SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A MEDIAÇÃO COMO MODELO DE JUSTIÇA CONSENSUAL

THE MEDIATION AS A MODEL OF NEGOTIATED JUSTICE

Deilton Ribeiro Brasil [1]
Letícia Fernanda Zim [2]

Resumo

O presente trabalho aborda a questão do tratamento dos conflitos tomando como foco central a importância de outras estratégias de solução das controvérsias contrapondo ao modelo tradicional da jurisdição estatal. O objetivo é analisar o instituto da mediação como modelo de justiça consensual contribuindo para as discussões das alternativas à jurisdição que prefiguram a emergência de uma justiça consensual em que se buscam formas mais dialogadas e participativas. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise de leis e resoluções, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Tratamento dos conflitos, Crise da função jurisdicional, Alternativas à jurisdição, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

It focuses the question of handling conflicts taking as its central focus of the importance of other strategies for settlement of disputes in opposition to the traditional model of jurisdiction. The objective is to analyze the institute of mediation as a model of negotiated justice in order to contribute to the academic discussions about the alternatives to the jurisdiction that announces the emergence of a consensus justice which seeks more dialogued and participatory. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by a descriptive-analytical method about related laws and normative resolutions, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Handling conflicts, Crisis of judicial function, Alternatives to the jurisdiction, Mediation

[1] Pós-Doutorando em Direito Constitucional pela UNIME-IT. Professor do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-UIT e Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves-IPTAN.

[2] Aluna orientanda do 10º período do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior "Presidente Tancredo de Almeida Neves" – IPTAN.

INTRODUÇÃO

Conforme Ricoeur (1990), a justiça é a guardiã do direito, ou seja, dos pactos anteriores que nos ligam. Ela garante a identidade da democracia entendida como uma forma que não permanece a mesma através do tempo, mas que se mantém como uma promessa mantida.

O juiz é o guardião da memória, mas de uma memória acabada: a das promessas feitas pelos fundadores em nossa honra. Em linhas gerais, a justiça diz o justo numa democracia desencantada, lembra a norma comum numa democracia pluralista, ergue uma barreira simbólica numa democracia direta, encarna a autoridade numa democracia representativa (GARAPON, 1998, p. 198-199).

A justiça coloca-se de uma maneira mais quotidiana como a instância moral por defeito e o direito como a última moral comum. O juiz é o próprio garante desta promessa de liberdade feita a si mesmo. A autoridade assegura a continuidade do sujeito de direito e, portanto, da democracia. Ela liga o presente ao passado. A autoridade apresenta-se como uma resposta comum a duas dificuldades distintas da democracia, ou seja, o enfraquecimento do executivo e o desaparecimento da tradição. A justiça tomou igualmente o papel da religião na celebração dos ritos. Ela põe em cena o ideal democrático da deliberação. Os processos tornam-se grandes cerimônias nacionais que expurgam a emoção coletiva, quer diretamente, quer através dos meios de comunicação social. A justiça fabrica assim a comunhão com o conflito, recicla o horror em consenso, converte o *tremendum* em *fascinans*. Como a liturgia, ela envolve com palavras o sacrifício e fornece um médium para a comunicação com o invisível da democracia. Como todas as igrejas, tornam-se um local de reafirmação do ideal e de consolidação do laço social (GARAPON, 1998, p. 193-195).

Dessa maneira, a mediação pode ser vista como um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual os interessados têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxilio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (WARAT, 1998, p. 31).

DA METODOLOGIA UTILIZADA

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do instituto da mediação como modelo de justiça consensual. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruíram a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para Morais; Spengler (2012, p. 145) o termo *mediação* procede do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio. Derivada da palavra *mediare* também a expressão *mediatione* e toda uma série de outras palavras, cujos exemplos são: a) *medeor*: cuidar, tratar, curar; b) *meditor*: meditar, pensar em, considerar; c) *modestus*: moderado, mensurado, comedido, razoável; d) *modero*: manter dentro da medida, regular, guiar; e) *modus*: medida, tamanho, maneira; f) *modius*: medida de capacidade; g) *medhyo*: médio; h) *medius*: que está ao centro (ROBERTS; PASTOR, 1997).

