

Carlos Eduardo de Vasconcelos

Mediação de Conflitos

e Práticas Restaurativas



Modelos, Processos, Ética e Aplicações

EDITORIA
EMÉTODO

Mediação de Conflitos

E PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Carlos Eduardo de Vasconcelos

Mediação de Conflitos

E PRÁTICAS RESTAURATIVAS



SÃO PAULO

© EDITORA MÉTODO

Rua Conselheiro Ramalho, 692/694
Tel.: (11) 3215-8350 – Fax: (11) 3262-4729
01325-000 – Bela Vista – São Paulo – SP
metodo@editorametodo.com.br

Capa: Tiago Roffé

Visite nosso site: www.editorametodo.com.br

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Vasconcelos, Carlos Eduardo de
Mediação de conflitos e práticas restaurativas / Carlos Eduardo de Vasconcelos. - São Paulo : Método, 2008.

Bibliografia

1. Mediação - Brasil. 2. Conciliação (Processo civil). 3. Conflitos - Administração. I. Título.

07-3544.

CDU: 347.925

ISBN 978-85-7660-229-3

A Editora Método se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
2008

*À minha Júlia Rocha e aos filhos Luciana,
Daniel e Tiago, com muito amor.*

Agradecimentos a Clávio Valença Filho,
Elias Gomes, João Maurício Adeodato,
João Bosco Lee, Jones Figueirêdo, Misael
Montenegro, Mário de Oliveira
Antonino (Rotary), Renato Sócrates
e Souto Maior Borges, pelo inestimável apoio.

PREFÁCIO

Prefaciador uma obra evidencia desafio relativamente complexo, já que o prefaciador deve compreender a exata extensão do que lhe foi delegado. Escrever em excesso pode denunciar que o prefaciador pretende participar da obra, como se fosse co-autor. Escrever pouco, quando a obra é qualitativa, é um pecado.

Acho que não enfrentarei esses problemas com a obra que apresento à comunidade jurídica neste momento, considerando que o amigo Carlos Eduardo é *expert* em mediação de conflitos de interesses. Sempre foi e sempre será. É algo nato, que o acompanha desde o nascimento, o que costumamos chamar de dom.

O que pretendo afirmar de saída é que o amigo Carlos Eduardo respira e transpira a mediação em todas as horas do seu dia, há anos. Desse modo, as linhas que compõem a obra revelam algo que não pode ser adquirido, sendo *coisa fora do consumo*: experiência.

Firmada a premissa, libero-me de tecer comentários sobre a técnica da mediação, pois qualquer coisa que viesse a escrever seria de pouca qualidade científica, se comparada ao texto elaborado pelo amigo Carlos Eduardo. Resta-me examinar a pertinência do assunto, sua importância para os operadores do direito.

Não há necessidade de sermos providos de inteligência diferenciada para constataremos que a solução dos conflitos de interesses é tema de repercussão mundial, não interessando apenas aos residentes e domiciliados no Brasil. A lentidão da solução do conflito atinge os cidadãos do mundo, emperrando a economia, intranquilizando os membros da sociedade civil, evitando a circulação de riquezas. É mal generalizado.

Até parece que a globalização vem reduzindo a paciência e a capacidade de acomodação das pessoas. Sempre afirmei (e continuarei afirmando) que a nossa formação latina *esquenta* as discussões, incita os conflitos, prolifera a quantidade de processos na Justiça.

Esperar que o Poder Judiciário consiga pacificar todos os conflitos que lhe são submetidos à apreciação é uma grande quimera, evidenciando a importância das intituladas *formas alternativas de solução das controvérsias*, com destaque para a mediação, a arbitragem e outras técnicas semelhantes, ou com o mesmo propósito.

Isto só será possível se a mudança de mentalidade ocorrer da base para o ápice, desde a sala de aula, por meio da educação, mostrando aos jovens que o litígio pelo litígio, o processo pelo processo, a disputa pela disputa geram prejuízos incalculáveis não apenas para os protagonistas da relação processual, mas para todos os membros da sociedade, já que o conflito que ata duas pessoas projeta efeitos para muito além delas. O conflito é de dimensão social.

Assim, a valorização da mediação passa pela inclusão da disciplina (como obrigatória, de preferência) na grade curricular do curso de Direito, para que o acadêmico compreenda, enquanto acadêmico, que o mundo jurídico é amplo, e que direito não representa apenas litígio, mas, sobretudo, pacificação.

As considerações acentuam a importância da obra, resultando uma intimização dirigida a todos os que se debruçarem na leitura deste preâmbulo: não ler a obra é um pecado.

Amigo Carlos Eduardo, parabéns pela obra. Que outras sejam escritas. Parabéns pela visão social. Parabéns pela ousadia. O resto é consequência. Críticas virão. Recolha-as com carinho; reflita sobre elas; aproveite-as e permita novas edições. Desse modo, a alegria que sentimos hoje (todos os seus leitores) será renovada.

Misael Montenegro Filho

Advogado. Professor da pós-graduação da
ESMAPE – Escola da Magistratura de Pernambuco.
Membro do IBDP – Instituto Brasileiro
de Direito Processual. Membro da AASP –
Associação dos Advogados de São Paulo.
Autor de diversas obras jurídicas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
I. O CONFLITO NA PERSPECTIVA DA MEDIAÇÃO	19
1. Caracterização do conflito	19
2. Evolução do conflito	21
3. Conflito na era dos conhecimentos	25
II. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E O NOVO PARADIGMA DA CIÊNCIA	29
1. Pensamento sistêmico e o novo paradigma	29
1.1 Dimensão da complexidade	30
1.2 Dimensão da instabilidade	31
1.3 Dimensão da intersubjetividade	32
2. Complexidade e conflito nas relações interpessoais	33
III. GESTÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS: CONCEITOS INTRODUTÓRIOS	35
1. Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem	35
2. Capacitação dos mediadores	40
IV. MEDIAÇÃO COMO ACESSO À JUSTIÇA	43
1. A efetividade do direito de acesso	43
2. O acesso pela mediação	45
3. A pluralidade enquanto complementaridade	47
4. Algumas reflexões de ordem prática	49

V. DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO (DECLARAÇÃO UNIVERSAL – ONU/1948)	53
1. Direitos fundamentais à igualdade: Dudh: Artigos 1.º e 2.º (direitos econômicos e sociais).	55
2. Direitos fundamentais à existência digna: Dudh: Artigos 3.º, 5.º, 12, 16, 22, 25, 26 e 27 (vida, integridade, vida privada, honra, família, previdência social, educação e cultura).	56
3. Direitos fundamentais à liberdade: Dudh: Artigos 4.º, 17, 18, 19, 20 e final do art. 23 (não-escravidão, não-servidão, propriedade, liberdades de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, reunião e associação).	57
4. Direitos fundamentais à estabilidade democrática: Dudh: Artigos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 13, 14, 15, 21, 23, 24, 28, 29 e 30 (garantias iguais perante a lei e a justiça).	57
5. Uma visão prospectiva dos Direitos Humanos:	58
VI. PRECEITOS DE COMUNICAÇÃO CONSTRUTIVA	63
1. Conotação positiva	65
2. Escuta ativa	65
3. Perguntas sem julgamento	66
4. Reciprocidade discursiva	67
5. Mensagem como opinião pessoal	67
6. Assertividade	68
7. Priorização do elemento relacional	69
8. Reconhecimento da diferença	69
9. Não reação	70
10. Não ameaça	71
VII. MODELOS DE MEDIAÇÃO	73
1. Modelos focados no acordo	73
1.1. Mediação satisfativa	73
1.1.1. Valores e modelos de negociação, consoante a Escola de Harvard	74
1.1.2. Técnicas de Negociação adotadas nas mediações	75
1.1.3. O desenvolvimento de uma mediação satisfativa	78
1.2. Conciliação	78
2. Modelos focados na relação	80
2.1. Mediação Circular-Narrativa	80
2.1.1. Microtécnicas	81
2.1.2. Minitécnicas	82
2.1.3. Técnica	83

2.1.4. Macrotécnica.	84
2.1.5. Particularidade do modelo circular-narrativo.	84
2.2. Mediação Transformativa.	85
2.2.1. Capacitação e empatia.	85
2.2.2. Padrões de interação.	87
2.2.3. Particularidade do modelo transformativo.	88
 VIII. O PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO: PRÉ-MEDIAÇÃO E ETAPAS	89
1. Pré-mediação	89
2. Etapas do procedimento	91
2.1 Considera-se primeira etapa a apresentação e recomendações	91
2.2 Considera-se segunda etapa a fase de narrativas iniciais dos mediandos	92
2.3 Considera-se terceira etapa o compartilhamento de um resumo do acontecido	94
2.4 Considera-se quarta etapa a busca de identificação dos reais interesses ..	95
2.5 Considera-se quinta etapa o esforço pela criação de opções com base em critérios objetivos	95
2.6 Considera-se sexta etapa a elaboração do acordo	96
3. Procedimento conforme o modelo circular-narrativo	97
3.1 Pré-reunião	97
3.2 Primeira etapa da reunião conjunta	97
3.3 Segunda etapa, na forma de reuniões individuais	97
3.4 Terceira etapa como reunião da equipe	97
3.5 Quarta etapa como reunião conjunta de fechamento	98
 IX. MORAL CONTEMPORÂNEA E ÉTICA NA MEDIAÇÃO	99
1. A moral pós-convencional da modernidade	99
2. Ética normativa e a moralidade contemporânea	101
3. Um conflito de valores para mediar	103
4. Princípios, perfis e postura em mediação	105
 X. UM PROGRAMA DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA	109
1. Características do programa	110
2. Dinâmica e experiências com o Programa	117
3. Avaliação de resultados	120
4. Indicadores de desempenho	121

XI. MEDIAÇÃO PENAL E PRÁTICAS RESTAURATIVAS	125
1. Por uma justiça restaurativa.....	125
2. Programas de justiça restaurativa	128
3. Práticas restaurativas em Juizado Criminal	133
XII. CASOS PARA MEDIAÇÃO SIMULADA	137
XIII. CONCLUSÃO	165
ANEXOS	167
Anexo I – Projeto de lei da mediação no processo civil – comentários	167
Anexo II – Projeto de lei da mediação no processo penal – comentários	193
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	203

INTRODUÇÃO

Embora a nossa formação científica e profissional esteja basicamente situada no campo do Direito, jamais deixamos de estar atentos para os aspectos psicológicos, sociológicos e econômicos do conflito e da sua mediação. O caráter multidisciplinar desse livro revela essas preocupações, complexidades e complementaridades.

Iniciaremos com um estudo sobre o conflito e seus condicionamentos históricos, econômicos, culturais e tecnológicos. Traçaremos um paralelo entre os valores e interesses que informam a coação e a persuasão, e traremos a problemática do conflito para o contexto do novo paradigma da ciência, na era dos conhecimentos.

Em seguida, apresentaremos conceitos introdutórios sobre mediação, negociação, conciliação, arbitragem e práticas restaurativas.

Procuraremos destacar o problema e as tendências do acesso à justiça no século XXI. Constataremos como e por que se dá essa retomada da oralidade e da mediação na solução das disputas.

Estudaremos a comunicação construtiva e seus preceitos, como fundamentos lingüísticos de uma cultura de paz e direitos humanos, a serem apropriados pelos mediadores.

