

Meios consensuais de solução de conflitos

Instrumentos de democracia

Lilia Maia de Moraes Sales e
Cilana de Moraes Soares Rabelo

Sumário

1. Introdução.
2. Classificação e diferenças.
3. A negociação.
4. A conciliação.
5. A mediação.
6. Identificação dos meios consensuais de resolução de conflitos como práticas democráticas.
7. Conclusão.

1. Introdução

O conflito faz parte do cotidiano das pessoas, devendo ser interpretado como algo necessário ao aprimoramento das relações interpessoais e sociais. Aponta-se assim a necessidade de que as controvérsias sejam resolvidas de forma adequada, permitindo um sentimento de satisfação e de contemplação às pessoas envolvidas. A importância da adequação do meio de solução ao tipo de conflito aponta para uma diversidade de mecanismos de solução como também para a percepção de que se faz necessário avaliar o tipo de conflito vivido para que se possa encontrar um mecanismo de solução que se encaixe à necessidade.

Nesse contexto é importante desapegar-se da visão de que só é possível a resolução de um conflito por um caminho exclusivo ou quando houver intervenção estatal e passar a construir a ideia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias

Lilia Maia de Moraes Sales é Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; professora titular da Universidade de Fortaleza, Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito; professora adjunta da Universidade Federal do Ceará; Diretora-presidente do Instituto de Mediação e Arbitragem do Ceará (Mediação Brasil); Advogada.

Cilana de Moraes Soares Rabelo é Bacharel em Direito e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora da Faculdade Christus.

a partir das necessidades e dos interesses das partes. Bolzan de Moraes (1999, p. 115) sobre o tema discorre:

“Trata-se da exigência de garantias e meios concretos rumo à democratização do acesso à Justiça – à solução de conflitos –, princípio basilar do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de um repensar os modos de tratamento dos conflitos, com o objetivo de implementar mecanismos de pacificação social mais eficientes, que não desvirtuem os ideais de verdade e justiça social do processo, proporcionem a desobstrução da Justiça e assegurem as garantias sociais conquistadas.”

Esses mecanismos possíveis, entre os quais citam-se a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, colocam-se ao lado da tradicional jurisdição como uma opção que visa vincular o tipo de conflito ao meio de solução apropriado, apresentando-se também como mecanismos de inclusão social, na medida em que as partes se tornam corresponsáveis pela construção de uma resolução mais adequada para suas contendas, e, ainda, de pacificação social, já que um dos objetivos dos mesmos é que as partes aprendam a administrar seus conflitos por meio do diálogo. Essa ideia é melhor aprofundada a seguir.

2. Classificação e diferenças

Pode-se estabelecer classificações e diferenças entre os meios de solução de conflitos sob várias perspectivas, entre as quais: referência à jurisdição e ao poder decisório. A partir da referência jurisdicional, em dois grupos: o judicial, também denominado modelo tradicional triádico, em que o conflito é dirimido por um juiz togado, que declara de quem é o Direito, e o extrajudicial, que pode ser subdividido em negociação, conciliação, mediação e arbitragem. Outros mecanismos ainda podem ser citados, apesar de não serem utilizados

no Brasil; é o caso do *mini-trial*, avaliador neutro, med-arb.

A classificação também pode-se dar sob dois outros enfoques, dependendo de quem tem poder decisório para a resolução do conflito: pode ser uma solução heterônoma, em que um terceiro decide a questão, enquadrando-se nesse enfoque a jurisdição e a arbitragem; ou autônoma (modelo consensual) em que as próprias partes procuram solucionar o conflito, não havendo, portanto, a delegação do poder de resposta, já que a mesma é construída. São exemplos desse modelo a negociação, conciliação e mediação, mecanismos que serão estudados neste artigo.

No modelo triádico, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário, estruturado como poder de Estado encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social mediante imposição das soluções normativas previamente expostas por meio de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen (1986).

Dessa forma, está diante de um dos maiores paradigmas da sociedade atual: levar ao Judiciário todos os conflitos para que este defina quem tem razão, ou seja, a imposição da decisão como a única solução. Esse modelo é em grande parte caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas como indivíduos isolados, e atribuição de um ganhador e um perdedor, em que um terceiro imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito, impondo uma decisão – “paz” por meio de sua imposição.

O crescimento da utilização desses mecanismos tem-se mostrado em diversos países, dadas a percepção da necessidade de adequação das soluções ao tipo de conflito, as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca aspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do

inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas, e as consequências da má administração desses problemas. Nos mecanismos consensuais, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de gerir os conflitos, caracterizando-se pela proximidade, oralidade, diminuição de custos e maior possibilidade de discussão de todos os aspectos inerentes ao conflito (não se restringindo apenas àqueles dados descritos nas peças processuais). Os mecanismos consensuais, assim, foram ganhando espaço nas sociedades em função, especialmente, da necessidade de se perceber o conflito, avaliá-lo e de encontrar caminhos para uma solução pacífica e construída, não apenas uma solução imposta. Buscou-se fortalecer os indivíduos que vivenciam o conflito, a partir do reconhecimento de suas responsabilidades como protagonistas desses processos de solução.