Outras três palavras provenientes do prefixo “med” que entre dois valores extremos, mas opostos e conflitantes, a relação escalonada oferece resultados diversos: a *média*, a *moda* e a *mediana*. Nesse contexto, a *média* pressupõe a separação e a divisibilidade, porém, exclui a conjunção, como recorda a notória decisão do juízo salomônico. A *média* resolve o conflito, porém, o faz cortando, interrompendo cada comunicação e excluindo passado e futuro: é o que faz o juízo quando decide com base numa escolha fria e contábil. A *moda*, que dentro da escala numericamente exprimível indica simplesmente o valor mais utilizado, também aponta as preferências mais expressas, aproxima, certamente, a maior parte, mas exclui as minorias; tem, justamente, uma característica de princípio majoritário. Já a posição da *mediana* é aquela mais significativa para a experiência de mediação. Enquanto a *média* separa, a *mediana*, une, constituindo, um lugar de partida do qual é possível que a comunicação recomece; enquanto a primeira decide, a segunda conserva espaços argumentativos, para que cada outra

possibilidade se realize. A mediação é, pois, isto, e essa é sua diferença a respeito do juízo; ela não deve concluir nem decidir nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação (RESTA, 2005, p. 91-95).

Isto posto, a palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, entre elas. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes em uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas involucradas no conflito (HAYNES, 1993, p. 11). Trata-se de uma *gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro* por intermédio de uma "técnica mediante a qual são as partes imersas no conflito que tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão" (SIX, 2001, p. 191).

A mediação caracteriza-se por uma grande liberdade que, no entanto, não é total. Todos os programas de mediação partem de uma espécie de constituição, um protocolo, um procedimento, que todas as partes devem comprometer-se a respeitar antes de entrarem em um diálogo. Como o acordo não pode ser feito repentinamente, o trabalho começa muitas vezes por uma aprovação prévia acerca da maneira segundo a qual aquele será feito. Sob o benefício deste acordo inicial, as partes poderão abordar todos os aspectos do conflito afastando-se do domínio das categorias jurídicas (GARAPON, 1998, p. 243). A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar os interessados a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas (WARAT, 2001, p. 80-81).

Dessa forma, as práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros e na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação à conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania (WARAT, 2000, p. 9).

Segundo Morais; Spengler (2012, p. 132-135), as principais características da mediação podem se apresentar assim enumeradas: a) a privacidade, uma vez que o processo de mediação é desenvolvido em ambiente secreto e somente poderá ser divulgado se esta for a vontade das partes. Faz-se necessário ressaltar que este princípio será desconsiderado em casos nos quais o interesse público sobreponha-se ao das partes, ou seja, quando a quebra da privacidade for determinada por decisão legal ou judicial, ou ainda por uma atitude de política pública. Nesse sentido, o interesse privado jamais poderá sobrepor-se ao da sociedade; b) economia financeira e de tempo: em contrapartida aos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos, os litígios levados à discussão através da mediação tendem a ser resolvidos em tempo muito inferior ao que levariam se fossem debatidos em Corte tradicional, o que acaba por acarretar uma diminuição do custo indireto, eis que, quanto mais se alongar a pendência, maiores serão os gastos com a sua resolução; c) oralidade: a mediação é um processo informal, no qual as partes têm a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem, visando a encontrar a melhor solução para eles; d) reaproximação das partes: o instituto da mediação, ao contrário da jurisdição tradicional, busca aproximar as partes. Trabalha-se para resolver as pendências através do debate e do consenso, tendo como objetivo final a restauração das relações entre os envolvidos. Não se pode considerar exitoso o processo de mediação em que as partes acordarem um simples termo de indenizações, mas que não consigam reatar as relações entre elas. Por isso dizer-se que uma das funções do mediador é a de (re)aproximar as partes; e) autonomia das decisões: as decisões tomadas não necessitarão ser alvo de futura homologação pelo Judiciário. Compete às partes optarem pelo melhor para si mesmas. Sabe-se, entretanto, que se pode produzir uma decisão totalmente injusta ou imoral, o que apontaria para alguma falha ocorrida ao longo do procedimento de mediação. Diversos motivos podem levar a isto, mas o principal deles, possivelmente, seja a debilidade emocional por que passam os envolvidos no momento em que debatem a solução de algum problema que importuna suas vidas. Quando da ocorrência de decisão neste sentido, entendem alguns que o mediador deve interferir, alertando para o fato. Não compete ao mediador oferecer a *solução do conflito*, porém é de sua competência a manutenção e a orientação do procedimento. Ora, se é do íntimo do instituto da mediação a pacificação, é a responsabilidade do fiscal do processo alertar sobre a possibilidade de uma decisão que se afaste do caráter mesmo do mecanismo que está sendo utilizado ou não sirva para produzir aquele objetivo pacificador e reaproximador das partes e que leve, eventualmente, ao questionamento jurisdicional da mesma. Outro motivo que poderá ocasionar um futuro debate em Corte acerca de uma decisão tomada é a comprovação da participação com má-fé, no

