

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE CARACTERIZAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO PARTICIPATIVA

MEDIATION AS CHARACTERISTICS OF FORM OF A JURISDICTION PARTICIPATORY

Carina Deolinda da Silva Lopes¹

Taise Rabelo Dutra Trentin²

RESUMO: A sociedade está vivendo uma época de insegurança e medo, que se evidenciam nas guerras e corrupções, existindo um clamor social pela aplicação e concretização das leis existentes, e, no caso brasileiro, pela criação de leis mais rígidas e efetivas. Assim, o poder da jurisdição estatal já não é mais suficiente para trazer a pacificação à sociedade. Diante de tal cenário, não bastam apenas legislações novas ou interpretadas de variadas formas, nem teorias que se mantenham abstratas diante do mundo das ideias: há que se buscar a adequação das teorias à realidade social, à racionalização dos fatos vividos e sentidos. A aplicação da tutela jurisdicional atual deve ser repensada, tendo em vista a busca maior da aplicação dos valores éticos e na concretização da efetiva comunicação e conciliação entre as partes, colocando em prática uma jurisdição participativa voltada para a resolução célere e efetiva dos litígios sociais.

PALAVRAS- CHAVE: Mediação; Tutela jurisdicional; Efetividade; Direitos.

ABSTRACT: The society is living a time of uncertainty and fear, which are evident in the wars and corruption and there is a public outcry by the application and implementation of existing laws, and, in Brazil, the creation of more stringent and effective legislation. Thus, the power of state jurisdiction is no longer enough to bring peace to society. Faced with such a scenario, not enough just new laws or interpreted in different ways, or theories that remain abstract ideas before the world: it is necessary to seek the adequacy of theories to

¹ Advogada atuante em Santa Maria e região central; Mestre em Direito, Mediadora pelo Tribunal de Santa Catarina, Autora do Livro Realização da tutela jurisdicional, e-mail: lopesdeo@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, Advogada e Professora da Pós-graduação de Direito de Família e Mediação da Faculdade Palotina- FAPAS. Presidente da Comissão Especial de Mediação, Arbitragem e Práticas Restaurativas –CEMAPR – da OAB Subseção Santa Maria-RS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família IBDFAM – Núcleo Santa Maria. Mediadora pelo Tribunal do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: taise@dutratrentin.adv.br

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

social reality, rationalizing lived and meanings facts. The application of the current legal protection should be rethought with a view to greater search application of ethical values and the implementation of effective communication and reconciliation between the parties, putting in place a focused participatory jurisdiction for the speedy and effective resolution of social disputes.

KEYWORDS: Mediation; Judicial protection; Effectiveness; Rights.

INTRODUÇÃO

Frente a multiplicação dos litígios, surgimento de novas demandas e ineficiência da atuação do Poder Judiciário em atendê-las, faz-se necessária uma reflexão e discussão a respeito da importância de políticas públicas de acesso à justiça. Desse modo, a mediação vem se apresentando como um meio consensual na solução de seus conflitos, proporcionando o diálogo entre os envolvidos, evidenciando ainda, como uma forma de solução ao desafogamento do Poder Judiciário. A conscientização dos sujeitos interligados a essa tutela, bem como a garantia de favorecimento de comunicação entre as partes, no intuito de cooperação mútua e consenso na busca pela resolução dos litígios, proporcionaria a agilização dos direitos tutelados juntos ao Poder Judiciário.

Dessa forma, a mediação reconhecida como uma forma alternativa de resolução de conflitos e da busca pela garantia de participação dos sujeitos envolvidos merece destaque para a sua aplicação junto à prática jurisdicional.

A mediação pauta-se nos princípios de liberdade e poder de decisão das partes, não competitividade, participação de terceiro imparcial, competência do mediador e informalidade do processo. É do modus operandi da mediação, ou seja, na operacionalização desses princípios que reside a essência desse instrumento não adversarial de acesso à justiça.

O ato de mediar é uma forma explícita de que a linguagem e a sua prática diante da resolução de um conflito são portas abertas ao entendimento mútuo e a busca de um consenso entre os litigantes.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

O diálogo pacífico e colaborativo conduzido pelo mediador representa, para a mediação, a principal ferramenta que possibilitará a identificação e a efetiva solução do conflito real pelas próprias partes, as quais deverão estar conscientizadas de seus direitos e deveres e da responsabilidade de cada um no contexto do litígio, buscando ao final encontrar uma alternativa que atenda aos objetivos comuns existentes entre elas, de forma a garantir maior eficácia do acordo.

1. Mediação de conflitos: aspectos conceituais e gerais

Atualmente, a mediação tem se mostrado como a melhor forma de se tratar um conflito, uma vez que nela as próprias partes envolvidas refletem e, de uma maneira colaborativa chegam a solução do litígio. Talvez não exista instituto melhor do que o da mediação, principalmente quando às partes mantém algum vínculo de trato sucessivo, pelo qual de uma forma ou de outra elas ainda terão que conviver juntas. Neste caso, a construção de uma pacificação do conflito através da mediação, resolve não só o litígio instaurado entre as partes, mas alicerça o vínculo de união existente entre elas.

