envolvidos no conflito.

Em certas oportunidades é possível que o mediador vislumbre que os fatos trazidos para o procedimento da mediação são na realidade “pseudo-conflitos”. Isso porque, por dificuldade em se lidar com o verdadeiro motivo da discórdia, os

conflitantes colocam em discussão um pleito aparente, sem que ele seja de fato o conflito real. Fica evidente, em consequência, que, se o mediador não perceber tal atitude, a mediação poderá no final até apresentar uma resposta para o conflito, mas não terá tratado a raiz do problema.

A mediação, ao possibilitar um diálogo franco entre os protagonistas do conflito, permite que laços rompidos sejam restabelecidos, mesmo que eles sejam anteriores ao próprio evento conflituoso.

A responsabilidade que recai sobre os envolvidos no conflito é a das consequências. Toda ação gera uma reação. Para ser mediado, o ator do conflito deve entender que a consequência foi criada por uma ação ou omissão dele próprio.

Se a mediação auxilia na recuperação dos sentimentos, para participar do processo de mediação, o ator do conflito deve objetivar experimentar internamente o seu sentimento mais profundo. Com o estímulo ao sentimento, ele conseguirá alcançar o outro.

O pressuposto da mediação é a ética da outridade, o espaço entre o “eu e o outro”, é interagir com o problema e a intersubjetividade do outro, é compreender que todos estamos interligados por sentimentos. A outridade pressupõe que todos saiam de seus lugares (seus “mundos”) para encontrar o “entre-nós”, construindo um novo conceito de justiça, vinculado à cumplicidade com o outro.

Não pode a mediação ser realizada apenas com a concordância de um dos envolvidos. É um ato de composição, de pacificação. Todos devem aceitar o procedimento, visualizando no ato a possibilidade de composição de um “espaço” apagado pelo conflito. O diálogo propiciado pela mediação já a torna exitosa, por mais que os conflitantes não consigam alcançar o consenso naquele momento, as “portas” abertas pela mediação podem gerar futuras ocasiões propícias à conciliação.

A mediação utiliza a perspectiva da justiça cidadã (ou justiça da outridade), auxiliando o ator do conflito a auto gerir-se, melhorando a qualidade de vida e não decidindo sobre a vida dos conflitantes. Essa nova perspectiva muda o paradigma conflituoso: não há mais que se falar em adversários, autor e réu, mas sim em companheiros que se auxiliam na busca por um alívio aos sofrimentos e às insatisfações.

Para que os mediados consigam alcançar o entendimento da outridade, é útil cultivar qualidades como amor, paciência, tolerância, humildade, entre outras, devendo rejeitar tudo o que possa bloquear os sentimentos e as condutas antiéticas.

O grande ponto de divergência entre a mediação e a justiça convencional é o papel exercido de um lado pelo juiz e de outro pelo mediador. Enquanto este último se preocupa em auxiliar os envolvidos a chegar a um acordo que vise o melhor para todos, o juiz se preocupa em administrar a justiça, aplicar a lei. O conceito de justiça não deve ser do julgador, mas sim dos próprios envolvidos no conflito. Enfim, o que é justo para os envolvidos no conflito?

O questionamento pode ser respondido quando eles próprios ganham autonomia para decidir. O direito, assim, será melhor entendido se centrado na cidadania e em valores comuns. A humanização do direito passa pela autonomia, reduzindo-se ao mínimo a expressão do poder normativo.

Nesse parâmetro, depreende-se que a “jurisconstrução”, a partir da mediação, pressupõe uma mudança paradigmática. A mediação deve ser vista como um instituto que propicia mudança na forma de ver o mundo. Oportunidade em que os atores e o mediador do conflito passam a exercer um novo papel.