Abordaremos os vários modelos de mediação, destacando aqueles focados no acordo e na relação. Examinaremos o processo ou as etapas do procedimento de mediação, a ética, o perfil de um bom mediador e a moral contemporânea. Compartilharemos experiências pioneiras de mediação comunitária de conflitos e apresentaremos uma abordagem dos direitos humanos, com vistas à formação de mediadores.

Com efeito, as técnicas e habilidades da Mediação têm sido crescentemente aplicadas, destacando-se as mediações familiares, comunitárias, escolares, empresariais, trabalhistas, penais, internacionais e ambientais.

Examinaremos o crescente exercício da mediação no campo criminal, no contexto das práticas restaurativas. Casos concretos de mediação têm um capítulo próprio, com vistas a facilitar a prática simulada. E como tramitam projetos de lei introduzindo a mediação no processo civil e no processo penal, comentaremos, em anexos, esses desenvolvimentos.

Não foi por acaso que nos envolvemos nesses estudos e pesquisas. Convivendo no meio jurídico durante tantos anos, fomos percebendo o esgotamento das abordagens fundadas na exploração do conflito. A responsabilidade social da advocacia e sua ética de alteridade estão a demandar uma revisão comportamental. E não deve ser a lentidão do Poder Judiciário o motivo precípua dessa revisão. Avança uma quebra de paradigma, que supõe o protagonismo e a responsabilidade dos envolvidos no conflito. O despreparo dos advogados e de outros profissionais, em suas eventuais tentativas de prevenção do litígio judicial, tem comprometido a compreensão das novas possibilidades e inibido a introdução de abordagens eficazes.

A OAB e outros Conselhos Profissionais têm papel importante a desempenhar no desenvolvimento de uma nova cultura entre os operadores do direito. Devem ser estimuladas a formação de profissionais e a organização de instituições que aliem o conhecimento jurídico à capacidade de identificação das reais necessidades das pessoas em conflito. Nas Defensorias Públicas, assistências judiciárias, núcleos comunitários, escritórios privados, instâncias judiciais, instituições especializadas e unidades educacionais devem ser implantados os espaços para a prática multidisciplinar da mediação.

Neste livro verificaremos que esta é a tendência universal. Uma nova advocacia que vem surgindo com tal mudança de cultura. Que alia esses novos conhecimentos e práticas aos conhecimentos e práticas de um processo tradicional, que também se renova. Obviamente, em razão dos princípios da independência e da imparcialidade, o advogado jamais poderá atuar como mediador em conflitos que envolvam clientes seus ou do seu escritório. Nessas hipóteses, o eventual mediador poderá ser um terceiro advogado ou outro profissional de confiança, desde que apto, independente e livremente escolhido pelos interessados.

Assim, alarga-se o caminho para um diálogo interdisciplinar na solução de conflitos, sem qualquer risco para os operadores do direito. Eis aí uma possibilidade de otimização dos serviços profissionais. Esse é o desafio que exigirá de todos nós uma nova leitura do conflito, fora ou no âmbito do Poder Judiciário.

Esperamos que esta publicação possa contribuir para o aprendizado da mediação de conflitos e para a difusão da respectiva disciplina nas faculdades de direito, sociologia, psicologia, comunicação, serviço social, administração,

pedagogia, inclusive nas pós-graduações sobre gestão de conflitos, segurança pública e outras formações destinadas a profissionais que devam lidar com a realidade do conflito.

O CONFLITO NA PERSPECTIVA DA MEDIAÇÃO

Sumário: 1. Caracterização do conflito – 2. Evolução do conflito – 3. Conflito na era dos conhecimentos.

1. CARACTERIZAÇÃO DO CONFLITO

O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum.

Portanto, o conflito ou dissenso é fenômeno inerente às relações humanas. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns.

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.

O que geralmente ocorre no conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não importando o que o outro fala ou escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, o outro já prepara uma nova argumentação. Ao identificarem que não estão sendo entendidas, escutadas, lidas, as partes se exaltam e dramatizam, polarizando ainda mais as posições.

A solução transformadora do conflito depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, pois a relação interpessoal funda-se em alguma expectativa, valor ou interesse comum.

Em suma, as relações, com sua pluralidade de percepções, sentimentos, crenças e interesses, são conflituosas. A negociação desses conflitos é um labor comunicativo, cotidiano, em nossas vidas. Nesse sentido, o conflito não tem solução. O que se podem solucionar são disputas pontuais, confrontos específicos.

Em realidade, o conflito interpessoal compreende o aspecto relacional (valores, sentimentos, crenças e expectativas intercomunicados), o aspecto objetivo (interesse objetivo ou material envolvido) e a trama decorrente da dinâmica desses dois aspectos anteriores.

Daí por que o conflito interpessoal se compõe de três elementos: relação interpessoal, problema objetivo e trama ou processo.

- a) Relação interpessoal: conflito interpessoal pressupõe, pelo menos, duas pessoas em relacionamento, com suas respectivas percepções, valores, sentimentos, crenças e expectativas. Ao lidar com o conflito não se deve desconsiderar a psicologia da relação interpessoal. A qualidade da comunicação é o aspecto intersubjetivo facilitador ou comprometedor da condução do conflito.
- b) Problema objetivo: o conflito interpessoal tem sua razão objetiva, concreta, material. Essa materialidade pode expressar condições estruturais, interesses ou necessidades contrariados. Portanto, o aspecto material, concreto, objetivo, do conflito é um dos seus elementos. A adequada identificação do problema objetivo, muitas vezes, supõe prévia abordagem da respectiva relação interpessoal.
- c) Trama ou processo: a trama ou processo expressa as contradições entre o dissenso na relação interpessoal e as estruturas, interesses ou necessidades contrariados. Como foi, por que, onde, quando, as circunstâncias, as responsabilidades, as possibilidades e processos do seu desdobramento e implicações.

Tradicionalmente, se concebia o conflito como algo a ser suprimido, eliminado da vida social. E que a paz seria fruto da ausência de conflito. Não é assim que se concebe atualmente. A paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedades que aprendem a lidar com o conflito. O conflito, quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo.

Durkheim¹ refere que certo nível de criminalidade seria benéfico, funcional e necessário socialmente, sendo, inclusive, traço normal e inevitável de toda sociedade. Essa idéia estaria fundada em três pressupostos: “a) crime provoca punição que, por sua vez, reforça solidariedade nas comunidades; b) a repressão de crimes auxilia a estabelecer e manter limites comportamentais no interior de comunidades (em níveis não anômicos); c) incrementos excepcionais nas taxas de criminalidade podem alertar ou advertir autoridades para problemas existentes nos sistemas sociais onde ocorrem tais taxas de criminalidade”.

Ratton, ao criticar Durkheim, indaga, com razão, se o crime supostamente benéfico, não seria, em verdade, função dos grupos dominantes, que se utilizam daquelas práticas cerimoniais conformadoras para atualização do poder.

Que o conflito é inerente à relação humana, isso é pacífico. Também não se discute que do conflito pode nascer o crime e que essa evolução do conflito para o crime tem sido uma constante na história. No entanto, o crime só se converte em necessidade social quando as políticas públicas são excludentes, injustas e corruptas.

Em suma, conflitos decorrem da convivência social do homem com suas contradições. Eles podem ser divididos em quatro espécies que, de regra, incidem cumulativamente, a saber: a) conflitos de valores (diferenças na moral, na ideologia, na religião); b) conflitos de informação (informação distorcida, conotação negativa); c) conflitos estruturais (diferenças nas circunstâncias políticas, econômicas, dos envolvidos); e d) conflitos de interesses (contradições na reivindicação de bens e direitos de interesse comum).

Para lidar apropriadamente com o conflito interpessoal, devemos ser capazes de desenvolver uma comunicação despolemizada, de caráter construtivo. A capacidade de transformar relações e resolver disputas pontuais depende de nossa comunicação construtiva, baseada em princípios.

2. EVOLUÇÃO DO CONFLITO

A evolução do conflito e suas manifestações degeneradas pela violência variam consoante a circunstância intersubjetiva, histórica, social, cultural e econômica.

Mais de noventa e nove por cento da história da humanidade foi vivenciada por nossos ancestrais nômades. Eles viviam da caça, da pesca e da coleta de mantimentos. O espaço era teoricamente ilimitado, os recursos eram maleáveis. Inexistiam castas, classes sociais, estados ou hierarquias

¹ RATTON JR., José Luiz de Amorim. Racionalidade, política e normalidade do crime em Émile Durkheim. *Revista Científica Argumentum da Faculdade Marista do Recife*, Recife: Faculdade Marista, 2005. vol. 1, p. 111-129.

formais. Os conflitos eram mediados pela comunidade, coordenada em torno das lideranças comunitárias. A ordem tinha um caráter sacro, sendo as penas, sacrifícios realizados em rituais, não se apresentando como imposição de uma autoridade social, mas como forma de proteger a comunidade do perigo que a ameaçasse. Vigorava um tipo de direito pré-convencional, revelado, indiferenciado da religião e da moral. As relações humanas eram pouco complexas e fortemente horizontalizadas.

Pesquisas recentes, referidas pelo antropólogo e mediador William Ury, co-fundador do *Harvard's Program on Negotiation*, vêm demonstrando que eram raros os atos de violência entre os nossos ancestrais nômades.²

Até que, há cerca de dez mil anos, algumas comunidades tornaram viável a sobrevivência por meio da agricultura e da pecuária. Deu-se início à chamada revolução agrícola. As comunidades foram passando de nômades a sedentárias. A partir de então, os mais fortes, hábeis e ousados se apossaram das terras produtivas e dos animais domesticáveis, acumulando riquezas e poderes, criando reinados e costumeiramente escravizando os povos derrotados em guerras de conquista. Esse fenômeno ocorreu e se desenvolveu em épocas diferentes, mas os seus efeitos de variável intensidade foram e são similares em toda parte.

A violência foi convertida em instrumento de poder, para proteção ou perseguição, a serviço, quase sempre, de grandes proprietários de terras, com apoio em suas milícias privadas, com atenuações ou ampliações, consoante as crenças, mitos e temores religiosos vigorantes. Multidões eram recrutadas à força para servir às milícias do poderoso mais próximo. Lavradores, intelectuais, filósofos, artistas, artesãos sob a dependência e à mercê do humor e conveniências dos que detinham esses poderes.

À plebe, subintegrada socialmente, apenas cabiam os deveres e obrigações, inclusive os de guerrear em defesa de interesses alheios. Aos nobres e protegidos, sobreintegrados socialmente, eram destinados os direitos e privilégios. A coercitividade difusa das sociedades primitivas foi sendo substituída por um direito tradicional, convencional, em que a norma, elaborada por um poder central, vai constituindo uma “ética da lei”, enquanto outorga de expectativa generalizada de comportamento.

Há milênios o patrimonialismo, com suas variantes circunstanciais de natureza política, econômica, jurídica, religiosa e ecológica, promove modelos fortemente hierarquizados e uma acumulação excludente de capital, sob rígida divisão do trabalho. Sua natureza patrimonialista propagou a cultura de dominação e suas atenuações circunstanciais, inclusive após o advento da agricultura irrigada e da escrita.

² URY, William. *Chegando à paz – Resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia-a-dia*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 54-66.

Especialmente a partir do século XVI, com o desenvolvimento do comércio – graças às novas técnicas de navegação e estocagem –, o poder foi-se deslocando dos senhores territoriais, feudais, para os senhores dos mares e cidades, capitalistas mercantis (burguesia). As esferas do ético, do moral, do jurídico e do religioso ainda se confundem, mas já começam a ser distinguidas. No entanto, a validade dos comandos normativos ainda é deduzida de postulados que reproduzem valores hierarquizados, em que prevalecem os códigos de referência políticos (poder/não-poder) e econômicos (ter/não-ter) sobre os códigos de referência técnicos (verdade/falsidade), morais (certo/errado) e jurídicos (lícito/ilícito).