procedimento, por qualquer das partes ou pelo mediador. Neste caso, poder-se-ia presumir o prejuízo de uma das partes em relação às demais e seria da responsabilidade do juiz togado anular o resultado firmado; f) equilíbrio das relações entre as partes: grande preocupação traduzida pela mediação é o equilíbrio das relações entre as partes. Não obterá êxito a mediação na qual as partes estiverem em desequilíbrio de atuação. É fundamental que a todas as partes seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas. A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia. Buscar-se-á através do favorecimento das trocas entre as partes, utilizando-se de um método conciliatório. Objetiva-se, na verdade, que, após o processo, os envolvidos não somente se vejam ressarcidos do(s) prejuízo(s) sofrido(s), mas também sintam que aquele conflito pelo qual passaram esteja terminado, satisfazendo tanto a lide judiciarizada, como o conflito social subjacente

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento do conflito por intermédio da mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia. Os contextos nos quais é possível aplicá-la são vários: mediação judicial, mediação no direito do trabalho, no direito familiar, na escola, dentre outros. Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 147).

Justamente por isso a mediação surge como espaço democrático, uma vez que trabalha com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior às partes, se encontra no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso num pertencer comum. Isso se dá porque a mediação não é uma ciência, mas uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para tratá-lo. Porém, a mediação suscita um paradoxo composto pelo fato de dizer ao juiz que não desenvolva o papel que disseram ser o seu, isto é, deixar de decidir e adjudicar para propô-la. Consequentemente, o que se pede é que pacifique sem decidir, quando o seu papel é tradicionalmente o de decidir sem, necessariamente, pacificar (RESTA, 2005, pp. 83-84).

Os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (por intermédio 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 (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 137).

Esta descentralização da justiça tem como objetivo não tratar do indivíduo ou intervir diretamente no social, mas favorecer uma autorreflexão crítica de todas as partes envolvidas oferecendo uma instância de discussão. Solicita-se, para fecundar esta reflexão, uma terceira pessoa que mantenha as diferentes partes dentro de certos limites e leva-as assim a encontrar soluções. Fixa limites no tempo, define o objetivo, sanciona os compromissos assumidos e, por fim, garante a justa aplicação do protocolo a todos, começando por ele próprio. Toda a gente se torna juiz no sentido em que cada um deve abstrair-se dos seus interesses particulares para encontrar a melhor solução para todos (GARAPON, 1998, p. 244-246).

REFERÊNCIAS

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HAYNES, John M. **Fundamentos de la fundamentación familiar**: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica para seguir disfrutando de la vida. Madrid: Gaia, 1993.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2005.

ROBERTS, E. A.; PASTOR, B. **Diccionario etimologico indoeuropeo de la lengua española**. Madrid: Alianza, 1997.

RICOEUR, Paul. **Soi-même comme un autre**. Paris: Édition du Seuil, 1990.

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

WARAT, Luis Alberto. Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoria no normativa del conflicto. In: **Scientia Iuris**, Londrina, nº 4, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **O oficio do mediador**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.