Enquanto a jurisdição verifica e prescreve o “remédio” sem investigar profundamente as causas que levaram ao conflito, na mediação procura-se a raiz do problema e o trata. Desta forma, a mediação não pode ser vista apenas como um meio de acesso à justiça. Ela é, sim, um meio de tratamento de conflito quantitativa e qualitativamente mais eficiente, pois prioriza a autonomia e responsabilidade dos indivíduos.

O instituto da mediação é um processo democrático de decisão, contando com um mediador que se posiciona no mesmo nível dos atores do conflito, para que possa auxiliá-los de maneira equânime a desdramatizar o evento conflituoso. O foco principal na mediação é o ator do conflito e o foco secundário é o mediador. Entre os envolvidos no conflito deve ser criado um espaço comum e participativo, que se volta para a construção do consenso, um modelo que não fica adstrito às regras jurídicas.

A possibilidade de utilização da mediação encontra-se vinculada a alguns dos seus princípios fundamentais, em especial, sete pressupostos: a liberdade dos

conflitantes, a não-competitividade, o poder de decisão dos mediados, a participação de terceiro imparcial, a competência do mediador, a informalidade, e a confidencialidade.

Por liberdade dos conflitantes, entende-se que os mediados precisam estar livres no momento do tratamento do conflito, não podendo estar sob influência de ameaça ou coação. É oportuno ocorrer um esclarecimento do significado do procedimento e da não obrigatoriedade na realização de acordo ou até mesmo em assinar qualquer tipo de documento.

A mediação não pode incentivar uma competição, pelo contrário, ela deve tratar o conflito, restabelecendo laços e vínculos rompidos. Os atores do conflito não são competidores, são agentes vencedores que buscam a melhor resolução para todos os interesses envolvidos.

A decisão final sempre compete aos atores do conflito. O acordo realizado pelos mediados representa o fruto da vontade de todos, que é soberana. Ao mediador compete apenas a ajuda na construção do diálogo elaborado.

O mediador trata todos os envolvidos de maneira equânime, sem nenhuma espécie de privilégio, por isso ele deve ser escolhido gerando imparcialidade. Esta capacidade é que propicia a criação da esfera de confiança, o que permite que os envolvidos no conflito expressem os seus sentimentos.

A informalidade e a confidencialidade são requisitos essenciais do procedimento de mediação. Tendo em vista o princípio da informalidade não há a exigência de regras rígidas para a construção da mediação. Já pela confidencialidade tem-se a obrigatoriedade do sigilo, auxiliando os atores do conflito a se “entregarem” ao procedimento de mediação.

A mediação, como procedimento democrático, se constitui em instrumento de promoção da paz e justiça social a partir da autonomia e responsabilidade dos próprios atores do conflito. No círculo mediatório não há o que se falar em riscos, pois os objetivos de ampliação da cidadania e respeito aos direitos humanos são alcançados através do reconhecimento da capacidade de autogestão do indivíduo.

O tratamento do conflito, no instituto da mediação, segue o modelo dos próprios conflitantes no limite do consenso possível entre ambos, num exercício de liberdade

geradora de corresponsabilidades. Um indivíduo responsável é um indivíduo capaz, cidadão e promotor de uma sociedade mais justa, ética e pacífica. O debate e a proposta de mudança do paradigma conflitivo jurisdicional e o desenvolvimento da “jurisconstrução” tem a pretensão de construir outra cidadania, ao transformar indivíduos contendedores em agentes construtores da própria realidade social.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2009

BARALDI, Tereza Cristina Albieri. *A violência doméstica sob a ótica da justiça restaurativa*. Disponível em http://www.fundanet.br/mestrado_dir. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

BASTOS, Marco Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Para uma teoria geral da política. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen V. Varriale ET AL. Coord. e trad. João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. Ed. Brasília: Editora de Brasília, 2004, v.1.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Thomaz. 11 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRAITHWAITE. *Entre a proporcionalidade e a impunidade: Confrontação, Verdade e Prevenção*. In: Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança. Org. Catherine Slakmon, Maíra Rocha Machado e Pierpaolo Cruz Bottini. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

BRANCHER Leoberto Narciso. *Justiça, responsabilidade e coesão social*. In: Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança. Org. Catherine Slakmon, Maíra Rocha Machado e Pierpaolo Cruz Bottini. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Trad. de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. e prefácio de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – COMINA, disponível em: <http://www.conima.org.br>, acesso em 18/10/2010.