Essas mudanças estão associadas ao fenômeno cultural da escrita impressa. Boaventura de Sousa Santos³ comenta a relação entre a cultura escrita, que se desenvolvia na Europa a partir do século XV, o processo de mudança e a inovação. O desenvolvimento da escrita e seus efeitos sobre a cultura teriam alterado as relações entre o que ele considera os três componentes estruturais do direito, ou três formas de comunicação: “a retórica, assente na persuasão; a burocracia, baseada em imposições autoritárias por meio de padrões normativos; a violência, assente na ameaça da força física”.

Ao examinar a interpenetração estrutural entre retórica, burocracia e violência, Santos destaca distinções entre a cultura oral e a cultura escrita. “A cultura oral está centrada na conservação do conhecimento, enquanto que a cultura escrita está centrada na inovação. A cultura oral é totalmente coletivizada, ao passo que a cultura escrita permite a individualização. A cultura oral tem como unidade básica a fórmula, enquanto que a cultura escrita tem como unidade básica a palavra.

Se observarmos a história da cultura europeia à luz destas distinções, torna-se evidente que, até o século XV, a cultura – e, portanto, também a cultura jurídica europeia – foi predominantemente uma cultura oral. A partir daí a cultura escrita expandiu-se gradualmente e a cultura oral retraiu-se. No entanto, é patente que, entre os séculos XV e XVIII, a estrutura da cultura escrita, ainda em processo de consolidação, esteve impregnada da lógica interna da cultura oral. Por outras palavras, nessa época escrevia-se como se falava e isso é observável na escrita jurídica de então. Na segunda fase, entre o século XVIII e as primeiras décadas do século XX, a palavra escrita dominou a cultura. Logo a seguir, porém, a rádio e os meios audiovisuais de comunicação social redescobriram o som da palavra, dando assim início à terceira fase: uma fase de oralidade secundária”.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. Conflito e transformação social*. Uma paisagem das justiças em Moçambique. Boaventura de Sousa Santos e João Carlos Trindade (orgs). Porto: Edições Afrontamento, 2003. 1.º vol., p. 47-89.

Não foi por mera coincidência que a população foi deixando de ser vista como aquilo que nos textos do século XVI se chamava de “paciência do soberano”, algo tido como administração de uma massa coletiva de fenômenos. A idéia de poder, na ambiência crescentemente urbana de todas aquelas expansões tecnológicas, mercantis e culturais, foi-se paulatinamente deslocando da diáde soberano/território para a variável governo/população/território/riqueza.

Foucault⁴ comenta que a rede de relações contínuas e múltiplas entre a população, o território, a riqueza etc., passou a constituir uma ciência, que se chamaria economia política, e, ao mesmo tempo, um tipo de intervenção característico do governo: a intervenção no campo da economia e da população. Tal mudança ocorre na passagem de uma arte de governo para uma ciência política, de um regime dominado pela estrutura da soberania para um regime dominado pelas técnicas de governo.

Tais mudanças vão-se consolidando a partir do século XVIII, em torno da população e, por conseguinte, do nascimento da economia política. Evolui-se da idéia da soberania territorial (do príncipe) para a idéia da soberania da instituição (ou constituição político-jurídica).

Acentua Foucault que, a partir do século XVIII, “São as táticas de governo que permitem definir a cada instante o que deve ou não competir ao Estado, o que é público ou privado, o que é ou não estatal etc.; portanto, o Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido a partir das táticas gerais da governabilidade”.

Também conforme Foucault,⁵ fortalecia-se, então, na esfera penal, uma intolerância diante do suplício físico a que eram submetidos os infratores.

A despeito daqueles importantes avanços institucionais impulsionados pelas revoluções francesa e americana, a cultura de dominação hierárquica e patrimonialista prevaleceu, mas agora sob um processo crítico de superação. A difusão de conhecimento inovador resultou nas condições para a institucionalização da tripartição do poder em executivo, legislativo e judiciário, sob a inspiração dos conceitos sistêmicos de Montesquieu. Tais avanços vão atenuando a dominância do código de referência poder/não-poder sobre o código lícito/ilícito e gerando as condições suficientes e necessárias ao surgimento dos modernos Estados Democráticos de Direito.

Nos últimos duzentos anos, com a Revolução Industrial, o comércio se ampliou, a cultura escrita se expandiu por intermédio da imprensa, ao

⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2006. p. 290-292.

⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 18.

lado de atividades terciárias que fomentaram uma crescente concentração das populações em cidades cada vez maiores, numerosas e complexas. As expressões do patrimonialismo em sua vertente capitalista passaram a se verificar em ambientes de maior mobilidade cultural, sujeitas a processos dramáticos de resistência e superação institucional. Ampliaram-se, substancialmente, a complexidade e a conflituosidade das relações interpessoais e interinstitucionais.

3. CONFLITO NA ERA DOS CONHECIMENTOS

O processo civilizatório avança e já se pode afirmar que, sob os mais novos modelos institucionais dos Estados Democráticos de Direito, as políticas econômicas e sociais estão perdendo aquela conformação rigidamente hierarquizada, até porque as elites tradicionais já não dispõem do monopólio da inovação e do poder.

Com efeito, as sociedades modernas, centrais, ou mesmo as periféricas, foram incorporando a consciência de uma complexidade crescente e atenuando os códigos do poder hierárquico, na medida em que se afirmam diferenciações funcionais. Em substituição ao modelo hierárquico unilateral, em sentido único “do poder para o direito” e “do soberano para o súdito”, passou-se progressivamente a construir uma circularidade instável entre poder, direito, estado e cidadania, sob a dinâmica de uma moral pós-convencional.

Isto, a nosso ver, em decorrência das novas tecnologias da informação, que possibilitaram o acesso ao conhecimento pela grande massa populacional, pois, a exemplo da tripartição do poder formal em executivo, legislativo e judiciário, consolida-se uma tripartição do poder material entre Estado, Mercado e Sociedade Civil Organizada/pluralista.

Especialmente a partir das últimas décadas do século XX, uma “Revolução dos Conhecimentos” vem contribuindo para mudanças substanciais. As pessoas, sociologicamente urbanizadas, vão-se tornando avessas às hierarquias tradicionais, pois o amplo acesso ao conhecimento não é compatível com posturas de imposição unilateral. Ao atenuar as hierarquias patrimonialistas, a “Revolução dos Conhecimentos” deflagra ondas emancipatórias. Paralelamente à emancipação feminina, avança, na consciência moral e política do povo, um sentimento-ideia de igualdade, que se expressa na forma de um movimento emancipatório, insurrecional.

A democratização dos conhecimentos e das instituições, acionada pela expansão das tecnologias da informação, instiga e, ao mesmo tempo, constrange milhões de cidadãos limitados econômica, social e ecologicamente. Uma explosão de criatividade se dá ao lado de um vulcão de frustrações. Multidões excluídas de fato se sentem, entretanto, incluídas de direito.

Daquela combinação surge a matéria-prima de uma inusitada emancipação social. Relações piramidais, fundadas em hierarquia e imposição, vão sendo substituídas por relações prevalentemente horizontais, estruturadas mediante consensos instrumentais. Vivencia-se algo que se poderia denominar neonomadismo virtual, pois é como se estivéssemos convivendo numa pluralidade de mundos; não apenas em um lugar definido. Retorna-se à prevalência de recursos maleáveis, de provimento incerto.

Acontecimentos em todos os rincões da terra chegam e afetam nossos valores e sentimentos, quotidianamente. Somos emocionalmente desestabilizados por notícias que vêm de longe, mas que entram em nossas casas como se os respectivos acontecimentos estivessem ocorrendo ali nas vizinhanças. Em sua maioria são tragédias do cotidiano, transformadas em espetáculo por uma mídia que nelas encontra substância para grandes audiências e visualizações. São as grandes misérias do mundo a conformar cada um em suas misérias pessoais.

No Brasil, milhões de jovens e suas famílias suburbanas, carentes da figura paterna, de educação, de saúde e de sustentabilidade econômica, são induzidos ao uso da força e à prática do ilícito, tentados a um atalho em direção aos confortos da modernidade. Talvez aí a razão de tanta violência em sociedades abertas, de feição liberal democrática, em que os direitos humanos ainda não foram efetivados.

Em meio a todas essas mudanças, os cidadãos – ressaltados os funcionários públicos estáveis – não mais se sentem ocupando um lugar seguro. Cada um se percebe sem lugar, num lugar incerto ou, quando muito, num certo lugar. Nessas circunstâncias, a desigualdade de oportunidades assume feições dramáticas, trágicas, insustentáveis.

Sob esta globalização comunicativa, a cidadania vai-se universalizando e passa a ostentar uma consciência mais clara do seu direito a uma vida digna, com acesso a igual liberdade, inclusive para divergir, e a uma igualdade de oportunidades, inclusive, eventualmente, para a prática do ilícito.

Tudo isso faz combinar a continuidade de velhos conflitos com o desenvolvimento de novos dissensos, numa inusitada metamorfose social. Velhos conflitos, assim entendidos aqueles vinculados à posse e controle de bens materiais. Novos conflitos, aqueles relativos ao acesso e ao compartilhamento dos bens e oportunidades do conhecimento, à oralidade persuasiva, à consciência da intersubjetividade. Velhos conflitos, aqueles que têm como paradigmas a hierarquia, a coação, a discriminação, a competição excludente, o fundamentalismo, o absolutismo. Novos conflitos, aqueles que têm como paradigmas a horizontalidade, a persuasão, a igualdade de oportunidades, a competição cooperativa, o pluralismo, o universalismo interdependente e suas dissipações.

Acentua William Uri (2000:108) que “A revolução dos conhecimentos nos oferece a oportunidade mais promissora em dez mil anos de criar uma co-cultura de coexistência, cooperação e conflitos construtivos”.

Fábio Konder Comparato⁶ afirma que “Após séculos de interpretação unilateral do fenômeno societário, o pensamento contemporâneo parece encaminhar-se hoje, convergentemente, para uma visão integradora das sociedades e das civilizações”.

Mas essa visão integradora enfrenta uma contemporaneidade desafiada a lidar com o artificialismo da vida urbana. Bilhões de pessoas se amontoam, crescentemente, em grandes cidades, sem condições ecológicas para a convivência humana. As pessoas embrutecem-se, tornam-se rudes, cínicas e socialmente alienadas em suas multidões solitárias. Com isto, muito daquele aspecto positivo e libertário da era dos conhecimentos é convertido em tédio, impaciência, revolta e criminalidade.

Até porque, conforme Cláudio Souto, a modernidade não eliminou os valores de grupos sociais vingativos, presos a uma moral do “olho por olho”, ancorada no Velho Testamento. A despeito de tantas mudanças, persevera uma antinomia entre a moral legal e determinadas expressões de moral social.⁷

Políticas públicas firmes e preventivas de urbanização, humanização e intervenção policial – a exemplo das adotadas em Bogotá, na Colômbia, em Diadema, no Brasil, e em tantos outros lugares e regiões –, combinando “convivência zero” e estímulo ao protagonismo social responsável, podem reduzir, drasticamente, a criminalidade.