Esse vínculo deixado pela mediação talvez não fosse possível se a resolução do conflito se desse através do Poder Judiciário, uma vez que a sentença proferida faz nascer um perdedor, que poderá ter seu ódio ainda mais alimentado em desfavor de seu oponente.

Mencionada disparidade existente entre o processo e a mediação, é vista principalmente no fato de que o processo trabalha com a lógica de ganhador/perdedor e, além disso, seu rito tem por objetivo investigar a verdade real dos fatos, enquanto que a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com outra lógica, ou seja, a de ganhador/ganhador (SPENGLER, 2010, p.344).

Por essa razão, Warat (1998, p.5) aduz que “a mediação pode ser considerada 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”.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

O destaque fundamental da mediação é que muito embora exista a participação de um terceiro, este não interfere na construção de um acordo, funcionando apenas como um conselheiro totalmente imparcial. Com o auxílio deste mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar seu conflito de forma satisfatória (MORAES e SPENGLER, 2008, p.134).

Para Bolzan e Spengler (2008), a mediação oferece inúmeras vantagens, citando, por exemplo, a voluntariedade e privacidade pela qual se conduz esse processo, o que tranquiliza as partes, especialmente quando se envolve questões íntimas de cada um. Também é possível a divisão dos custos e honorários, que geralmente são menores do que os do processo através do Judiciário, sem contar a enorme diferença de burocracia entre os dois sistemas.

Visando o fomento do instituto da mediação, idealizou-se o Projeto de Lei nº. 4.827/1998, como política pública voltada à resolução dos conflitos no âmbito judicial e extrajudicial. Referido projeto, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, contou inicialmente com 7 artigos passando posteriormente através do substitutivo PLC nº. 94/2002 a contar com 47 artigos.

Inicialmente o referido Projeto de Lei apresenta a mediação prévia e a incidental, distinguindo-se pelo momento da instauração do processo de mediação, ou seja, a primeira realiza-se anterior à instauração de demanda perante o Judiciário, enquanto a mediação incidental ocorre no curso do processo judicial (SPENGLER, 2010, p.219-220).

Pode-se dizer que o aspecto mais polêmico do projeto trata exatamente da mediação incidental, pois traz a obrigatoriedade da realização desse procedimento em todos os processos de conhecimento excetuando apenas o que elenca nos incisos do artigo 34.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Naturalmente a mediação traz vantagens incontestes, porém, não se pode divergir que torná-la compulsória é ir contra a um método que detém claramente a forma consensual como objeto principal inserida em seu escopo.

Para Pantoja (2008, p.196), o fato da mediação não ser recomendada, e sim imposta, contraria os próprios fundamentos deste mecanismo de solução de conflitos, que é derivado do consenso e não do *imperium* estatal, permanecendo o projeto fiel à cultura estatizante.

No entanto, salvo algumas críticas em relação ao projeto, entende-se que a mediação é a mais aconselhada e justa em relação aos demais institutos apresentados anteriormente. Quando cada parte envolvida aprende a solucionar seu próprio conflito através da mediação, contribui com seu grão de areia para melhorar o oxigênio humano do qual nos nutrimos (LINCK, 1997, p.140-142). A natureza das relações humanas sempre foi baseada no conflito, não é de hoje que o ser humano almeja a dominação sobre seu semelhante muitas vezes utilizando-se da força para o alcance do poder. Entretanto, também não é de hoje que esses mesmos conflitos são sempre pacificados através do diálogo, muitas vezes sem qualquer intervenção de um terceiro, o que faz com que realmente seja alcançada a paz pela plenitude da vontade de cada um dos conflitantes.

Desse modo, quando ocorre o desequilíbrio de ideias entre as pessoas e o conflito surge, o ideal é que elas mesmas resolvam esses conflitos baseado em uma atitude de reflexão para angariar preceitos de compreensão, respeito ao próximo, confiança mútua, de modo que as mesmas partes envolvidas cheguem a conclusão de um consenso de forma colaborativa.

Na opinião de Gorczewski (2007, p.80) essa mútua colaboração para o alcance da solução do conflito, deve estar presente especialmente se estas pessoas convivem juntas, pois no futuro se apoiarão uma na outra. Ainda para o referido autor, quando esta situação ocorre, a melhor solução está na mediação, que é um procedimento no qual um terceiro,

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

neutro, que não tem poder sobre as partes, sem indicar qual deve ser o resultado, de maneira informal, facilita e ajuda a que as próprias partes encontrem sua solução, resolvendo seu conflito de forma aceitável.