Os métodos alternativos/consensuais/adequados de resolução de conflitos não foram criados ou aprimorados para substituir o modelo tradicional de utilização do sistema judicial, nem para descongestioná-lo (não havendo, inclusive, qualquer relação de hierarquia entre o Poder Judiciário e os mecanismos consensuais), mas sim para propiciar opções viáveis, alternativas para as pessoas que buscam soluções diferenciadas, específicas, e, talvez, especializadas para suas distintas inter-relações.

A questão, portanto, é de adequação e não de hierarquia. O fundamental é que cada mecanismo de solução seja adequado ao tipo de conflito, a depender da especialidade fática de cada questão. Os itens seguintes discorrem sobre as particularidades de cada mecanismo de solução.

3. A negociação

A negociação pode ser percebida de duas maneiras, uma num sentido mais amplo, que abrange todos os mecanismos de solução de conflitos em que o diálogo

entre as partes se faz necessário, e a outra num sentido mais restrito, revelando-se como meio de solução que prescinde da intervenção de um terceiro. É a primeira instância da tentativa de resolução de conflitos, pois, diante de uma solução que atenda a ambas as partes, o conflito está resolvido.

O Projeto de Negociação da *Harvard Law School* foi pioneiro em pesquisas relativas ao assunto e em buscar estudar os diversos perfis dos negociadores. O projeto acabou identificando dois perfis básicos de negociadores: o negociador considerado afável, que faz concessões e que frequentemente troca de posições já que procura preservar o relacionamento; e o negociador rígido, que, ao contrário, nunca muda de posição, pensa apenas em suas necessidades e vê a outra parte não como parceira, mas como um oponente que precisa ser combatido.

A pesquisa supramencionada também concluiu que o ser humano é um ser naturalmente negociador, que recorre constantemente, mesmo sem ter consciência disso, ao instrumento da negociação.

Os pesquisadores identificaram ainda que uma das maiores dificuldades do instrumento da negociação reside exatamente no ponto inicial do processo, no que se convencionou chamar de posições (BRAGA NETO, 2003). Segundo os pesquisadores, o objetivo da negociação não é atingir a meta determinada de uma ou de outra parte (aqui denominada posição), mas, sim, atender aos interesses comuns e opostos das partes, muitas vezes ocultos pelas posições. A essa negociação convencionou-se chamar negociação cooperativa, ou estruturada ou, ainda, negociação por princípios, que pode ser conceituada como “comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo que atenda aos interesses comuns e opostos das partes.”

A negociação pode ser enfocada num caráter mais restrito, como já dito anteriormente, e acontece sempre que as partes prescindem da intervenção de um

terceiro imparcial e independente, pois a busca da solução se faz apenas por aqueles diretamente envolvidos na controvérsia. Assim, pode-se utilizar o conceito de Caetano (2002, p. 99), “o ajuste entre duas (ou mais) partes, diretamente entre si, para um acerto, ou mesmo para a resolução de interesses controvertidos, satisfazendo-se mutuamente”.

Nesse tipo de negociação, as partes, por meio de uma comunicação direta, encontram sozinhas uma resposta para a resolução do conflito. Teoricamente, os conflitos mais adequados a esse exemplo de negociação são aqueles em que as pessoas possuem condição de diálogo, sem que haja necessidade de um terceiro que o facilite – normalmente conflitos de ordem patrimonial.

Trata-se de um evento muito comum na vida de todos, que faz parte do cotidiano das pessoas. Está presente desde em uma discussão para decidir o local de uma reunião até na discussão de cláusulas contratuais de uma futura transação. A negociação pode assumir tanto um caráter informal, em que as partes não são levadas a assinar nenhum documento, quanto um caráter mais formal, se, logo após a negociação, as partes reduzem suas vontades em um contrato.

Deve-se considerar, no entanto, que o mais importante em uma negociação é a conversa franca, a boa-fé das partes. Isso facilita sem dúvida a efetividade do acordo, já que as chances de ser respeitado pelas partes são maiores, uma vez que a solução é decidida por elas mesmas.

4. A conciliação

A conciliação é uma forma de resolução de controvérsias na relação de interesses administrada por um conciliador indicado ou aceito pelas partes. Esse conciliador deve ser um terceiro imparcial, com competência para aproximar as partes, controlar as negociações, “aparar as arestas”, sugerir

e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito. O conciliador tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria às partes.

O instituto da conciliação encontra guarida no Ordenamento Jurídico Brasileiro, que muitas vezes busca seu estímulo. O Decreto (Regulamento) nº 737, de 25 de novembro de 1850, (CAETANO, 2002) já instituía: “Art. 23. Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento das partes”. O Código de Ética e Disciplina do Advogado prevê em seu artigo 2º:

“Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

.....
Parágrafo único. São deveres do advogado: (...)

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.”

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/43) previu a existência de Juntas de Conciliação e Julgamento, e a Lei nº 9.958/2000, alterando e acrescentando artigos à CLT, estatuiu que “as empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho”.

O Código de Processo Civil confere ao juiz, tratando a causa de direitos patrimoniais disponíveis, a designação de audiência de conciliação a ser realizada no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão

comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir¹. Ainda no mesmo Código, encontra-se a previsão do artigo 447, que permite ao juiz conciliar as partes quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais privados e em causas relativas à família.

Por seu turno, a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, prevê a busca da conciliação das partes por esses órgãos da Justiça Ordinária, devendo o processo, julgamento e execução das ações interpostas obedecerem a critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. É o que preveem os artigos abaixo transcritos:

“Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, *sempre que possível, a conciliação ou a transação*;

Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as *vantagens da conciliação*, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.”