Essas políticas, que vão lidar com o dissenso, com o conflito, na ambiência de uma moral pós-convencional, em que o elemento hierárquico é menos consistente, devem contemplar o desenvolvimento das nossas habilidades de negociação e mediação.

Sobre essas habilidades devem-se ter em conta as variadas circunstâncias em que ocorre o conflito, sendo necessária a prévia identificação, em cada situação objetiva que se nos apresente, dos valores, expectativas e interesses envolvidos. Os valores, expectativas e interesses expressam a prevalência, quer de uma cultura de dominação, quer de uma cultura de paz e direitos humanos.

Como identificar, então, os valores e interesses que caracterizam essas culturas? Para facilitar a compreensão dessas diferenças, segue, adiante, o que entendemos como elementos caracterizadores de cada uma dessas culturas.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 18, 716 p.

⁷ SOUTO, Cláudio. *Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 79-81.

Sob a *cultura de dominação* prevalecem a desigualdade, a hierarquia, a verticalidade de um elitismo hereditário ou simplesmente discriminatório, enquanto sob uma *cultura de paz e direitos humanos* prevalece o sentimento de igualdade, em relações fundadas na autonomia da vontade e tendencialmente horizontalizadas.

Sob a *cultura de dominação* prevalecem a coatividade, o decisionismo, enquanto sob a *cultura de paz e direitos humanos* destacam-se a persuasão, a negociação, a mediação.

Sob a *cultura de dominação* prevalece o patrimonialismo, consubstanciado na apropriação privativa e excludente dos recursos disponíveis, enquanto, sob a *cultura de paz e direitos humanos*, destacam-se o compartilhamento dos saberes e o emparceiramento na exploração dos recursos.

Sob a *cultura de dominação* prevalece a competição predatória, enquanto, sob a *cultura de paz e direitos humanos*, se pratica uma negociação cooperativa, com vistas aos interesses comuns, aos princípios, aos ganhos mútuos.

Sob a *cultura de dominação* tende-se ao absolutismo, ao fundamentalismo, às crenças abrangentes, enquanto, sob a *cultura de paz e direitos humanos*, princípios universais são acolhidos como hipóteses na orientação de comportamentos e instituições democráticas, inspiradas em doutrinas razoáveis, com respeito às diferenças.

Sob a *cultura de dominação*, as pessoas são prestigiadas e distinguidas por seus sinais exteriores de poder e riqueza, sendo discriminadas aquelas que não se enquadram nesse padrão, enquanto, sob a *cultura de paz e direitos humanos*, busca-se premiar e reconhecer o ser humano em si e o meio ambiente saudável, afastando-se os preconceitos, rótulos e estereótipos.

Não cremos na possibilidade de uma sociedade exclusivamente regida pelos valores de uma cultura de paz e direitos humanos. Acreditamos, sim, na chance de prevalência de uma cultura de paz e direitos humanos como possibilidade histórica no processo civilizatório.



MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E O NOVO PARADIGMA DA CIÊNCIA

Sumário: 1. Pensamento sistêmico e o novo paradigma: 1.1 Dimensão da complexidade; 1.2 Dimensão da instabilidade; 1.3 Dimensão da intersubjetividade – 2. Complexidade e conflito nas relações interpessoais.

A mediação de conflitos e as práticas restaurativas devem ser aplicações do novo paradigma da ciência, na condução dos conflitos. Portanto, a compreensão desse novo paradigma, a partir do pensamento sistêmico, é de grande importância na formação dos mediadores de conflitos.

1. PENSAMENTO SISTÊMICO E O NOVO PARADIGMA

Aqui não cabe uma abordagem do novo paradigma da ciência em suas particularidades nos campos, por exemplo, da física e da mecânica quânticas. No entanto, de logo destacamos que o novo paradigma contempla uma abordagem sistêmica, em que as relações são focadas para além da forma de pensar disjuntiva do tipo “ou-ou”. Portanto, para além do antagonismo, na perspectiva de que prevalecem complementaridades do tipo “e-e”. E que essas complementaridades “e-e” compõem processos, articulações que superam e ultrapassam as posições, sem, no entanto, eliminar as respectivas teses e antíteses (contradições). Conforme Maria Esteves de Vasconcellos, “Não costuma ser fácil para nós, que estamos habituados a um pensamento disjuntivo e apenas a tentativas de articular alternativas que se excluem, entender que ultrapassar não significa renegar”.¹

¹ VASCONCELOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: O novo paradigma da ciência*. Campinas, São Paulo: Papirus, 2002. p. 160.

Segue, adiante, um resumo das três dimensões do pensamento sistêmico, que compõem o paradigma da ciência neste início do século XXI.

1.1 Dimensão da complexidade

Até os anos cinquenta do século XX o conhecimento científico tinha como meta dissipar a aparente complexidade dos fenômenos, a fim de revelar a simplicidade de uma ordem por eles supostamente seguida. A física ainda era vista como um esforço científico para a identificação da simplicidade por trás da complexidade dos fenômenos. Ocorre que, desde o início do século XX, cientistas de vários campos vinham enfrentando um problema lógico, pois a lógica clássica se mostrava insuficiente para lidar com as contradições insuperáveis.

Com efeito, no campo da microfísica passaram a se defrontar duas concepções da partícula subatômica, concebida, de um lado, como onda e, de outro, como corpúsculo. Tradicionalmente, a solução estaria na descoberta de que uma das posições era correta e a outra errada. Entretanto, não foi isto o que ocorreu quando Niels Bohr, em 1927, afirmou que “essas proposições contraditórias eram de fato complementares e que logicamente se deveriam associar dois termos que se excluem mutuamente”. Para tais percepções, muito contribuíram os avanços da física quântica para o campo da mecânica quântica, onde se foi reconhecendo que, no complexo mundo subatômico, nem a lógica nem a causalidade predominavam, levando Heisenberg a formular o “princípio da incerteza”.

Essa percepção deu origem a todo um processo de mudança cultural, que extrapolou da física e da mecânica para as outras ciências, e que foi desconstruindo o paradigma mecanicista clássico, Newtoniano, e construindo um pensamento complexo capaz de abordar as contradições contextualmente, em vez de excluir um ou outro dos seus elementos.

No dizer de Edgar Morin,² “a complexidade é a união da simplicidade com a complexidade; é a união dos processos de simplificação que são seleção, hierarquização, separação, redução, com os outros contraprocessos, que são a comunicação, a articulação do que foi dissociado e distinguido; e é a maneira de escapar à alternância entre o pensamento redutor, que só vê os elementos e o pensamento globalizado, que só vê o todo”.

Morin reconhece que a simplificação e seus processos são de insubstituível valor científico, estando a complexidade situada na articulação, na comunicação desses métodos reducionistas com os contraprocessos contextualizadores, que compreendem o que foi dissociado e distinguido.

² MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Traduzido do francês por Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006. p. 102-103, 120 p.

Enfim, o primeiro aspecto do novo paradigma da ciência remete-nos à dimensão da complexidade, compreendendo sistemas complexos, objetos em contexto, contextualização, ampliação do foco, sistemas amplos, foco nas relações, foco nas interligações, padrões interconectados, interconexões ecossistêmicas, redes de redes, sistemas de sistemas, complexidade organizada, distinção, conjunção, não-reducionismo, atitude “e-e”, princípio dialógico, relações causais recursivas, recursividade, causalidade circular recursiva, retroação da retroação, ordens de recursão, contradição.

1.2 Dimensão da instabilidade

A física também nos trouxe o problema da “desordem” ou da tendência à desordem, que veio superar o seu principal axioma, de um mundo estável, ordenado, como uma máquina absolutamente perfeita, em que a desordem não seria mais do que uma ilusão, uma aparência pré-científica. A termodinâmica comprovou, com Boltzmann, que o calor corresponde à agitação desordenada das moléculas. Foi a partir de então que se passou a reconhecer que a entropia corresponde a uma medida de desordem molecular. O reconhecimento da desordem também contribuiu para uma nova forma de pensar, que incluísse a indeterminação e a imprevisibilidade dos fenômenos.

No dizer de Prigogine,³ “Começamos a compreender melhor o segundo princípio da termodinâmica. Por que existe a entropia? Antes, muitas vezes se admitia que a entropia não era senão a expressão de uma fenomenologia, de aproximações suplementares que introduzimos nas leis da dinâmica. Hoje sabemos que a lei do desenvolvimento da entropia e a física do não-equilíbrio nos ensinam algo de fundamental acerca da estrutura do universo: a irreversibilidade torna-se um elemento essencial para a nossa descrição do universo; portanto, devemos encontrar a sua expressão nas leis fundamentais da dinâmica. A condição essencial é que a descrição microscópica do universo seja feita por meio de sistemas dinâmicos instáveis. Eis aí uma mudança radical do ponto de vista: para a visão clássica, os sistemas estáveis eram a regra, e os sistemas instáveis, exceções, ao passo que hoje invertemos essa perspectiva”.

Prigogine então acentua que “A instabilidade, ou seja, o caos, tem assim duas funções fundamentais: por um lado, a unificação das descrições microscópicas e macroscópicas da natureza, só realizável por meio de uma modificação da descrição microscópica; por outro, a formulação de uma teoria quântica, diretamente baseada na noção de probabilidade, que evita o dualismo da teoria quântica ortodoxa, mas num plano ainda mais geral, nos leva assim a modificar aquilo que tradicionalmente chamávamos “leis da natureza”. Tempos atrás

³ PRIGOGINE, Ilya. *As leis do caos*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2002. p. 79-84.

estas últimas eram associadas ao determinismo e à irreversibilidade do tempo, ao passo que, para os sistemas instáveis, elas se tornam fundamentalmente probabilísticas e exprimem o que é possível, e não o que é certo”.

Com efeito, no mundo onde estamos e que nos abarca, há objetos que obedecem a leis clássicas deterministas e reversíveis, mas que correspondem a casos simples, quase exceções, como o movimento planetário de dois corpos, e objetos a que se aplica “o segundo princípio da termodinâmica”, que constituem a grande maioria. Ainda conforme Prigogine, “É preciso, pois, que haja, independentemente da história, uma distinção cosmológica entre estes dois tipos de situação, ou seja, entre estabilidade, por um lado, e instabilidade e caos, por outro”.

Tem-se afirmado que a ciência começa a estar em condições de descrever a criatividade da natureza. O caos como o imponderável, o liberto, o diabólico, o que ainda não reestruturou a sua auto-organização, o seu organismo. Porque, embora paradoxal, a sua relação com a ordem é de ultrapassagem, de superação, de reestruturação.

Enfim, o segundo aspecto do novo paradigma científico remete-nos à dimensão da instabilidade, compreendendo o mundo em processo de tornar-se, consoante teorias sobre física do devir, física de processos, caos, irreversibilidade, seta do tempo, segunda lei da termodinâmica, lei da entropia, desordem, leis singulares, sistemas que funcionam longe do equilíbrio, termodinâmica do não-equilíbrio, amplificação do desvio, flutuação, perturbação, salto qualitativo do sistema, ponto de bifurcação, crise, ordem a partir da flutuação, determinismo histórico, indeterminação, imprevisibilidade, incontrollabilidade.

1.3 Dimensão da intersubjetividade

E a física ainda nos trouxe um terceiro problema: o da objetividade. Embora a relação entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido seja, de há muito, tema discutido no campo da teoria do conhecimento, esse estudo somente foi formalmente introduzido no campo da física quando Heisenberg formulou seu notável “princípio da incerteza”, segundo o qual, em mecânica quântica, não se pode ter, simultaneamente, valores bem determinados para a posição e para a velocidade. Comprovou Heisenberg que, “ao se lançar luz sobre um elétron, a fim de poder “vê-lo”, isso inevitavelmente o colocava fora de curso, afetando sua velocidade ou sua posição”.