Com base nessa premissa, reforça-se que a mediação é o método mais indicado principalmente nas questões que envolvam o tratamento de relações continuadas entre os conflitantes, uma vez que, se faz necessário estar presente a vontade de compor em virtude da convivência existente entre as partes, relacionamento este que não se dissipará para o futuro.

Portanto, diferentemente do que poderia trazer uma sentença judicial, a mediação traz em seu âmago a solução dada pelos próprios envolvidos, não havendo dessa forma vencido e vencedor, mas sim, vencedor e vencedor, sendo esta a base fundamental do sucesso para um ponto final ao litígio.

Oliveira Júnior, recorda que a mediação é uma solução não adversarial que possui como característica a voluntariedade, a rapidez, a economia, a informalidade, a autodeterminação e uma visão do futuro. Ainda o mesmo autor, cita como exemplo a quebra de uma vidraça de um vizinho por outro. Ao direito tradicional o que importa é indenizar o prejudicado, sem preocupar-se com os reais motivos e muito menos em resolver o problema ou se ficará ódio entre os envolvidos, enquanto que na mediação, o mediador, ante este ódio, reconhecerá dos pensamentos e das imagens que, consciente ou inconsciente, articulam esses sentimentos de raiva e agressividade, em um processo que deveria conduzir a substituição deles, ou seja, tratar-se-ia do restabelecimento de uma semiótica do diálogo, da linguagem como via de entendimento (OLIVEIRA JUNIOR, 1998, p.212).

O monopólio jurisdicional do Estado, “conquista histórica de garantia da imparcialidade, independência para o alcance da segurança jurídica e manutenção do Estado de direito” (BACELLAR, 1999, p.125) já não é suficiente para solucionar com

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

celeridade e eficiência o volume de ações que afloram diariamente. Isto porque, o Estado-Juiz está incapacitado estruturalmente para acompanhar o crescimento populacional e a consequente multiplicação de litígios. Dessa maneira, concomitantemente ao monopólio jurisdicional, é necessário o incentivo aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos³, no qual se insere a mediação.

O Poder Judiciário, com sua estrutura atual, trata apenas superficialmente de conflituosidade social, dirimindo controvérsias, mas nem sempre resolvendo o conflito (BACELLAR, 1999, p.125). Portanto, é dever do Estado propor políticas públicas para que se possam criar instrumentos que venham a satisfazer o anseio da sociedade que procura por uma justiça mais célere e eficaz. (TRENTIN e SPENGLER, 2012).

A mediação tem como objetivo restaurar a comunicação entre as partes, a fim de que estas percebam por si mesmas qual é a melhor solução para ambas. Desse modo, trata-se de um procedimento que ao mesmo tempo em que resolve o litígio, restaura o relacionamento entre as partes e, principalmente, as educa para a resolução autônoma de seus litígios, sendo bastante democrático e fortalecedor da cidadania (SOUZA, 2009, p.67).

Nesse sentido surge como exemplo a aplicação destas reflexões a questão da mediação, como forma de aplicação e garantia da cidadania através da busca alternativa da resolução de conflitos.

Desse modo, é necessário mais do que reconhecer e admitir a mediação como forma concreta de tratamento efetivo de conflitos, pois é importante efetivar a dignidade de tais relações e a utilização de um meio alternativo e conciliatório como é a mediação que pretende a efetivar tal entendimento e garantir a paz social para os conflitos.

Nesse sentido, GOZAÍNI (1995, p.71) entende que:

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos em amistad. Esta base superficial tomada de um dato etimológico nos permite ingresar em el modismo prometido por el instituto de la mediación. Em efecto, ya observamos de qué manera la figura se aproxima a la conciliación, y la causa por la cual se suelen confundir ambos sistemas de resolución de disputas.

A mediação é uma das melhores fórmulas de superar o imaginário do normativismo jurídico, pois suas práticas educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a tomar decisões sem a intervenção de terceiros, e sim, com a ajuda deste, o mediador (SPENGLER, 2013).

Segundo Warat (1998,p.9), o mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. O mediador tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território do qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). O mediador tem que tentar erotizar o conflito inscrevendo o amor entre as pulsões destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder.

Acredita-se que a justiça verdadeira somente é alcançada:

quando os casos se solucionam mediante consenso que resolva não só a parte do problema em discussão, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a implementação de um “modelo mediacional” de resolução dos conflitos, o Estado estará mais próximo da conquista da pacificação social e da harmonia entre as pessoas (BACELLAR,1999, p.130).

Segundo Almeida (1996), ao mencionar sobre as características do mediador, refere que:

La imparcialidad del mediador es una de las características del proceso de mediación (...) para que su rol sea realmente eficaz, el mediador debe adoptar una posición equidistante entre los mediados, de manera que pueda atender, comprender y guiar los

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

intereses y necesidades de todas las partes por igual. Su proceder frente a ellas debe reflejar equidad, para lo cual es menester alejarse de todo prejuicio o prevención en pro o en contra de personas o circunstancias, y aislarse de apasionamientos o sentimientos de interés personal, respecto de las cuestiones tratadas.