Pode-se então afirmar, no Direito brasileiro, a coexistência de dois tipos de conciliação: a *Conciliação judicial*, disposta em lei e acima mencionada, e a *Conciliação extrajudicial*. Esses dois tipos de conciliação se distinguem na medida em que, na primeira, há a existência de um conciliador determinado pelo Poder Judiciário. Muitas vezes, o fato de a conciliação acontecer em sede de processo judicial acaba por ser marcada pelo formalismo e pelo tom adversarial. Na Conciliação extrajudicial, as partes desejam e elegem um terceiro experiente para a condução do conflito.

A conciliação extrajudicial com base na cooperação se aproxima da mediação. É muito comum a confusão entre os procedimentos. Tanto na primeira quanto na

¹ Artigo 277 (procedimento sumário) e artigo 331 (procedimento ordinário).

segunda percebe-se um processo construtivo de decisão, em que a titularidade da mesma remanesce com as partes. Possuem, entretanto, como principal nota de divergência o fato de que o mediador não sugere soluções para o conflito, pois tem a função de facilitar o diálogo, estimulando as partes a encontrarem autonomamente a solução, ao passo que o conciliador pode apresentar propostas de solução, de acordo com o que foi discutido pelas partes. Nesse sentido, o objetivo maior da conciliação é a composição das partes para finalizar uma demanda, quer judicial, quer extrajudicial.

A distinção também passa, necessariamente, pela abordagem do conflito. A conciliação é um procedimento mais célere. Frequentemente se restringe a apenas uma reunião entre as partes e o conciliador. É muito eficaz para conflitos em que inexistente entre as partes relacionamento significativo no passado ou contínuo no futuro, preferindo estas buscar um acordo de forma imediata para pôr fim a uma controvérsia ou a um processo judicial². São, portanto, conflitos esporádicos, menos complexos, que não revelam um entrelaçamento de sentimentos que venham a esconder um real conflito.

Segundo Braga Neto (2003, p. 23), a conciliação consiste no emprego de somente quatro etapas, a saber:

- *Abertura*, onde são feitos, por intermédio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou de sua impossibilidade;

- *Esclarecimentos* das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Momento de vital importância no procedimento, pois é nele que se manifestam as posições de cada uma das partes. O conciliador, por seu tur-

² Como no caso de um abaloamento de veículos ou numa relação de consumo, em que as partes não convivem, mas precisam de um terceiro para ajudá-las a refletir qual a melhor solução para a controvérsia.

no, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, mediante o desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer valer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal das partes. Na sequência, encaminha-se para o estímulo à criação de opções;

- *Criação de opções*, quer por sugestões trazidas pelo terceiro, quer por intermédio de propostas delineadas pelas partes, com o objetivo de atingir o almejado consenso pela solução, e posteriormente;

- *O acordo*, sua redação e assinatura.

Aos conflitos oriundos de relações emocionais ou continuadas cabe a escolha de um processo mais profundo, de interferência sutil e adequada à complexidade do problema. Isso porque o ideal nesse tipo de conflito é que se resolva tanto o problema real quanto o problema aparente; tanto o conflito em si como a causa desse conflito. Nesse processo, é importante que se tenha oportunidade de trabalhar os interesses e necessidades das partes, bem como o futuro das mesmas, não restringindo a solução à problemática posta em discussão.

5. A mediação

A mediação é um meio não adversarial de solução de conflitos marcado pela interação de um terceiro. É um *mecanismo que exige a gestão do conflito pelas próprias partes, que tem como principal objetivo o restabelecimento da comunicação entre as partes*. A intervenção deste terceiro geralmente se efetiva quando, por falta de diálogo ou confiança, as partes não conseguem chegar a uma solução satisfatória.

A mediação se assemelha em alguns aspectos à conciliação, entretanto não pode o mediador, como ocorre na conciliação, opinar acerca de qual seria a melhor solução para a controvérsia. Seu papel se restringe ao auxílio da comunicação entre as partes, para que possam juntas encontrar a solução adequada para o problema em questão.

Outro aspecto que diferencia a mediação da conciliação é que o conflito adequado àquela decorre de uma relação continuada. Essa diferença se dá exatamente porque a forma de atuação do mediador permite a descoberta dos conflitos reais subjacentes aos aparentes, próprios das relações envolvidas por laços de afeto. Assim, o mediador, para melhor auxiliar nas questões controversas, deve ter mais tempo para investigar toda complexidade que envolve a inter-relação.

Célia Regina Zapparolli (2003) defende que a mediação, como procedimento, visa facilitar a administração pacífica de um conflito pelas próprias partes. Ou seja, uma pessoa capacitada e imparcial – o mediador – usa de técnicas específicas de escuta, análise e definição de interesses que auxiliam a comunicação dessas partes, objetivando a flexibilização de posições rumo a opções e soluções eficazes a elas e por elas próprias. Para Stephen Littlejohn e Kathy L. Domenci (1999), a mediação corresponde ao uso de um terceiro que auxilia para que se atinja compreensão, facilitando a comunicação e negociando um acordo em situações de conflito.

Adolfo Braga Neto e Lia Sampaio (2007) entendem que a mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito, estimulando o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas.