Diz Maturana⁴ que, “Na realidade, em sistemas dinâmicos, tais como os sistemas vivos, a estrutura está em contínua mudança. Quando me mo-

⁴ MATURANA, Humberto. *O que se observa depende do observador*. Gaia – Uma teoria do conhecimento. Organizado por William Irvin Thompson. Trad. Sílvio C. Leite. 3. ed. São Paulo: Gaia, 2001. p. 61-76.

vimento, altero minha estrutura, porque a estrutura é tanto os componentes quanto as suas relações. Felizmente posso mudar a minha estrutura sem perder minha organização. Enquanto puder fazer isso, ou isso acontecer comigo, estarei vivo”. E esse movimento ocorre no contexto de relações. Segundo Maturana, “Sempre que tivermos organismos que, através de um histórico de interações, continuem interagindo entre si, temos um domínio lingüístico. Mas é bom notar que a adaptação, a invariável da adaptação, é uma coerência estrutural, significando que a estrutura do sistema pode ser descrita como detentora de uma correspondência mútua que se manifesta de forma dinâmica. Costumo chamar isto de acoplamento estrutural. A mesma coisa acontece entre os organismos. Se houver uma coerência no histórico de interações, eles estão mutuamente adaptados. Vão continuar a interagir entre si enquanto houver coerência, enquanto permanecerem mutuamente adaptados, porque cada interação resultará na seleção de uma mudança estrutural específica. Sempre que isto acontecer, estabelece-se um domínio lingüístico. Se este domínio lingüístico permitir um reajustamento na interação lingüística, teremos então uma linguagem”.

Com isto, ficam excluídas as idéias de neutralidade e de uma objetividade sem aspas. Pois o observador exerce, mesmo inconscientemente, uma intervenção perturbadora sobre aquilo que quer conhecer. Em lugar daquela objetividade clássica, temos uma intersubjetividade.

Enfim, o terceiro aspecto do novo paradigma remete-nos à dimensão da intersubjetividade, compreendendo uma teoria científica do observador, co-construção da realidade na linguagem, determinismo estrutural, acoplamento estrutural, fechamento estrutural do sistema, objetividade entre parênteses, espaços consensuais, *multi-versa*, múltiplas verdades, narrativas, construção da realidade, sistema observante, visão de segunda ordem, referência necessária ao observador, auto-referência, reflexividade, transdisciplinaridade.

2. COMPLEXIDADE E CONFLITO NAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS

Esse novo paradigma da ciência ajuda-nos a compreender a dinâmica das relações interpessoais. Quando nos referimos a patrimonialismo, estamos situando o aspecto ordenador, hierarquizante, regulador, dessas relações. Quando aludimos ao conhecimento, estamos acentuando o aspecto relacional, horizontalizante, emancipatório das tais relações. Nas sociedades patrimonialistas simples, estáticas, prevalece a ordem, a regulação da posição patrimonial. Nas sociedades complexas, expansivas, tende a prevalecer o imponderável ou menos ponderável da ação comunicativa.

Assim, na presente era dos conhecimentos, com as suas conurbações mundializantes, tendem a prevalecer os aspectos relacionais, horizontalizantes e dinâmicos ou expansivos das relações interpessoais e sociais em geral. A idéia/poder de autoridade fica diluída em face daquela maior fluidez do imponderável relacional, acentuando os conflitos em torno da instabilidade de uma moral pós-convencional.

Daí a importância de instituições substancialmente democráticas, necessárias ao asseguramento de uma estabilidade mínima em ambiente pluralista, com políticas de defesa e promoção dos direitos e da dignidade da pessoa humana, para prevenir os fascismos societais e as ingovernabilidades. Essas novas instituições democráticas devem estar legitimadas a ponto de poderem contribuir para o equilíbrio finalístico entre regulação e emancipação, autoafirmação e integração, consoante abordagens do tipo “e-e”.

Fritjof Capra,⁵ doutor em física teórica pela Universidade de Viena, destaca esta nova tendência de superação do reducionismo cartesiano e do mecanicismo da física newtoniana, baseados numa ecologia rasa, antropocêntrica, que vê os seres humanos como se estivessem situados acima ou fora da natureza e que atribui a esta apenas um valor instrumental, ou de “uso”. E aponta para aquele novo paradigma, a ecologia profunda, em que o mundo é visto não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos fundamentalmente interconectados e interdependentes.

É a exigência histórica de abordagens que contemplem essa complexidade a razão porque, na modernidade tardia que vivenciamos, novos paradigmas de mediação e justiça restaurativa estão sendo desenvolvidos a partir de experiências pioneiras, iniciadas nos anos setenta e oitenta do século XX, em países como o Canadá, Austrália, Estados Unidos, Nova Zelândia e França, ampliando espaços para soluções emancipatórias e dialógicas das disputas, dentro e fora dos sistemas estatais de administração de conflitos.

⁵ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 25-27.



GESTÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS: CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

Sumário: 1. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem – 2. Capacitação dos mediadores.

1. NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

Negociação, mediação e arbitragem são comumente designadas como meios alternativos, ou extrajudiciais, de resolução de disputas (ADRs – Alternative Dispute Resolutions). São também conhecidas como Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias (MASCs) ou Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias (MESCs). Preferimos designá-los como meios de Resolução Apropriada de Disputa (RAD).

O que é negociação?

É lidar diretamente, sem a interferência de terceiros, com pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses. A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Nesse sentido, a negociação (cooperativa), dependendo da natureza da relação interpessoal, pode adotar o modelo integrativo (para relações continuadas) ou o distributivo (para relações episódicas). Em qualquer circunstância busca-se um acordo de ganhos mútuos.

Nem sempre é possível resolver uma disputa negociando diretamente com a outra pessoa envolvida. Nesses casos, para retomar o diálogo será preciso contar com a colaboração de uma terceira pessoa, que atuará como mediadora.

O que é mediação?

Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito –, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.

Cabe, portanto, ao mediador colaborar com os mediandos para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns.

Há vários modelos de mediação, mas, de regra, recomenda-se a realização de encontros preparatórios ou entrevistas de pré-mediação.

A mediação é tida como um método em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é, também, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador.

Os mediandos são adversários?

Não. Na mediação os mediandos não atuam como adversários, mas como co-responsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador. Daí por que se dizer que a facilitação, a mediação e a conciliação são procedimentos não adversariais de solução de disputas, diferentemente dos processos adversariais, que são aqueles em que um terceiro decide quem está certo, a exemplo dos processos administrativos, judiciais ou arbitrais.

Há modelos diferentes de mediação?

Há modelos focados no acordo e modelos focados na relação. Os modelos focados no acordo (mediação satisfativa e conciliação) priorizam o problema concreto e buscam o acordo. Os modelos focados na relação (circular-narrativo e transformativo) priorizam a transformação do padrão relacional, por meio da comunicação, da apropriação e do reconhecimento. Embora os vários modelos de mediação acolham os princípios da autonomia da vontade, da confidencialidade e da inexistência de hierarquia, a conciliação – que nem por isto deixa de ser um modelo de mediação – adota o princípio da hierarquia e limita a confidencialidade e a autonomia da vontade.

Quando melhor se aplicam os modelos de mediação focada na relação?

As mediações focadas na relação obtêm melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantêm relações permanentes ou continuadas. A sua natureza transformativa supõe uma mudança de atitude em relação ao conflito. Em vez

de se acomodar a contradição para a obtenção de um acordo, busca-se capacitar os mediandos em suas narrativas, identificar as expectativas, os reais interesses, necessidades, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados de realidade, com vistas, primeiramente, à transformação do conflito ou restauração da relação e, só depois, à construção de algum acordo.

Quais os conflitos que melhor se prestam à mediação focada na relação?

Conflitos familiares, comunitários, escolares e corporativos, entre pessoas que habitam, convivem, estudam ou trabalham nas mesmas residências, ruas, praças, clubes, associações, igrejas, bares, escolas, empresas etc. Mediação familiar, para os conflitos domésticos ou no âmbito da família; mediação comunitária, para conflitos de vizinhança; mediação escolar, no ambiente das instituições de educação, inclusive quando praticada pelos próprios alunos em relação aos seus conflitos recíprocos; mediação corporativa, para os conflitos no ambiente empresarial.

A mediação focada na relação também pode ser utilizada nos Juizados Especiais Criminais, como instrumento de justiça restaurativa. Nessas práticas, ofensor e vítima, voluntariamente, na companhia de pessoas da comunidade vinculadas ao conflito, participam dos encontros ou círculos de mediação, com a colaboração de mediador que as escuta e contribui para o restabelecimento do diálogo, objetivando a reparação dos danos e a restauração das respectivas relações.

Há uma tendência universal no sentido da adoção sistemática das mediações penais, focadas na relação, enquanto práticas restaurativas para prevenir litígios ou na fase inicial dos processos perante os Juizados Criminais. E, nessas aplicações formais, como atividade complementar e voluntária, com o apoio do Ministério Público, do Tribunal de Justiça e da Defensoria Pública.

Nas atuais circunstâncias a mediação no campo criminal tem sido especialmente eficaz nos casos em que cabe transação penal, antes do julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, quando seja possível evitar a criminalização ou quando, em vez da reclusão, podem ser convencionadas alternativas de reparação ou medidas alternativas à prisão (Lei 9.099/1995).

Casos, por exemplo, de abuso de autoridade, lesão corporal leve, ameaça, injúria, calúnia, difamação e outras infrações cujas penas privativas de liberdade não seriam superiores a dois anos, ou a quatro anos, em se tratando de idosos.

Como a mediação focada na relação contribui para o reconhecimento e integração dos mediandos?

É muito comum que os mediandos não tenham clareza sobre os seus próprios interesses, preferências e posições. Enquanto estiverem apegados a essas posições iniciais, eles tendem à polêmica simplista e ao jogo emocional. O terceiro, que esteja legitimado para facilitar a comunicação entre pessoas

nesse estado, não deve tentar dirigir a polêmica no sentido da contemporização ou da tolerância. Não deve aconselhar ou fazer pregações a respeito de como seria bom se eles se entendessem.

Deve, sim, estimular cada um dos mediandos a narrar a sua respectiva percepção do conflito, utilizando a linguagem eu, “eu entendo...” ou “segundo me consta...” ou “na minha percepção...” etc., evitando, desse modo, comportamentos invasivos, pré-julgamentos. A repetição das narrativas e desabafos, inclusive sobre fatos anteriores relacionados ao conflito, ajuda os mediandos na estruturação dos seus próprios argumentos. Isto vai naturalmente acontecendo na medida em que eles vão tomando consciência dos seus interesses comuns.

A escuta e as perguntas circulares também são instrumentos de comunicação muito utilizados pelo mediador numa perspectiva transformativa. E as perguntas devem estar focadas no que vai sendo escutado. As perguntas pegam carona nas afirmações dos mediandos. E desde que sejam perguntas bem focadas, vão ajudando os mediandos a esclarecer suas falas e a reduzir as ambigüidades das suas respectivas percepções. Nos instantes iniciais de uma mediação focada na relação – quando o diálogo evolui e involui, dialeticamente, no fluxo e refluxo das abordagens – ocorre a apropriação dos disputantes; pressuposto necessário ao desenvolvimento de uma possível integração.