DAHRENDORF, Ralf. *As classes e seus conflitos na sociedade industrial*. Trad. José Viegas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria social*. Trad. Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1991.

DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. Trad. Renato Aguiar e Marco Antonio Esteves da Rocha. São Paulo: Jorge Zahar / Edusp, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ENGELMANN, Wilson. *A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado*. In: O Estado e suas crises. Org. José Luis Bolzan. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: RT, 2004.

FREUD, Sigmund. *O mal estar da civilização*. Trad. José Otávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FREUND, Julien. *Sociologia del conflicto*. Trad. Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministério da Defesa, 1995.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Trad. Dario Canali. Porto Alegre: L&PM, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre a faticidade e validade*. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneicler. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JACCOUD, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (org.). *Justiça restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

LEWIN, Kurt. *Problemas de Dinâmica de Grupo*. São Paulo: Cultrix, 1948.

LUCAS, Douglas Cesar. *A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada*. In: O Estado e suas crises. Org. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad. Mauricio Santana Dias. São Paulo: Penguin Companhia, 2010.

MARX & ENGELS. *Manifesto Comunista*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Fonte Digital: Rocket Edition, 1999.

MONBIOT, George. *A era do consenso: um manifesto para uma nova ordem mundial*. Trad. Renato Bittencourt. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a revolução de conflitos*. Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente*. In: *Conflito, Jurisdição e Direitos Humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Org. Fabiana Marion Spengler, Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijuí, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. e NASCIMENTO Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e a cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. & SPENGLER Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORIN, Edgar, PRIGOGINE, Ilya e outros. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Trad. Luís M. Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willen. *Dissensões e consenso: uma teoria geral das decisões coletivas*. Trad. Maria Fernanda Jesuíno. Lisboa: Livros Horizonte, 1991.

NAZARETH, Eliana Riberti. *Mediação: o conflito e a solução*. São Paulo: artepaubrasil, 2009.

NORDENSTAHL, Ulf Christian Eiras. *Mediación penal: de la práctica a la teoría*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005.

PENIDO Egberto de Almeida. *O valor do sagrado e da ação não-violenta nas dinâmicas restaurativas*. In: *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Org. Catherine Slakmon, Máira Rocha Machado e Pierpaolo Cruz Bottini. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

PRANIS Kay. *Justiça Restaurativa: revitalizando a democracia e ensinando a empatia*. In: *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Org. Catherine Slakmon, Máira Rocha Machado e Pierpaolo Cruz Bottini. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

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

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Santa Catarina: Conceito Editores, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez editora, 2007.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983.

SOUZA Aiston Henrique de. *A mediação no contexto do sistema de solução de conflitos*. In: *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Org. Catherine Slakmon, Maíra Rocha Machado e Pierpaolo Cruz Bottini. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento: a importância dos remédios ou remédios sem importância?* In: *Conflito, Jurisdição e*

Direitos Humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Org. Fabiana Marion Spengler, Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijuí, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3 ed. revista, ampliada e com pós-facio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2005.

TRINDADE, Jorge, TRINDADE, Elise Karam & MOLINARI, Fernanda. *Psicologia jurídica: para a Carreira da Magistratura*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de Carvalho; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro. Revan. 1999.

WARAT, Luis Alberto. *A Rua grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto (Org). *Em nome do acordo: A mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito. O sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v.2.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v.1

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: SAFE, 1984.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício de mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v.3

WILHELM, Reich. *Escute, Zé-Ninguém*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Poder Judiciário*. Crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.