A mediação visa conscientizar e mobilizar as partes à administração de seus próprios problemas, mediante um facilitador imparcial³, que não decide, mas apenas

³ Já que a neutralidade, como entendem alguns, idealizada por uma ciência objetiva, cuja subjetividade não interfere na constituição do saber e na práxis do mediador, é praticamente impossível de ser verificada. Dificilmente, um mediador, mesmo o mais treinado, não desenvolverá sentimentos no decorrer do processo. Neutro significa “não envolvido”, o que quer dizer que o mediador não deve envolver-se emocionalmente com

auxilia as partes íntegras à conversão desses conflitos em ações. Com o procedimento da mediação, as partes são introduzidas à cultura da administração pacífica de seus próprios problemas, à conversão de um conflito de interesses em possibilidades reais. Portanto, permite o desenvolvimento do protagonismo, ou seja, fortalece a capacidade de as pessoas analisarem situações e tomarem decisões efetivas sobre si mesmas.

Um trabalho de mediação bem-feito busca não só a assimilação de novos comportamentos, no sentido de novas respostas às demandas divergentes, mas também a flexibilização de crenças das partes envolvidas e o ganho de autonomia.

Pode a mediação ser aplicada em diversos contextos, incluindo relações comerciais, comunitárias, ambientais, familiares, trabalhistas.

Ainda não há no Brasil lei específica sobre a mediação⁴, portanto, sua prática e fundamentação teórica têm-se estruturado segundo a experiência e a formação do profissional que intervém como mediador. É um campo profissional que se beneficia da multidisciplinariedade, geradora de uma interação interdisciplinar em busca de soluções transdisciplinares (BRAGA NETO;

qualquer uma das partes para conduzir a negociação de forma imparcial. Para ser neutro na sua atividade, seria necessário que o mediador não tivesse expectativas ou que seus sentimentos e emoções não interferissem em sua maneira de perceber e interpretar o mundo. Além disso, seria preciso que ele, contrariando um dos paradigmas da mediação – o da transformação social em direção à cultura da paz – não buscasse promover qualquer mudança nos seus mediados. Também não é necessário que o mesmo seja uma tábula rasa, já que quanto maior o seu arcabouço de conhecimento maior a possibilidade de interação e facilitação para a administração do conflito pelas partes. Deve o mediador, dentro do possível, manter-se equidistante das partes, intervir minimamente no processo, para apenas conduzi-lo, regê-lo, não induzir “saídas” e procurar favorecer uma distribuição equitativa de poder entre as mesmas.

⁴ O Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos, ainda não foi definitivamente aprovado pelo Congresso Nacional.

SAMPAIO, 2007, p. 21). Os autores nem sempre coincidem na maneira de catalogar os modelos práticos de mediação. As três escolas mais citadas são a Escola Tradicional – Harvard, a Escola Transformativa e a Escola Circular-Narrativa (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007, p. 22-24).

A *Escola tradicional – Harvard*, desenvolvida por Fisher, Uri e Patton em 1991 e proveniente do campo empresarial, centra-se na satisfação individual das partes e visa à obtenção de um acordo. Esse modelo separa as pessoas do problema; enfoca os interesses e não as posições; cria opções para benefício mútuo e insiste nos critérios objetivos. Nesse modelo o mediador é o facilitador de uma comunicação pensada de forma linear, de um conflito construído sobre uma relação de causa e efeito.

A *Escola Transformativa*⁵, desenvolvida por Bush e Folger, busca a transformação das pessoas no sentido do crescimento da revalorização pessoal e do reconhecimento da legitimidade do outro, e, portanto, o acordo é visto como uma possibilidade e não como uma finalidade própria do processo mediativo. O foco dessa escola se concentra nas transformações de caráter e nas formas de relacionamento.

E a *Escola Circular-narrativa*, desenvolvida por Sara Cobb e Marinés Soares, construiu um modelo de mediação voltado fundamentalmente para o campo da família, no qual resgatam a teoria da comunicação e algumas técnicas utilizadas pelas terapias familiares. Nesse método, procura-se desconstruir velhas narrativas, dando oportunidade para que novas sejam construídas e então surja (ou não) o acordo. Por essa escola, as causas do conflito se retroalimentam, criando efeito circular, e o importante é melhorar as relações interpessoais. Apoiar-se na teoria dos sistemas e no construcionismo social.

Aponta-se, além da restauração da comunicação e facilitação do diálogo, como

⁵ Estabelece-se a concepção sistêmica, que vê o mundo em termos de relações e de integração.

principais objetivos da mediação: a busca pela solução dos conflitos, a prevenção da má administração dos conflitos, a inclusão social e a paz social.

A *solução dos conflitos*, por meio do restabelecimento do diálogo, pode ser apontada como o mais evidente objetivo da mediação. É necessário lembrar, entretanto, que, conforme o modelo transformativo e o circular-narrativo, o acordo configura-se como uma consequência da mediação e não o seu principal objetivo. Nesse aspecto, o mais importante é que a mediação facilite o diálogo entre as partes e propicie momentos de criatividade para que elas possam analisar qual seria a melhor opção diante da relação existente, mesmo que não consigam efetivamente chegar a um acordo. Adolfo Braga Neto (2003, p. 34) expõe que “[...] Nesse sentido o acordo passa a ser a consequência lógica resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento e não sua premissa básica”.

Dessa forma, pode-se afirmar, inclusive, que ao se conseguir facilitar o diálogo a mediação foi exitosa, mesmo que no momento do processo mediativo as partes não cheguem de imediato a uma solução.