Essa possível integração é fruto do desenvolvimento de uma relação dialética entre auto-afirmação e reconhecimento. Pelo agir comunicativo, o comportamento pode evoluir, circular e dialeticamente, entre a apropriação (autodeterminação) e a empatia (reconhecimento). Pode-se afirmar que a pessoa de perfil ou em estado cooperativo é aquela que melhor sabe manejar o equilíbrio entre apropriação e empatia, uma vez que costuma estar atenta aos seus valores e interesses, sem se descuidar do reconhecimento dos valores e interesses do outro.

Em verdade, só quando estamos apropriados da nossa autodeterminação, vamo-nos habilitando a lidar, de modo saudável, com a empatia e o reconhecimento do outro.

O que caracteriza a conciliação?

A conciliação é um modelo de mediação focada no acordo. É apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações casuais em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas apenas o objetivo de equacionar interesses materiais. Muito utilizada, tradicionalmente, junto ao Poder Judiciário, embora quase sempre de modo apenas intuitivo. Como procedimento, a conciliação é mais rápida do que uma mediação transformativa; porém, muito menos eficaz.

Portanto, a conciliação é uma atividade mediadora focada no acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce uma autoridade hierárquica, toma iniciativas, faz recomendações, advertências e apresenta sugestões, com vistas à conciliação.

O que é arbitragem?

A arbitragem é um instituto do Direito. É prevista em leis e convenções internacionais, com destaque para a Convenção de Nova York, de 1958. Aqui no Brasil a norma básica sobre arbitragem é a Lei 9.307/2006 (“Lei Marco Maciel”). As pessoas podem optar pela solução das suas disputas por intermédio da arbitragem. Neste caso, o papel do terceiro, diferente do que ocorre na mediação, não será mais o de facilitar o entendimento – embora na dinâmica do processo arbitral isso sempre seja possível e recomendável –, mas o de colher as provas, argumentos e decidir mediante laudo ou sentença arbitral irrecorrível.

Trata-se de instituto com duas naturezas jurídicas que se completam: a contratual e a jurisdicional. Pelo contrato as pessoas optam por se vincular a uma jurisdição privada, sujeita, no entanto, a princípios de ordem pública, como os da independência, da imparcialidade, do livre convencimento do árbitro, do contraditório e da igualdade. Assim, a arbitragem pressupõe a livre opção das partes (autonomia da vontade) por meio de uma convenção de arbitragem – cláusula contratual denominada “compromissória”, firmada antes do surgimento de qualquer conflito, ou “compromisso arbitral”, quando já há conflito e as partes, de comum acordo, decidem solucioná-lo por intermédio de arbitragem. Firmada a convenção de arbitragem, as partes ficam irrevogavelmente vinculadas à jurisdição arbitral, consoante regulamento previamente aceito, podendo contar com o apoio de instituição arbitral especializada na administração desse procedimento.

A convenção de arbitragem confere, pois, efeitos negativos e positivos. Negativos no sentido de subtrair poder jurisdicional ao juiz estatal que seria competente para apreciar a matéria. Positivos no sentido de que esse poder jurisdicional passa a ser do árbitro, após a sua aceitação e confirmação das partes. A propósito, as partes podem escolher um número ímpar de árbitros, sendo costumeira a escolha de um ou três. Honorários e custas são suportados por igual pelas partes, salvo acordo noutro sentido.

As matérias que podem ser objeto de processo arbitral são as que dizem respeito a direitos patrimoniais disponíveis; aqueles relativos a bens que têm valor econômico e podem ser objeto de operações de compra e venda, doação, permuta, transação, etc. A lei estabelece prazo máximo de seis meses para a conclusão de uma arbitragem, podendo as partes, de comum acordo, reduzir ou ampliar esse prazo.

Portanto, trata-se de alternativa processual à disposição das pessoas capazes, com a vantagem de que as partes podem escolher árbitros especialistas na matéria em discussão. Esse aspecto, aliado à rapidez de um procedimento que não comporta recursos para outras instâncias, possibilita soluções rápidas, que contemplam o dinamismo da vida moderna. E como o poder de impor o cumprimento de decisões é privativo do Estado (*coercio* ou estrito poder de império), o não cumprimento espontâneo de medida ou sentença arbitral poderá ensejar constrição ou execução judicial. Eventual nulidade do procedimento ou da sentença arbitral poderá ser objeto de “ação de nulidade”. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela constitucionalidade desse instituto.

Há quem recomende a adoção de cláusulas do tipo “med-arb”, qual seja, cláusulas que integram convenções de mediação e de arbitragem, prevendo que, em face de disputa e como requisito para a instituição da arbitragem, as partes previamente se submetam ao procedimento de mediação. No entanto, como o acordo não pode ser imposto, comumente os interessados optam, de plano, pela solicitação do procedimento arbitral, ficando, na prática, sem efeito a convenção de mediação. Pois, diferentemente do que se dá na mediação, o instituto de arbitragem prevê execução específica para assegurar a instituição do procedimento.

2. CAPACITAÇÃO DOS MEDIADORES

A prática da mediação de conflitos pressupõe capacitação para lidar com as dinâmicas do conflito e da comunicação. A capacitação em mediação de conflitos inclui, necessariamente, conhecimentos metodológicos de caráter interdisciplinar.

O Plano de Capacitação em Mediação – recomendado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA – prevê um Curso de Capacitação Básica em Mediação abrangendo o módulo teórico-prático e o estágio supervisionado (<www.conima.org.br>).

Para o módulo teórico-prático são recomendadas abordagens sociológicas, psicológicas, de comunicação e de direito, conforme os paradigmas contemporâneos. Também estão previstos estudos sobre o conflito, os conceitos, os modelos e as etapas do processo de mediação. O programa também prevê um estudo da função, perfil, postura, qualificação, código de ética do mediador e referências às áreas de atuação, a exemplo da mediação familiar, empresarial, trabalhista, organizacional, comunitária, escolar, penal, internacional e de meio ambiente.

No tocante à carga horária, o CONIMA recomenda para o módulo teórico-prático um mínimo de 60 (sessenta) horas, com frequência de, pelo menos, 90% (noventa por cento). Ao término desse módulo teórico-prático, o aluno deverá receber um certificado de participação, salientando-se o aprendizado de noções básicas de Mediação.

Destacamos, entre essas noções básicas, os preceitos de uma comunicação construtiva (receptiva, assertiva e integradora).

O Estágio Supervisionado compreende a prática supervisionada de casos reais em que o estagiário revezará participações como mediador, co-mediador e observador, apresentando, ao final, um relatório da experiência vivenciada. A etapa denominada Estágio Supervisionado deverá ser cumprida em, no mínimo, 50 (cinquenta) horas.

Os certificados de capacitação básica em mediação deverão ser conferidos aos que cumprirem, com bom aproveitamento, essas duas etapas (teórico-prática e estágio supervisionado). A avaliação do bom aproveitamento deve considerar o conhecimento técnico e a conduta do mediador. Deve-se destacar, porém, que, em virtude das limitações na demanda por mediações em certas localidades, tem sido comum a ampliação do número de horas-aula do módulo teórico-prático para contemplar a supervisão de casos simulados.



MEDIAÇÃO COMO ACESSO À JUSTIÇA

Sumário: 1. A efetividade do direito de acesso – 2. O acesso pela mediação – 3. A pluralidade enquanto complementaridade – 4. Algumas reflexões de ordem prática.

1. A EFETIVIDADE DO DIREITO DE ACESSO

Tem-se discutido, amplamente, o direito a um efetivo acesso à justiça, encarado por alguns como o mais básico dos direitos humanos. Esse direito está consubstanciado como fundamental nas constituições político-jurídicas dos Estados Democráticos de Direito.

Um movimento pelo efetivo acesso à justiça busca, de plano, corrigir o processo judicial, visando à fidelidade aos seus fundamentos democráticos.

Conforme Mauro Cappelletti¹, “O direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. (...) O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11-13.

Três iniciativas ou ondas foram vistas, inicialmente, como as mais básicas no sentido da efetividade do acesso à justiça: a primeira intenta frustrar o obstáculo econômico na fruição dos direitos humanos, o que se viabiliza pela assistência judiciária gratuita para as pessoas de baixa renda. A segunda tem por finalidade combater o obstáculo organizacional, possibilitando a defesa de interesses de grupo, difusos ou coletivos, por meio das ações populares ou coletivas. Já a terceira onda, objetiva combater o obstáculo processual de acesso à justiça, mediante a expansão e o reconhecimento dos direitos humanos, por todos os meios que reduzam o congestionamento crônico dos sistemas judiciários internos da maioria dos Estados.

Podemos afirmar que, atualmente, um movimento universal pela efetividade do acesso à justiça engloba pelo menos as seguintes matérias:

- a) A instrumentalização de uma Defensoria Pública habilitada a atender, gratuita e amplamente, o acesso à justiça e ao Judiciário pelas pessoas necessitadas, que comprovem insuficiência de recursos;
- b) O desenvolvimento das ações populares e civis públicas, para defesa sistematizada dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, com o apoio de um Ministério Público independente;
- c) A simplificação do serviço judiciário, pela adoção, como regra, de procedimentos sumários ou sumaríssimos, de súmulas vinculantes ou sistemas assemelhados, ao lado da amplificação e aperfeiçoamento de juizados especiais cíveis e criminais para questões de menor complexidade ou de menor potencial ofensivo;
- d) A adoção da mediação paraprocessual voluntária, ampliação das oportunidades da conciliação e da própria arbitragem no curso dos processos judiciais, inclusive medidas alternativas reparadoras no campo penal, com fundamento nos conceitos da justiça restaurativa;
- e) A difusão da mediação, da arbitragem e de outras abordagens extrajudiciais, como procedimentos da sociedade civil enquanto protagonista da solução de conflitos, inclusive por intermédio de núcleos comunitários e/ou instituições administradoras de mediação e arbitragem;
- f) A expansão do direito internacional (interestatal) e do direito de integração supranacional (também interestatal) das comunidades de nações, e de suas instituições parlamentares e cortes de mediação e julgamento, consoante normas constitucionais de uma governança interdependente e globalizada.

A assunção, pela sociedade, do papel de protagonista na solução amigável ou arbitral de questões cíveis ou mediação de infrações penais de menor potencial ofensivo é o aspecto desse movimento de acesso à justiça que

melhor reflete o desenvolvimento de uma consciência de cidadania ativa no jogo democrático, conflituoso e pluralista.

Tal fenômeno não contraria o ordenamento jurídico estatal, a unicidade do direito enquanto ordenamento jurídico, o poder de império atribuído ao Estado. Em verdade, tal fenômeno revela uma complementação necessária, enquanto expressão do pluralismo da esfera pública fundante da própria ordem constitucional do Estado.

Destacadamente, no campo do direito penal tende-se a uma justiça restaurativa. Propõe-se que, para além de mera culpabilização, retribuição, punição e retaliação, o direito penal volte-se, num enfoque interdisciplinar, para a restauração das relações entre vítima, ofensor e comunidade, mediante o reconhecimento, a responsabilização e a reparação.