Além do mais, a mediação consiste em um procedimento não adversarial, em que um terceiro, competente, capacitado, diligente, imparcial, denominado mediador, auxilia as partes a entenderem seus reais problemas. Note-se que o mediador nada decide, apenas estimula e viabiliza a comunicação entre os mediados na busca por melhores e mais criativas soluções, de modo a facilitar a celebração de um acordo mutuamente satisfatório (SALES, 2005, p.162).

Entre os benefícios da mediação, pode-se comparar com os demais meios de tratamento de conflito, a celeridade, a efetividade, redução de custo financeiro, igualdade de participação no processo de decisão, prevenção na formação e resolução de conflitos, entre outras vantagens.

Os acordos realizados através da mediação são evidentemente mais efetivos do que se compararmos com uma sentença advinda de um processo judicial. Isso se dá pelo fato de que neste meio alternativo o envolvimento das partes expressa à vontade por eles acordada sem a interferência de um terceiro, ou seja, não há a intervenção do Estado dizendo o Direito, que conseqüentemente traduz em um vencedor e um derrotado.

Logo, a construção livre do que cada um deseja para apaziguar o conflito, é a maior garantia de que a resolução buscada é satisfativa, pois do contrário, não haveria motivos para haver o consenso indesejado.

A ação comunicativa se dá a partir da prática do consenso, gerando compromissos, numa estrutura social complexa na qual a coerção, caracterizada pela possibilidade de sanção, já não serve mais como elemento condutor do agir social em

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

relações conflituosas. Nestes termos, não obstante, a importância do direito enquanto elemento de promoção/manutenção da paz social, o consenso e a inclusão social surgem como alternativas no tratamento de controvérsias (SPENGLER, 2010, p.359).

A mediação introduz a cultura do diálogo, ressaltando a importância da comunicação, principalmente no que se refere aos conflitos familiares que transparecem sentimentos como hostilidade, vingança, depressão, ansiedade, arrependimento, dificultando esclarecer qualquer mal entendido entre as partes (SALES e VASCONCELOS, 2005, p.167).

Ainda, analisa-se a mediação como forma de recuperar a sensibilidade e atingir a simplicidade do conflito. Por isso Warat (2004) afirma “que a mediação aponta a sensibilidade, com a ajuda do mediador, procura que as partes deixem de sentir o conflito a partir de seus egos, tentando com que as partes sintam o conflito tendo como base os sentimentos”.

A mediação pode ser vista como a melhor forma de realização da autonomia, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos, constituindo as práticas sociais de mediação em um mecanismo de exercício da cidadania, na medida em que educam e auxiliam as partes envolvidas no conflito a tomarem decisões, sem a interferência de terceiros que deliberem por elas (COLARES, 2005, p.101).

2. A Mediação frente a teoria do agir comunicativo de Habermas e o panorama atual do sistema judiciário

A boa administração do conflito, portanto, pressupõe a obtenção de um ambiente de comunicação pacífica entre as partes e a igualdade de condições de diálogo entre as mesmas. Nesse propósito, o êxito da tarefa do mediador está diretamente condicionado a sua aptidão de auxiliar imparcialmente o diálogo entre as partes de forma a diminuir a hostilidade, conduzindo-as a encontrarem suas próprias soluções para o conflito, cultivando, assim, a semente da prevenção de má administração de futuros litígios.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Embora não haja forma pré-determinada de procedimento, mostra-se conveniente que logo no início das atividades o mediador, através de uma linguagem simples e direta, esclareça as partes que ali deverá ser realizado um trabalho cooperativo, pois exige o respeito mútuo e a escuta daquilo que cada um pretende expor sobre o conflito.

Normalmente, a comunicação entre as partes e com o mediador dá-se por meio de fala, cabendo a este último estimular uma escuta de forma ativa, ou seja a capacidade daquele que está recebendo a informação de escutar a mensagem inteira, garantindo que o sujeito que está falando expresse plenamente seu pensamento, suas intenções e sentimentos. Com esse propósito, percebe-se que a questão abordada por Habermas no que tange do falante ao ouvinte e vice-versa, está integralmente aplicada aqui.

Assim a comunicação distorcida para Habermas (2002, p. 56) é nítida como uma patologia da comunicação, que está concebida como sendo o resultado da confusão entre ações orientadas ao entendimento mútuo e ações orientadas ao sucesso dos interesses privados do agente. Habermas explica a ação social por meio de uma pragmática formal, que analisa tipos puros de interação mediada pela linguagem, para mostrar como ações sociais que incorporam tipos diferentes de conhecimento são suscetíveis a processos de racionalização.