Como afirmam Stephen Littlejohn e Kathy L. Domenici (1999), o diálogo não leva necessariamente ao acordo, mas pode resultar em entendimento e respeito entre adversários. Uma vez que o processo de mediação pode humanizar as pessoas em relação às outras, ajudá-las a transcenderem seus pressupostos e perceberem umas às outras como pessoas reais, com preocupações e necessidades.

A mediação estimula também a *prevenção da má administração dos conflitos*, uma vez que incentiva a avaliação das responsabilidades de cada parte naquele momento (evitando atribuição de culpas); a conscientização da adequação das atitudes, dos direitos e deveres e da participação de cada indivíduo para a concretização desses direitos e para as mudanças desses

comportamentos; a transformação da visão negativa para a positiva dos conflitos (percepção do momento do conflito como oportunidade para o crescimento pessoal e aprimoramento da relação); a convivência com as diferenças; e, finalmente, o incentivo ao diálogo, possibilitando a comunicação pacífica entre as partes, criando uma cultura do “encontro por meio da fala”, facilitando a obtenção e o cumprimento de possíveis acordos.

Assim, a mediação, como um meio para facilitar o diálogo entre as partes, estimula a cultura da comunicação pacífica; e as partes, depois de participarem de um processo de mediação, se, novamente, em dada circunstância da vida, não conseguirem administrar sozinhas seus conflitos, passam a requerer um novo processo mediativo para a problemática da questão.

Outro objetivo da mediação é a possibilidade de *inclusão social* conferida às partes, já que as pessoas envolvidas no conflito são percebidas como as mais importantes no processo de mediação. A pessoa participa efetivamente, sentindo-se valorizada e incluída, tendo em vista a sua importância como ator principal e fundamental para a análise e a solução do conflito. A mediação apresenta-se com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados.

Esse é, especialmente, o viés democrático da mediação. No momento em que a pessoa participa da solução de seus próprios conflitos, está contribuindo para o exercício da cidadania, e sabe-se que o *processo de democratização* pressupõe a existência de cidadãos ativos.

Ao se falar em processo de democratização, parte-se do pressuposto que, no Estado Brasileiro, a democracia, ou pelo menos o sentimento democrático, ainda encontra-se em construção. Robert Dahl (2005) defende que não existe de fato uma

democracia perfeita, mas sim regimes em processo de democratização, denominados Poliarquias. Para tal pensador, há dois pressupostos caracterizadores do processo de democratização: a inclusividade, com participação efetiva do cidadão na vida política, e a contestação pública, como o direito que o cidadão possui de se opor aos atos do governo.

Há na mediação uma quebra de paradigma social na medida em que o cidadão, antes acostumado a atribuir ao Estado a resolução de seus conflitos, com a prática da mediação, passa a exercer autonomia para gerir seus conflitos, pesquisando a causa e o meio mais adequado para sua solução. Assim, a mediação é um poderoso instrumento democrático, pois funciona como facilitadora dos pressupostos de concretização da democracia na medida em que fomenta a inclusão e a emancipação social e transforma a cultura política de sujeição em cultura política de participação.

Nesse sentido Muszkat (2005, p. 15) visualiza: “[...] Aprendi a ver a mediação como importante veículo de transmissão de democracia. Democracia como forma de horizontalizar as relações humanas e de desconstruir as diferenças”.

Célia Regina Zapparolli (2003) assevera que a mediação vai além do procedimento, do veículo pontual e eficaz para a administração e resolução pacífica de conflitos, de redução dos processos judiciais e da violência. Ela é fundada em um conhecimento profundo que pode ser usado como instrumental poderoso pelos operadores das mais diversas searas, tendo uma importância fundamental na mudança ética e cultural, na conscientização, para que as pessoas sejam senhoras de seus destinos, empoderadas e investidas na autogestão e resolução pacífica de seus próprios conflitos, com autorresponsabilização.

Outro objetivo da mediação estudado neste tópico se refere à *paz social*. A paz social é uma mera utopia? Pode ela ser conceituada? Pode de fato ser alcançada?

Embora se reconheça que seja de difícil conceituação, pretende-se ressaltar nesse estudo que a paz social não se restringe apenas ao campo da violência moral ou física, já que o caminho da tão almejada paz social passa também pela efetivação dos direitos fundamentais.

Como o processo de mediação pode ajudar na busca e concretização da paz social?

Primeiro, é necessário perceber o conflito numa vertente positiva, como afirmado anteriormente. O conflito faz parte das relações humanas, tanto pessoais quanto interpessoais, e pode ser visto como forma de crescimento pessoal e social, a partir do momento em que abre espaço para reflexões e mudança de posições e ressignificação de valores. Dos conflitos podem-se extrair grandes oportunidades de crescimento, transformação.

Segundo, a mediação estimula as pessoas envolvidas no conflito a resolvê-lo, a administrá-lo, a partir do diálogo e com a conscientização sobre o papel corresponsável de cada parte. Ressalte-se ainda o estímulo à substituição da cultura adversarial do perde-ganha pela cultura do ganha-ganha. Assim, assumindo a complexidade que caracteriza o ser humano e seus relacionamentos, estimula a tomada de decisões conjuntas, trazendo a capacidade de promover o bem-estar da comunidade.