No pertinente ao direito de integração supranacional, destaca Souto Maior Borges que, na Europa, o respeito aos direitos humanos (ditos, entre nós, no plano do direito constitucional positivo, direitos e garantias individuais fundamentais, art. 5.º da CF), está elevado ao nível de direitos e garantias *comunitárias*, inclusive deveres fundamentais decorrentes desses direitos, como o dever coletivo de não impedir (turbar ou perturbar) o seu exercício.²

2. O ACESSO PELA MEDIAÇÃO

Avança um movimento de superação daquele processualismo rígido (há séculos dominante nas nossas academias e juízos), baseado num rigorismo autoritário, que hipertrofia as polarizações e o valor da coerção, eleva custos, avoluma autos, estufa vaidades e alimenta uma advocacia litigiosa, quase raivosa, voltada à exploração do conflito, em detrimento da sua efetiva transformação.

Transformar procedimentos sumários ou sumaríssimos em regra é uma tendência da modernidade processual. Processualistas de nomeada, a exemplo de Misael Montenegro,³ vêm defendendo, inclusive, que os juízes, quando o processo verse sobre direito disponível, devem estar atentos e preparados para conduzir um efetivo esforço de conciliação, antes mesmo da contestação do réu, numa interpretação teleológica do que dispõe o art. 125, IV, do Código de Processo Civil, onde consta que compete ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

² BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 365.

³ Palestra proferida perante o Comitê de Legislação da Câmara Americana de Comércio, em Recife.

Com efeito, conforme acentua Célia Zapparolli, a cultura da justiça estritamente adversarial e formal alimenta conflitos e, muitas vezes, mais violência, tanto entre as partes como na sociedade e nos próprios profissionais, perpetuando-se pelas gerações. A justiça de “‘quantos processos ganhei e não quantos conflitos auxiliei a administrar’ advém e reforça a noção equivocada de que, para que haja um vencedor, necessariamente deve haver um perdedor”.⁴

Nesse sentido louve-se o Código de Ética e Disciplina da OAB, que destaca, no inciso VI, parágrafo único, do art. 2.º, entre os deveres dos advogados, o de “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Pena que, na prática, os advogados, ainda condicionados pelo paradigma da dominação e da litigiosidade, comumente descumpram esse dever.

Na mediação o profissional da advocacia pode atuar como mediador ou como assessor jurídico, neste caso tendo o cuidado de contribuir, com dados técnico-jurídicos, para o avanço de uma negociação de ganhos mútuos, mantendo-se em atitude não adversarial. Por conhecer as normas de ordem pública, esclarecerá os limites jurídicos a serem considerados. Com isto, poderá concorrer para um acordo baseado em fundamentos jurídicos válidos, evitando possíveis nulidades.

Portanto, na mediação, os advogados poderão contribuir para uma comunicação construtiva e esclarecida entre as partes, em defesa dos legítimos interesses dos clientes. E atuarão como assessores jurídicos, prontos a dirimir as dúvidas que se apresentem.

O mediador e as partes se relacionam sem hierarquia. Assumem o compromisso de manter em sigilo o que for proposto ou discutido, sendo-lhes defeso utilizar as informações ali obtidas para qualquer outro fim. A falta de maiores formalidades e a oralidade tornam o procedimento rápido e eficaz.

O restabelecimento das relações entre as partes concorre para a continuidade dos vínculos pessoais, familiares ou de negócio, tendo o acordo assim, eventualmente, obtido maior probabilidade de cumprimento espontâneo.

A mediação também vem sendo crescentemente utilizada como instrumento de apoio à vítima e à comunidade, na busca de uma reparação que tenha o potencial de restaurar a relação com o ofensor. Em que o foco não é a punição, mas a assunção da responsabilidade pelo ofensor, substituindo-se, pois, a idéia de punição pela idéia de reparação.

Tais práticas restaurativas são especialmente úteis no trato de infrações de baixo ou médio potencial ofensivo, sujeitas a medidas ou penas alternativas, consoante previsto na Lei 9.099/1995.

⁴ ZAPPAROLLI, Célia Regina. *Mediação de conflitos. Pacificando e prevenindo a violência. A experiência pacificadora da mediação*. São Paulo: Summus, 2003. p. 57.

Exemplos: lesões de trânsito; violência doméstica; abuso de autoridade; lesão corporal leve; ameaça; injúria, calúnia, difamação.

A mediação transformativa é o principal instrumento da chamada Justiça Restaurativa, baseada nos espaços de formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos protagonistas, titulares de iguais direitos.

Faz-se necessária, pois, a introdução dos princípios e práticas de justiça restaurativa no nosso sistema de Justiça. Recomenda-se que a incorporação desses valores possibilite variações metodológicas e procedimentais, devendo-se proteger a transparência, o protagonismo participativo e adotar componente avaliativo e divulgação de relatórios de acompanhamento de resultados.

Conforme acentua Renato Sócrates Gomes Pinto, “A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam, coletiva e ativamente, na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causadas pelo crime”.⁵

O desenvolvimento das práticas discursivas e narrativas da mediação de conflitos vem ao encontro do pensamento de Habermas,⁶ para quem “sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos”. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democrática, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. E mais: “Uma autonomia privada assegurada serve como garantia para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como garantia para a emergência da (autonomia) privada”.

3. A PLURALIDADE ENQUANTO COMPLEMENTARIDADE

Desse enunciado pode-se concluir haver uma complementaridade intrínseca no âmbito do direito democrático, que enseja uma pluralidade de acessos à justiça. O mundo da vida, abrangendo a atuação social nos planos da ciência, educação, família, arte, religião e economia, converge para a esfera pública, formadora da Constituição político-jurídica e para os seus sistemas político e jurídico, que, por sua vez, deve contemplar, mediar e estabilizar as demandas de acesso e mudança.

⁵ RENATO SÓCRATES, Gomes Pinto. *Justiça restaurativa. Justiça restaurativa é possível no Brasil?* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 20.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. II, p. 146.

Em recente artigo sobre problemas de equidade, afirmamos que todo direito e toda administração da justiça estão determinados, em aspectos formais, por um conflito dialético entre duas tendências opostas, embora complementares. Por um lado, a tendência à generalização e à decisão em conformidade com critérios objetivos e, por outro, a tendência à individualização e à solução à luz das valorações e apreciações subjetivas da consciência jurídica – ou, mais sumariamente, por um lado, a tendência para o jurídico formal, por outro, para o jurídico-equitativo.⁷

No dizer de Habermas, “o direito legítimo se reproduz no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito, que se alimenta das comunicações de uma esfera pública política não transmitida por herança e enraizada nos núcleos privados do mundo da vida através das instituições da sociedade”.

E Habermas vai mais além ao afirmar que tal concepção de sociedade faz com que o fardo das expectativas normativas se desloque do nível das qualidades, competências e espaços da ação de *atores*, para o nível das *formas de comunicação*, no qual se desenrola o jogo da formação informal e não institucionalizada da opinião e da vontade. E acrescenta: “O jogo de gangorra entre os sujeitos de ação privados e estatais é substituído pelas formas de comunicação mais ou menos intactas das esferas privadas e públicas do mundo da vida, de um lado, e pelo sistema político, de outro lado”.

Assim, a dimensão restaurativa do direito, fundada no discurso persuasivo da mediação transformativa de conflitos e na reparação negociada entre cidadãos dotados de igual liberdade para assumir responsabilidades, antecede e suplementa a possível emergência de uma atuação estatal, coercitiva. Dessa forma, não é legítima qualquer iniciativa tendente a inibir o desenvolvimento dessa justiça restaurativa, dessa mediação transformativa do conflito pela própria cidadania, como movimento complementar e independente.

Consoante o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado Democrático é destinado a assegurar o exercício dos direitos, numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Portanto, já no preâmbulo da Constituição de 1988 consta, expressamente, o poder-dever da sociedade de solucionar, pacificamente, os conflitos, independentemente, pois, da atuação do Poder Judiciário. Afirmações como “Justiça e paz só o juiz faz” afrontam a Constituição e a cidadania.

⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Problemas da arbitragem por equidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 9. Porto Alegre: Síntese: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2006. p. 57.

Esse protagonismo, enquanto racionalidade moral procedimental, deve dialeticamente integrar/suplementar o sistema autônomo do direito, na perspectiva do atendimento dos seus princípios mais gerais, que fundamentam a solução de conflitos mediante a restauração de relações intersubjetivas, com vistas à dignidade da pessoa humana.

4. ALGUMAS REFLEXÕES DE ORDEM PRÁTICA

Vários países já dispõem de legislação específica sobre mediação. No Brasil, a mediação ainda não é normatizada. A propósito, tramita no Congresso Nacional o Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei da Câmara 94, de 2002 (PL 4.827, de 1998, na Casa de Origem), aprovado pelo Parecer 2.106, de 12.07.2006, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

O PL em referência visa à instituição da disciplina da mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil. Consoante o aludido Projeto de Lei, as mediações “paraprocessuais” poderão ser prévias ou incidentais em relação ao respectivo processo judicial na justiça comum. A mediação prévia será opcional, mas a mediação incidental deverá ser obrigatória no processo de conhecimento, salvo algumas hipóteses especificadas no PL. Os prazos prescricionais ficarão suspensos na fase de mediação. O juiz do feito homologará por sentença os respectivos termos de mediação. Segundo o PL, os mediadores devem comprovar a sua idoneidade e aptidão, devendo ser capacitados e indicados por entidades especializadas e cadastrados perante o respectivo Tribunal.

No campo do direito penal tramita o Projeto de Lei 7.006, de 2006, que prevê as condições de validade de acordos obtidos em mediações penais e preceitua expressa autorização às práticas restaurativas na abordagem de crimes e contravenções penais de menor potencial ofensivo, com caráter complementar e voluntário. Isto porque a conciliação tradicional não estabelece ambiente necessário e suficiente à restauração das relações interpessoais e comunitárias entre ofensor e vítima.

O Poder Judiciário – especialmente em relação aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – precisa compreender os alcances da conciliação e da mediação. São inconstitucionais e imorais as nomeações de parentes ou de estagiários inexperientes para atuarem como conciliadores judiciais, sem perfil comportamental adequado e sem a devida capacitação. Os conciliadores referidos na Lei 9.099/1995 devem ser recrutados dentre profissionais capacitados e aprovados em curso específico de mediação, em que se avaliem seus antecedentes e perfis comportamentais.

Ademais, faz-se necessário um novo formato na organização e condução das conciliações previstas nos arts. 73 e 74 da Lei 9.099/1995.⁸ O juiz, que tem o poder de decidir (imposição), não deve conduzir conciliações (persuasão), o que não exclui o seu papel conciliador, inclusive após a atuação de conciliadores, mas sem imiscuir-se naquela atuação.

A conciliação – espécie do gênero mediação – é atividade interdisciplinar que também deve pressupor conhecimento especializado, maturidade, aptidão prática, perfil apropriado e reconhecida idoneidade; requisitos estes que deverão ser considerados na avaliação.

Enfim, conciliadores com tais qualificações devem ser condignamente remunerados; sendo, a nosso ver, recomendável o estabelecimento de uma parcela fixa e a previsão de uma parcela variável, consoante critérios para estímulo e aferição da produtividade.

São necessárias políticas públicas que enfoquem, necessariamente, programas sociais de base, em parceria com as comunidades e instituições especializadas na defesa e promoção dos Direitos Fundamentais e na prevenção primária da violência.