Na arte da mediação a pergunta aberta consiste numa técnica que estimula a interação dos envolvidos e a reflexão sobre o conflito, sem que ocorra um direcionamento por parte do mediador. Nesse contexto, a teoria da ação comunicativa de Habermas – *theorie des kommunikativen handels*, mais especificamente sua teoria sobre a ética discursiva _ constitui um instrumento adequado à mediação, haja vista que propõe um novo mecanismo para a aquisição de verdade, no qual os integrantes do grupo social sejam protagonistas de um processo comunicativo baseado na argumentação racional e que tem por finalidade obter o entendimento por meio da cooperação, com base no melhor argumento, sem qualquer recurso à coação ou a outra forma de manipulação, assim tornando seus participantes mais conscientes e responsáveis por suas ações .

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Assim a responsabilização do sujeito por suas ações decorre da necessidade de o mesmo avaliar previamente as consequências de seus atos, sempre levando em consideração valores, normas, bem como as sanções vigentes na sociedade. Dessa forma a ética discursiva de Habermas é uma teoria fundada na intersubjetividade discursiva, a qual procura adotar essencialmente a linguagem como elemento integrador das perspectivas filosóficas, sociológicas bem como psicológicas, possibilitando a interação dessas três dimensões para a compreensão da moral e da ética no que tange aos conflitos sociais.

Na teoria da ação comunicativa, Habermas procede à distinção entre a ação instrumental, forma de ação técnica que aplica racionalmente os meios para a obtenção de fins, e a ação.

No mundo da vida entendido por Habermas (2002, p.89), ambiente próprio da ação comunicativa, as relações sociais devem ser regidas pelo respeito igualitário entre os integrantes da comunidade, os quais expressam, através da linguagem e argumentativamente seus sentimentos, perspectivas e angústias sempre na busca da sociabilidade, da solidariedade e da cooperação dos sujeitos que integram o grupo.

A ferramenta da mediação mostra-se propícia para a prática da ação comunicativa de Habermas, pois sua essência consiste em garantir às partes envolvidas no litígio a mais ampla oportunidade do uso da linguagem (argumentação racional) na expressão daquilo que envolve o conflito em si, com isso objetivando se possível, alcançar através da conscientização dos sujeitos que ali operam a melhor solução do impasse, conforme o entendimento dos interessados.

Portanto, entende-se que a Mediação apresenta-se como um método por meio do qual uma terceira pessoa, imparcial, mas com certas habilidades, auxilia as partes a ampliarem a comunicação por meio de uma maior compreensão das raízes dos conflitos que se apresentam, comunicando-se através da conversação e da linguagem, sendo o acordo um dos pontos a que se pode chegar à mediação.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Esse método tem ampla aplicabilidade, podendo ser utilizado em muitos contextos, como nos conflitos familiares, (mediação familiar), de vizinhança, em escolas (mediação escolar) e demais instituições, o que possibilita a prática da comunicatividade como forma de alcance do entendimento e cooperação entre os sujeitos.

Ligeiramente se torna primordial diferenciar a mediação de práticas como a arbitragem e a conciliação, em um cenário em que são buscadas alternativas de acesso à cidadania e de melhoria da prestação jurisdicional. Salienta-se que na arbitragem como na conciliação, a postura é intervencionista, e as motivações que levaram aos conflitos não são investigadas, o que ocorre na mediação. Na conciliação o acordo é tido como objetivo central, cabendo ao conciliador apresentar alternativas, sendo que na mediação o acordo é uma consequência possível e o mediador atua apenas como um facilitador da comunicação, justamente o que se enfoca neste trabalho, a aplicação da prática comunicativa, como Habermas explica e apresenta.

A mediação funciona como “meio consensual de solução de conflitos, no qual as partes envolvidas com o auxílio de um mediador, terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes para facilitar o diálogo, decidem a controvérsia.”

No tocante à mediação essa ainda pode ser vista como espécie do gênero justiça consensual, e que pode ser definida como uma forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação da coerção da sanção legal.

Com relação ao procedimento da mediação, Osvaldo Alfredo Gozaíni menciona:

Queda en claro que el rol del mediador consiste em acercar a las partes, y no en resolver el conflicto cual si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable. El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubram los verdaderos temas involucrados em la disputa o las resuelvan por si mismas (GOZAÍNÍ, 1995,p.85) .

A mediação, diante da complexidade social atual, é uma das melhores fórmulas de superar o imaginário do normativismo jurídico. As práticas sociais de mediação

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que proporcionam a educação, facilitam e ajudam a produzir e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de um terceiro imparcial, o que para a resolução dos conflitos familiares deve ser utilizado de forma a efetivar a resolução dos litígios.

Luis Alberto Warat comenta que:

O mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. O mediador tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território do qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). O mediador tem que tentar erotizar o conflito inscrevendo o amor entre as pulsões destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder (WARAT, 1998, p.14).