Em princípio pode parecer muito conveniente a condição de sempre delegar poderes a um terceiro (ao Estado, por exemplo) para a resolução de seus conflitos. Entretanto, com o passar do tempo, tal facilidade pode tornar-se um incômodo, já que, ao outorgarem a terceiros a solução de um conflito, as partes acabam por optar pela submissão à visão de mundo dos outorgados, ao seu direcionamento, às suas decisões, o que lhes retira o processo autônomo de tomada de decisão, e principalmente a conscientização de cada um do seu papel corresponsável para a deflagração do conflito e para a resolução do mesmo.

A solução de conflitos sempre apresentada por um terceiro estimula uma “paz sem voz”, quando num Estado Democrático há a exigência da participação ativa das pessoas nas decisões. Por isso é que a mediação busca a “paz com voz”, por meio da fala, da comunicação – aqui parafraseando o compositor Marcelo Yuka (Grupo Rappa). A paz com participação, com valorização do ser humano. O sentimento de inclusão promove uma mudança de cultura que estimula a participação ativa das pessoas na solução individual, e, conseqüentemente, na coletiva.

Difícilmente um conflito possui natureza e caráter exclusivamente jurídico. O conflito decorre de ações/omissões e sentimentos humanos, e restringi-lo à sua face jurídica seria, conseqüentemente, restringir o universo humano e suas relações interpessoais. Os Direitos de Ação e de Defesa, constitucionalmente privilegiados, quando enfocados de forma restrita, não levando em conta o contexto, a integridade dos seres envolvidos e seus interesses reais, acaba por prejudicar os próprios sujeitos à tutela (ZAPPAROLLI, 2003, p. 58).

A utilização desses procedimentos é viável para solução de várias espécies de conflitos, sobretudo aqueles que advêm de relações continuadas, que no âmbito da discussão judiciária, por meio de uma ação em que será discutido apenas o direito em si, não possuem a oportunidade de serem dirimidos.

É necessário perceber os reais interesses das partes para um conhecimento mais aprofundado do conflito, uma vez que as pessoas sempre se deparam com discursos concretos e fechados de posições, em que existem, subliminarmente, desejos conscientes e inconscientes, ou seja, os interesses e as necessidades que na realidade são os verdadeiros motivadores da existência dos conflitos (BRAGA NETO, 2003).

Além disso, como já afirmado anteriormente, o conflito, nos métodos não adversariais de solução, são trabalhados na ótica

da cultura do ganha-ganha, procurando se concentrar nos interesses que as partes ainda têm em comum.

Salomão Lopes Teixeira (2007, p. 26) bem resume a problemática da atuação adversarial na resolução do conflito:

“O conflito, na visão competitiva, abrigada pelo Estado, acaba por revelar um contexto em que mais importantes que as partes são as referências ao sistema de resolução (no caso, o judicial). Isto é um modo de desvalorizar as pessoas e as desmotivar ou, antes, as motivar para mais combate [...]. O Direito, em tal sistema, engessa-se e não parece se revestir de maiores preocupações que não as de conformar os interesses de cada um dos litigantes às regras estabelecidas. A vontade das partes deve operar-se em consonância com a legislação existente e pugnar dentro de seu traçado. É como se o Direito tivesse chamado a si a tarefa de deter o curso da vida dos litigantes, a partir de determinado conflito que apresentam ao Estado para solução.”

A cultura da resolução estritamente adversarial e formal intensifica a má administração dos conflitos e, muitas vezes, resulta em violência, tanto entre as partes como na sociedade e nos próprios profissionais, perpetuando-se pelas gerações. Tal cultura, além de absorvida pelos seres humanos, que naturalmente já lidam com aspectos derivados do maniqueísmo, foi reforçada tradicionalmente nas faculdades de Direito brasileiras⁶, que só nos últimos anos vêm implementando disciplinas em que se discute a administração pacífica dos conflitos.

No Brasil, pelo fato de o processo de mediação ainda não ser regulamentado⁷,

⁶ Informa Zapparolli (2003) que as escolas jurídicas brasileiras em sua grande maioria são herdeiras da década de 1980, auge do direito processual.

⁷ O projeto de lei que regulamenta o procedimento da mediação ainda não foi aprovado pelo Congresso Nacional - PL nº 94, de 2002/ PL 4.827 de 1998.

inexiste uniformidade quanto aos princípios norteadores, bem como à sua dinâmica. A doutrina (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007) aponta como princípios: autonomia da vontade das partes, imparcialidade, independência, credibilidade, confidencialidade e acolhimento das emoções pelos mediados.

O princípio da autonomia das partes deve orientar o procedimento da mediação sob dois enfoques: garantir a elas o poder de optarem pelo processo, uma vez conhecida essa possibilidade, e conscientizá-las sobre a total liberdade na tomada de decisão durante ou ao final do processo.

É de grande importância a imparcialidade do mediador. Este deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que seus preconceitos ou valores pessoais interfiram na condução do processo. Deve ainda buscar o equilíbrio no procedimento, procurando abster-se de qualquer conduta, seja verbal ou não, que denote preferência entre as partes. A mediação é um processo que busca resgatar a empatia entre as partes em conflito. Essa busca restará prejudicada se o mediador demonstrar preferência por uma posição colocada em foco, já que a outra parte poderá valer-se dessa situação para não refletir sobre suas posições e não rever seus posicionamentos.