Nesse sentido entende-se que:

Na atualidade a mediação começa a ser um mecanismo mais comum nos programas de resolução alternativa das disputas, uma opção democrática e pedagógica para a intervenção de terceiros nos conflitos. Mas para entender bem a mediação é preciso elaborar uma clara compreensão do que entende por conflito. Qualquer teoria da mediação resta inadequada e insuficiente se não tem por base uma explícita teoria do conflito (SALES, 2003, p.56).

Tal processo dá-se com a mediação de uma terceira pessoa que auxilia os sujeitos envolvidos na resolução dos problemas, que ocorre com a interferência em uma negociação ou conflito que procura ajudar as partes envolvidas a chegarem de forma voluntária a um acordo (MOORE, 1998, p.28).

A mediação é um processo que se evidencia por ser diferenciado, principalmente no que se refere aos procedimentos e à efetividade daqueles conflitos que são atendidos pelo Poder Jurisdicional. Dessa forma, as diferenças dizem respeito desde a linguagem utilizada, a busca da verdade, até a discussão do tempo de alcance da tutela esperada, da satisfação e da paz social. Nesse sentido importante salientar que:

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador. Esta asignación no delega derecho alguno, el que em definitiva los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando em poder de ellas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan (GOZAÍNI, 1995, p. 86).

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Dessa forma, a teoria da ação comunicativa é orientada à busca do entendimento, compreendendo como entendimento um mecanismo de coordenação de ações, no qual o interlocutor procura um meio de argumentação racional, convencendo e afirmando a veracidade das declarações do raciocínio do sujeito em prova.

Entende Jürgen Habermas que os participantes de processo comunicativo possuem a possibilidade de aceitar ou não as afirmações de um interlocutor, mas quando ocorre a não aceitação das afirmações do outro sujeito, ou seja quando um ou mais dos participantes questionam a fala do locutor, surge um impasse e a ação comunicativa é interrompida, conforme exposto anteriormente.

Essa teoria possui alguns pontos de fundamental importância, quais sejam: todo e qualquer sujeito capaz de agir e falar pode participar de discursos, então como participante de um discurso pode problematizar qualquer afirmação, introduzir novas afirmações no discurso, exprimir suas necessidades, desejos e convicções, nenhum interlocutor podendo ser impedido, por forças internas ou externas ao discurso, de fazer uso pleno de seus direitos assegurados nas duas regras anteriores.

Nesse sentido, o que se verifica é que a teoria da ação comunicativa de Habermas pretende revitalizar na sociedade contemporânea, ou seja, o mundo da vida, tendo como contexto os princípios aplicados à mediação como modalidade não adversarial de soluções de conflitos, uma vez que os processos argumentativos de busca do entendimento, da verdade e do consenso, na busca da aceitação de normas e valores, todos são primordiais para a procedência da mediação e conseqüentemente para a prática comunicativa.

Sobre a ética discursiva de Habermas assevera Bárbara Freitag (1992, p.264) que ele procura resgatar os espaços de liberdade do indivíduo, dos grupos sociais e das instituições especializadas na busca da verdade da fundamentação racional e da negociação da nova organização societária, redimensionando (politicamente) as perspectivas de evolução das sociedades contemporâneas para o futuro. Nesse esforço, simultaneamente filosófico e sociopolítico, procuram recuperar o projeto iluminista da emancipação do homem e da

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

humanidade, calcando o velho projeto, ainda não realizado, em novas bases: a razão comunicativa.

Quando a Constituição Federal assegura o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário de forma que toda lesão ou ameaça a direito encontre amparo na atuação jurisdicional, ou seja, pressupõe ao Judiciário a sua unicidade para a prestação jurisdicional, conforme interpretação do comando contido no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, não significa que todas as questões devam ser necessariamente decididas por tal Poder ou pelo seu representando, que seria o Juiz de Direito. No entanto, deveria ser interpretado que a jurisdição está colocada à disposição da sociedade caso seja, realmente, justificada sua utilização.

Dessa maneira, tem-se que a função do Poder Judiciário, em razão de sua própria destinação jurisdicional, é servir à sociedade sem nunca esquecer de ser o guardião da Constituição e da lei, proporcionando meios eficazes que garantam bem-estar jurídico ao cidadão, resgatando para o judiciário a possibilidade de perceber que estará agindo como poder estatal e de que deve exercer o seu papel de instituição forte, dinâmica e comprometida com o bem comum (OLIVEIRA, 1999, p.130).

Somente o poder do Estado, tido como o garantidor da tutela jurisdicional, tende a aplicar a lei ao caso concreto. Não é mais suficiente para suprir a diversidade de litígios que surgem diariamente a complexidade social atual, sendo questão de inteira importância a criação de outros mecanismos mais adequados à solução de cada tipo de conflito indispensável, como se dá na ênfase da mediação através da importância da prática comunicativa advinda das ideias de Jürgen Habermas.

Essa morosidade da justiça é causada, principalmente, pelo fato de ser encaminhado ao Poder Judiciário um grande número de ações que poderiam ser solucionadas por outros meios informais de resolução de controvérsias, através da busca pela prática do agir comunicativo e da boa-fé das partes, dá ao tema sentido e forma, no que tange à utilização das partes de má-fé e de armas judiciais e procedimentais para o ganho da batalha judicial.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Nesse contexto, em meio ao caos no qual está inserido o atual sistema judiciário, manifestam-se os mecanismos alternativos de solução de conflitos (conciliação, negociação, mediação e arbitragem) como meios de autocomposição pacífica entre os cidadãos. Esses meios consensuais vieram fortalecer a sociedade na viabilização do acesso efetivo à justiça, promovendo a pacificação social e o bem estar comum (COLARES, 2005, p. 87).

Os meios adequados ao Poder Judiciário jamais irão concorrer com esse, uma vez que é direito fundamental do cidadão a apreciação pelo poder judiciário de toda lesão ou ameaça a direito, diante do princípio já visto do acesso à justiça, mas o que será visto na realidade é um fortalecimento da imagem do sistema judiciário frente à sociedade, pois agora ele poderá oferecer uma tutela jurisdicional realmente eficaz.

Loureiro (p. 1988, p. 67) trabalha essa ideia dos meios alternativos como auxiliares do Poder Judiciário que é tida como de fundamental opção diante dos embates complexos atuais e da necessidade de maior efetividade e eficácia na resolução dos conflitos. Nesse aspecto:

O judiciário como peça essencial do sistema de regulação social. É por essa razão que os governos procuram aperfeiçoar o tratamento judiciário dos conflitos pela reativação dos instrumentos alternativos de solução de conflitos no seio de sua Justiça. A tendência é, portanto, de fortalecimento do judiciário e não de diminuição de sua competência.

Nesse sentido, verifica-se que concomitantemente ao monopólio jurisdicional é necessário e recomendável o incentivo aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, sem a necessidade de afastamento do monopólio da atividade jurisdicional, desprestigiá-lo ou criticá-lo para valorizar as soluções alternativas (BACCELLAR, 1999, p. 125).

A mediação é um ponto essencial na busca da concretização da ação comunicativa, na busca da solução alternativa dentro da aplicação da tutela jurisdicional, através da cooperação entre as partes, mas também de forma extrajudicial. Desse ângulo, os envolvidos procuram restabelecer a comunicação rompida através do diálogo e encaram o conflito pelo lado positivo, ou seja, como algo comum e necessário na vida do ser humano em sociedade.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Warat (2001, p.58) explica que o processo e o procedimento de mediação são de autocomposição, na medida em que são as mesmas partes envolvidas que tentam, por elas mesmas, chegar a um acordo reconstituindo, através de uma mirada interior, os ingredientes (afetivos jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos) que possam gerar o diferente. O processo de mediação é um modelo de autocomposição assistida ou terceirizada, exigindo, pois, a presença de um terceiro imparcial que auxilie as partes em seu processo de assumir os riscos de sua autodecisão transformadora do conflito.

A partir do que se oportunizou observar da Teoria do Agir comunicativo e a necessidade de celeridade dos procedimentos que buscam o Judiciário a Mediação se apresenta como um instrumento apto a angariar o conceito trazido de comunicação e aplicar ao contexto social, garantindo a possibilidade de maiores possibilidades de composição e solução dos conflitos tutelados junto às jurisdições competentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou analisar a mediação como política pública de inclusão social no tratamento de conflitos, uma vez que o Poder Judiciário não está mais conseguindo abarcar todas as demandas, que a ele chega. Diante da atual situação conflituosa em que se encontra o Poder Judiciário, a sociedade precisa-se de instrumentos mais eficazes de administração dos litígios, que possam garantir a todos o direito a ter direitos, o direito de decidir seus problemas. Assim, encontra-se na prática da mediação propiciar uma justiça mais humana, atuando como ferramenta para exercício de uma efetiva democracia.

Não existe na mediação a ideia de vencedor, tendo em vista que as partes não se encontram em posição contrárias, mas sim colaboram comunicativamente através da linguagem, para encontrar uma solução favorável para se amparar e chegar ao consenso. Por tratar de um instrumento consensual e pacífico de resolução de controvérsias é que se compreende a importância da comunicação entre elas para que se alcance a paz.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

A mediação, entretanto, é mais indicada e funciona de forma eficaz para solucionar divergências nas quais existia uma relação entre os envolvidos, pois permite a retomada do meio de comunicação entre as partes, com direitos de participação mútua na busca pelo entendimento.