Caso haja ligação do mediador com uma das partes envolvidas no processo, tanto sua imparcialidade quanto sua independência estarão comprometidas. Assim, deve o mediador informar as partes acerca da existência de fato anterior que permita eventual dúvida sobre sua independência antes de aceitar o encargo de mediá-las.

Como já dito anteriormente, as partes, ao recorrerem a um processo de mediação, em sua grande maioria, estão com dificuldades na condução do diálogo, seja por desconfiança, por mágoa ou por sentimentos conflituosos. Ao mediador cabe preliminarmente o restabelecimento desse diálogo e, sendo exitoso, inspirar confiança às partes. Quanto maior for a interação do

mediador com as partes, mais fácil será para este entender as emoções presentes.

O princípio da competência roga que o mediador somente deve aceitar o encargo de conduzir esse instrumento se estiver convicto de suas qualidades para atender os mediados em seus questionamentos, expectativas e preocupações. Treinamento, experiência em mediação, empatia, compreensão de diferenças culturais são atributos considerados fundamentais a um mediador. Caso este, em contato com as partes no início do processo, vislumbre qualquer dificuldade na condução, deve declinar do encargo.

As informações numa mediação são privilegiadas e confidenciais, não podendo o mediador revelá-las. O dever de sigilo dos mediadores sobre fatos conhecidos no exercício de sua atividade é resguardado quanto à obrigatoriedade de prestar testemunho, desde, claro, que a ordem pública não seja contrariada.

O mediador deve ser capaz de acolher as emoções dos mediados e conseguir trabalhá-las no decorrer do processo. Nesse ponto é importante ressaltar que emoção, no entendimento desse trabalho, é uma reação físico-químico-biológica dos indivíduos ao responderem a determinados estímulos trazidos por outras pessoas ou relativos a fatos ou situações relatadas. Essas reações, sejam conscientes ou não, são naturais ao longo do processo de mediação, que, muitas vezes, trata de temas vitais ao interesse das partes.

As estratégias para lidar com as emoções devem considerar as características de personalidade dos indivíduos e também os fatores socioculturais por detrás dos conflitos. O mediador deve trabalhar para que ao longo do processo os mediados reconheçam a legitimidade das emoções do outro. Isso não necessariamente significa aceitação, mas sim reconhecimento do direito de que cada parte tem de possuir sentimentos específicos em relação a determinadas situações.

Com o prosseguimento do processo mediativo, os mediados devem aprender a identificar seus interesses, separando-os de suas posições. Cabe ao mediador auxiliá-los nesta tarefa, procurando demonstrá-los através do que foi exposto ou mesmo silenciado no decorrer do processo. As emoções, uma vez dirigidas aos interesses, serão mais bem aceitas e entendidas.

O processo de mediação não segue um rito universal. Cada instituto que possui como objeto de trabalho a mediação de conflitos pode apresentar um procedimento próprio. Adolfo Braga Neto (2003) mais uma vez sugere uma dinâmica bem estruturada a ser seguida pelo mediador, que se desdobra em: pré-mediação, investigação, criação de opções, escolha das opções, avaliação das opções e acordo.

Na pré-mediação, ocorre o primeiro momento de contato dos mediados com o processo. É nessa fase também que o contrato de prestação de serviço de mediação é apresentado. É um momento importante, uma vez que propicia a construção de uma abordagem apropriada com as partes que visa facilitar o nascimento de sua confiança no procedimento.

Na investigação, o mediador tece os esclarecimentos acerca do procedimento e tenta analisar, por meio de sua escuta e percepção, as várias formas de comunicação e a complexidade da relação entre os mediados. Nessa fase, é importante que o profissional encarregado de coordenar o procedimento aporte técnicas para conseguir definir a controvérsia, os interesses e as necessidades dos mediados. É importante ainda que o mediador incentive a cooperação entre as partes.

Na fase de criação de opções, cabe ao mediador estimular as partes a refletirem sobre as eventuais opções para a solução da problemática. Na verdade, é o momento no qual se estudam os caminhos que podem ou não ser seguidos. Posteriormente, na escolha de opções, o mediador auxilia as partes a fazerem a melhor escolha entre

as diversas opções trazidas à mesa, tendo como referência, claro, os interesses, desejos e necessidades das partes. Ressalte-se, entretanto, que nesse auxílio não cabem sugestões de solução pelo mediador, sob pena de se comprometer a autonomia na tomada de decisão.

Após a fase de escolha de opções, passa-se para a etapa de avaliação, em que, em conjunto com os mediados, é realizada uma projeção para o futuro de acordo com as opções apontadas. Na sequência, prepara-se o acordo, por meio da construção conjunta do termo final de tudo aquilo que foi escolhido e identificado como solução pelos mediados.

A mediação como proposta de resolução de conflitos denuncia a necessidade de um novo pacto social. Deve ser compreendida como um novo saber que responde a diversas demandas e corresponde aos ideais de construção democrática a partir do momento em que possibilita resgatar o protagonismo dos próprios atores que compõem o cenário das situações de conflito.

6. Identificação dos meios consensuais de resolução de conflitos como práticas democráticas

A natureza democrática desses institutos são expressas por suas características. A mediação, a conciliação e a negociação são procedimentos que procuram resolver os conflitos de maneira ativa, participativa, pacífica e inclusiva, por meio da valorização do diálogo, do respeito às partes, da formação de parcerias e com ativa participação e responsabilidade das pessoas.