Dessa forma, após analisar a questão da jurisdição em si e seus aspectos, bem como a questão da boa-fé e má-fé das partes, e da aplicação da teoria do agir comunicativo de Habermas, observa-se que a mediação, tanto diante do plano judicial quanto extrajudicial, é medida que pode, indubitavelmente, garantir a efetividade da tutela jurisdicional e a resolução de inúmeros conflitos advindos da modernidade e da complexidade social.

Portanto, deve-se dar ênfase na comunicação e conscientização da importância do ganho que a conversação e o entendimento podem proporcionar em termos de amenização e da garantia da paz social, o que no enfoque deste estudo pode demonstrar grandes avanços no âmbito da efetividade da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Mario de; ALMEIDA, María Alba Aiello de. **La experiencia de la mediacion**. Buenos Aires: 1996.

BACCELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. **Revista de processo**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 122-134, jul. / set. 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Tupinambá Pinto de Azevedo. **Revista do Ministério Público**, v. 1, n. 18, 1985.

COLARES, Elizabeth Fialho. **Mediação de conflitos um mecanismo de acesso à justiça**. In: SALES, Lília Maia de Moraes. A cidadania em debate. Mediação de conflitos. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FREITAG, Barbara. **Itinerário de Antígona – a questão da moralidade**. Campinas: Parirus, 1992.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

GORCZEWSKI, Clovis. **Jurisdição paraestatal**: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

GOZAÍNI, Osvaldo A. **Formas Alternativas para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Delpalma, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

LINCK, Delfina. **El Valor de la Mediación**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. **A mediação como forma de alternativa de solução de conflitos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 87, n. 751, maio 1988.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: ArTmed, 1998.

OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação – métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, n.1, p. 127-132, 1999.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (de). **Mediação, novos direitos e integração**. In Mercosul no Cenário Internacional. Curitiba: Juruá, 1998.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A morosidade da entrega da jurisdição e o direito a razoável duração do processo judicial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, 2003-2004.

PANTOJA, Fernanda Medina. Da mediação incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: Ltr, 2008.

SALES, Lília Maia de Moraes. **A família e os conflitos familiares** – a mediação como alternativa. Revista Pensar. Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 55-59. Fev. 2003.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre a Efetivação do Direito na Atualidade: a Cidadania em Debate**. Autores Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda, et. al. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELHOS, Mônica Carvalho. O processo de mediação familiar. In: **Estudos sobre a efetivação do Direito na atualidade: a cidadania em debate**. Fortaleza: UNIFOR, 2005.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Trad. Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in) eficiência face à conflituosidade social**. IN: Rogério Gesta Leal; Jorge Renato dos Reis. (Org.). Direitos sociais & políticas públicas. 1ª ed, v. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

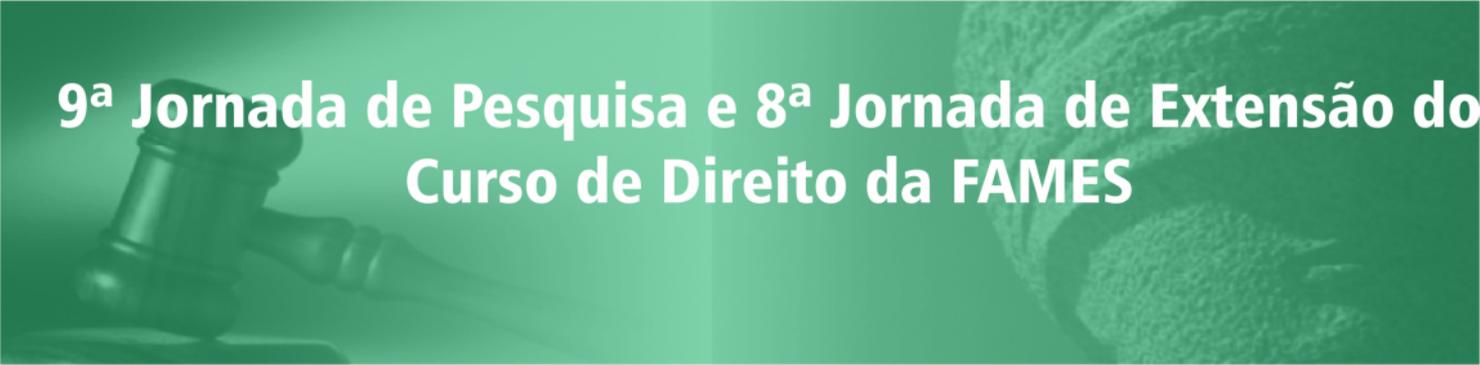
SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

TRENTIN, Sandro Seixas; DUTRA, Taise Rabelo; ULHMANN, Sheila Marione. Da Mediação Incidental. In: SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação: política pública para um acesso à justiça eficaz**. Editorial Acadêmica Espanhola, 2012.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça de forma célere como garantia de concretização da cidadania. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 73. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7191>. Acesso em: 10 março.2016.



9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Santa Catarina: AIMED, 1998.

_____, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.