Os pontos de contato entre os institutos e a democracia se revelam nas questões como o acesso à justiça⁸, participação, inclusão social, o exercício da cidadania, o respeito aos direitos fundamentais e o resgate da dignidade humana, pois, como afirma Dynair Daldegan (1999, p.114),

⁸ Aqui entendida numa acepção ampla, e não numa acepção restrita, de acesso ao Poder Judiciário.

“Seu fundamento básico tem sido o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, bem como a consciência da necessidade de participação democrática em todos os níveis, e a crença de que cada indivíduo pode e deve participar e ter o controle das decisões que dizem respeito a sua vida, a prevalência dos valores éticos que devem nortear os acordos particulares, e uma maior tolerância às diversidades caracterizadoras da cultura moderna-contemporânea.”

Esses institutos, por estimularem a participação das pessoas envolvidas numa contenda, considerando-as capazes de encontrar as soluções mais adequadas para o conflito, contribuem para uma nova visão de cidadania, na qual o indivíduo se torna protagonista e responsável por suas escolhas.

Há assim uma estreita vinculação entre uma democracia de qualidade e a prática cidadã. Quanto mais democratizada a participação dos cidadãos nas decisões políticas, com a disponibilização tanto de mecanismos de intervenção popular (referendo, plebiscito, etc.) quanto de espaços e oportunidades para uma participação efetiva, com o respeito às diferenças e a procura da construção de consensos, mais intensa será a noção de cidadania ali observada.

Nesse sentido, a mediação, a conciliação e a negociação se aproximam da visão ampliada de prática cidadã, já que colaboram no sentido de conscientizar as pessoas acerca de seus direitos (participar, ser ouvido, opinar), bem como de seu papel como agente de transformação da realidade, como sujeito de um novo processo de transformação social. São, portanto, práticas que fomentam a democracia.

Esses aspectos demonstrados remetem a um ponto indispensável ao presente trabalho: o de que o processo democrático – e, enquanto *processo*, construção⁹ – encontra-

⁹ José Murilo de Carvalho (2001), ao analisar a realidade brasileira, destaca que, apesar do impulso

se intimamente vinculado ao exercício da cidadania, desenvolvendo-se de forma circular, na medida em que a efetividade da prática cidadã possibilita a construção de uma democracia forte, que, por sua vez, irá estimular a atuação de um maior número de cidadãos conscientes de sua tarefa, gerando uma vida democrática mais rica e intensa (FAZOULI, 2002, p. 63).

Os referidos institutos são mecanismos que se encaixam nesse processo de construção democrática, no momento em que estimulam a participação ativa, consciente e responsável, buscando valorizar o ser humano, que, por sua vez, passa a se sentir incluído. São instrumentos que contribuem para o fomento da cidadania e da participação, já que têm como um de seus requisitos fundamentais a participação ativa das pessoas na construção das alternativas e decisão da melhor solução do conflito.

Baseados na autonomia e partindo da premissa de que as pessoas são capazes de realizar uma comunicação eficaz, com foco no diálogo, a mediação e a conciliação incentivam o reconhecimento, pelas próprias partes, de seu papel de cidadão, não aquele identificado como povo destinatário das ações e prestações do Estado, mas do povo enquanto ator político (LIMA; BERCOVICI, 2005, p. 17) e apto a tomar parte nos debates relativos aos assuntos tanto individuais quanto coletivos.

7. Conclusão

Os mecanismos consensuais de solução de conflitos apresentam-se como práticas de estímulo à democracia, tendo em vista que requerem a participação ativa das partes envolvidas no conflito na construção de uma solução. O diálogo impulsiona o empoderamento das pessoas, caracterizando-as como imprescindíveis para a solução

democrático advindo da Constituição de 1988, a estabilidade democrática ainda não se encontra fora de perigo, em virtude de não resolvidos, pela democracia política, os problemas econômicos mais sérios e de ainda persistirem os problemas na área social.

adequada da controvérsia. Assim, aponta-se como positivo para a consolidação da democracia a utilização desses mecanismos em várias esferas de atuação – no âmbito judicial ou extrajudicial, na comunidade, na escola, na empresa, no hospital ou em outro espaço no qual conflitos existam e necessitem de soluções construídas.

Referências

- BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre a mediação e a arbitragem*. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC, 2003.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- DAHL, Robert A. *A poliarquia: participação e oposição*. Tradução de Celso Mauro Pacionirk. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.
- DALDEGAN, Dynair Alves de Souza. A mediação ontem e hoje: suas indicações. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 109-118, jul./dez. 1999.
- FAZOULI, Fábio Rodrigues. Cidadania, Democracia e estado democrático de direito. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 18, n. 1, p. 61-97, 2002.
- HARVARD. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/>>. Acesso em: 22 jun. 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. *Seqüência*: revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis, v. 25, n. 51, p. 9-30, dez. 2005.
- LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy L. Objetivos e métodos de comunicação na mediação. In: SCHNITMAN; LITTLEJOHN. *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.
- MEDIAÇÃO. Disponível em: <<http://www.mediars.com.br/conceitos/conciliacao.asp>>. Acesso em: 11 jun. 2008.
- TEIXEIRA, Salomão Lopes. *A mediação e o desafio da complexidade*. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza – Unifor, Fortaleza, 2007.
- ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003.