Nessa perspectiva, os operadores do direito devem estar empenhados em apoiar o desenvolvimento de núcleos de mediação comunitária e a difusão de técnicas, habilidades e éticas de mediação de conflitos e demais práticas restaurativas, estimulando o protagonismo das comunidades. Essas iniciativas não devem ser encaradas como remendos ou paliativos para aliviar as pressões contra a ineficiência do Poder Judiciário. Conforme muito bem acentua Leonardo Sica em seu livro *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*, “Para que a mediação não seja mais um paliativo para a crise do sistema de justiça, nem entendida como mero instrumento de alívio dos tribunais, de extensão da burocracia judiciária ou de indulgências, deve ser implementada sobre dois fundamentos: ampliação dos espaços democráticos e construção de novas modalidades de regulação social”.⁹

Há uma modalidade de regulação social que poderia contribuir para que as atuações comunitárias assumissem uma organicidade sustentável. Trata-se da

⁸ “Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal”. Consequências jurídicas do acordo:

“Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

⁹ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal*. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 244.

justiça de paz. Poderia ser incentivada a criação, pela União, Distrito Federal e Estados, de núcleos comunitários para uma justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Em verdade, essa justiça de paz já está prevista no Capítulo III, Do Poder Judiciário, Disposições Gerais, art. 98, II, da Constituição Federal de 1988. Será fundamental, no entanto, que as legislações instituidoras dessa justiça de paz estabeleçam como requisitos para as candidaturas conhecimento básico em direitos humanos, capacitação em mediação de conflitos, maturidade, aptidão prática, perfil apropriado e reconhecida idoneidade. Recomendamos que seja priorizada a sua instituição nas comunidades de baixa renda e para candidatos residentes, há mais de dois anos, em comunidades como tais. Essa priorização tem por objetivo a ampliação do acesso à justiça e o oferecimento de oportunidades de geração de renda para cidadãos de comunidades com menor poder aquisitivo.

Tais políticas – compatíveis com o movimento universal pela efetivação do acesso à justiça – devem extrapolar uma mera abordagem pontual de conflitos. São indispensáveis ao desenvolvimento da comunicação construtiva, da linguagem persuasiva, emancipatória e solidária; enfim, da cultura de paz e direitos humanos.



DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO (DECLARAÇÃO UNIVERSAL – ONU/1948)

Sumário: 1. Direitos fundamentais à igualdade: Duh: Artigos 1.º e 2.º (direitos econômicos e sociais) – 2. Direitos fundamentais à existência digna: Duh: Artigos 3.º, 5.º, 12, 16, 22, 25, 26 e 27 (vida, integridade, vida privada, honra, família, previdência social, educação e cultura) – 3. Direitos fundamentais à liberdade: Duh: Artigos 4.º, 17, 18, 19, 20 e final do art. 23 (não-escravidão, não-servidão, propriedade, liberdades de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, reunião e associação) – 4. Direitos fundamentais à estabilidade democrática: Duh: Artigos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 13, 14, 15, 21, 23, 24, 28, 29 e 30 (garantias iguais perante a lei e a justiça) – 5. Uma visão prospectiva dos Direitos Humanos.

A mediação de conflitos não se dá à margem dos princípios jurídicos. Os valores jurídicos mais próximos, mais vinculados à mediação de conflitos, são os que consubstanciam os Direitos Humanos. Uma visita a esses princípios fundamentais, constitucionais e internacionais é requisito necessário à formação dos mediadores. Do ponto de vista do direito, os princípios são as normas que fundamentam a criação e aplicação de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

A Declaração Universal da ONU

Quando, após a tragédia das duas guerras mundiais, os líderes políticos criaram a ONU e confiaram-lhe a incumbência de evitar a guerra e de promover a paz entre as nações, consideraram que a promoção dos direitos humanos seria a condição necessária para uma paz duradoura. Por isso, um dos primeiros atos da Assembléia Geral das Nações Unidas foi a proclamação, em 1948, de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo primeiro artigo dispõe o seguinte: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Os redatores tiveram a clara intenção de reunir, numa única formulação, as três palavras de ordem da Revolução Francesa de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade. Desta maneira, a Declaração Universal reafirma o conjunto de direitos das revoluções burguesas (direitos de liberdade, ou direitos civis e políticos) e os estende a uma série de sujeitos que anteriormente estavam excluídos (os escravos, as mulheres, os estrangeiros e, mais adiante, as crianças). Afirma também os direitos que vinham da tradição socialista (direitos de igualdade, ou direitos econômicos e sociais) e do cristianismo social (direitos de solidariedade).

A partir da declaração, por meio de várias conferências, pactos, protocolos internacionais, o elenco de direitos foi se universalizando, multiplicando e diversificando. Aos direitos de liberdade, civis e políticos (ou de primeira geração) foram se acrescentando os direitos de igualdade, sociais e econômicos (ou de segunda geração). Em tempos mais recentes, a lista dos direitos incluiu os direitos de terceira geração, que dizem respeito aos povos, às culturas e à própria natureza como sujeita de direitos (direitos ecológicos) e se abrem perspectivas para direitos de quarta geração (direitos das gerações futuras...).

Enquanto os direitos de liberdade são tutelados de forma mais simples, porque existe uma instância jurídica e política que pode ser acionada em seu favor, os de igualdade, ao contrário, carecem desta proteção e desta força coercitiva. Num País onde existe um mínimo de democracia política, um cidadão pode apelar ao Estado para que lhe seja reconhecida, por exemplo, a liberdade de opinião ou de religião ou de organização sindical e partidária. Porém, um desempregado não obtém emprego simplesmente exigindo-o perante um órgão público, mesmo que a constituição garanta esse direito. O mesmo vale para a maioria dos outros direitos econômicos e sociais, inclusive em relação ao mais elementar de todos, que é o direito à vida.

Bobbio costumava referir que, no caso dos direitos de segunda e terceira geração, não se pode falar propriamente de “direitos”, mas de “exigências morais”, porque estaria faltando a possibilidade da coação para fazê-los respeitar:

Mesmo que historicamente os direitos sociais de igualdade venham depois dos direitos individuais de liberdade, eles são ontologicamente prioritários, porque constituem as condições necessárias para o exercício destes. Sem os mínimos direitos econômicos e sociais, não se podem exercitar os direitos civis e políticos. Portanto, há uma relação de complementaridade entre direitos de liberdade e de igualdade, sendo hoje comum vê-los qualificados como direitos a uma igual liberdade e direitos à igualdade de oportunidades. E como igualdade supõe poder regulatório e liberdade implica força emancipatória, essa complementaridade é complexa, contraditória.

A desigualdade de renda tem forte relação com a insegurança — tanto nos países ricos como nos pobres. Segundo o administrador-adjunto do PNUD internacional, *Ad Melkert*, “Se observarmos as sociedades em que há uma dis-

tribuição mais equitativa dos recursos e da renda, elas são as mais pacíficas e mais bem organizadas”.¹ Nesse sentido, frisou: “O desenvolvimento humano é a melhor forma de enfrentar a insegurança”, e isso se consegue com melhor distribuição da riqueza e das oportunidades.

Espera-se um avanço dos países nesse rumo, em razão do compromisso que assumiram com os *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio* (ODM), uma série de metas socioeconômicas a serem atingidas até 2015, abrangendo áreas como renda, educação, saúde e meio ambiente. São compromissos voltados para uma cultura de paz e direitos humanos. Os Estados devem adotar as políticas adequadas, o que significa investir em desenvolvimento humano (educação, saúde, água, serviços sanitários), evitar a corrupção e criar condições para o investimento privado.

Conhecer esses direitos humanos é fundamental à formação dos mediadores e facilitadores de mediação.

Para fins meramente didáticos, estamos dividindo os direitos humanos em: direitos fundamentais à igualdade, direitos fundamentais à existência digna, direitos fundamentais à liberdade e direitos fundamentais à estabilidade democrática.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS À IGUALDADE:

Dudh: Artigos 1.º e 2.º (direitos econômicos e sociais)

Por definição ninguém é superior em dignidade ou direitos a ninguém. São ilegítimos os privilégios. As prerrogativas da função pública devem ser razoáveis (proporcionalidade).

Somos fundamentalmente iguais pela nossa origem e pelo nosso destino. Iguais na nossa natureza humana. Ter ou não ter bens não implica ser mais ou ser menos humano. A igualdade está relacionada à dignidade humana. Não se trata de igualdade absoluta, mas de igualdade de tratamento jurídico e de oportunidades.

Esse direito fundamental à igualdade assegura a proporcionalidade, a atributividade; qual seja, tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na proporção das suas desigualdades. Assim, a igualdade supõe o respeito à diferença, de modo proporcional e razoável.

Direitos econômicos e sociais de igualdade também pressupõem igual remuneração por igual trabalho, direitos sociais de repouso, limitação razoável das horas de trabalho, garantia de lazer e férias periódicas remuneradas, sem privilégios.

¹ Fonte: <<http://www.pnud.org.br/seguranca/reportagens/index>>.

Educação e saúde de qualidade para todos são outros desdobramentos da igualdade. É pela educação que o homem desenvolve a sua inteligência, os seus talentos, a sua compreensão do mundo, a sua capacidade de gerar autonomia, renda e bem-estar.

Enfim, o princípio da igualdade aponta no sentido de políticas públicas de emprego e renda, de saúde e educação, que contribuam para eliminar as diferenças econômicas e sociais não razoáveis.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS À EXISTÊNCIA DIGNA:

Dudh: Artigos 3.º, 5.º, 12, 16, 22, 25, 26 e 27 (vida, integridade, vida privada, honra, família, previdência social, educação e cultura)

Não se trata apenas de proteger uma vida física, mas a existência de acordo com a dignidade humana.

Daí por que a disposição do art. 3.º está associada aos desdobramentos constantes do art. 12, onde constam os direitos à vida privada, à honra e à boa reputação da pessoa humana.

O direito à vida funda-se no princípio da existência digna; direito inviolável que supõe a máxima proteção (art. 5.º). Os desdobramentos do direito à vida, previstos no art. 25, consagram o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a cada um e à respectiva família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

A família é considerada a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado. Decorre do casamento ou da união estável. Na família, os pais são igualmente responsáveis, sendo iguais os direitos e deveres do homem e da mulher. O planejamento familiar constitui uma livre opção do casal.

A existência digna não admite a prática de tortura, penas e tratamentos degradantes. Devem ser assegurados direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade humana.

Os que podem trabalhar devem assegurar, com seu trabalho e esforço, os que não podem por alguma razão válida. Previdência social é uma das modalidades de proteção à existência digna. Supõe uma responsabilidade solidária pelo bem-estar dos que não podem trabalhar.

O princípio da existência digna supõe fraternidade, igualdade distributiva, políticas compensatórias. Implica proteção especial aos que estão situados em condições de vulnerabilidade (crianças, adolescentes, idosos, portadores de qualidades especiais, grávidas, consumidores, índios etc.).

A possibilidade do pleno exercício dos direitos culturais, incluindo a proteção e o livre acesso aos bens materiais e imateriais de valor cultural e a garantia de meio ambiente saudável são outros aspectos essenciais do princípio da existência digna.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE:

Dudh: Artigos 4.º, 17, 18, 19, 20 e final do art. 23 (não-escravidão, não-servidão, propriedade, liberdades de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, reunião e associação)

Para distinguir a liberdade, a DUDH indica duas situações contrárias a esta: a escravidão e a servidão. Escravidão enquanto sistema de relação em que algum senhor patrimonial também é dono de pessoas (escravos). Na escravidão o senhor é dono do escravo. Servidão enquanto sistema de relação em que o servo entrega ao senhor a maior parte do fruto do seu trabalho, em troca de moradia e trabalho nas terras que pertencem ao senhor. Na servidão o senhor é dono do trabalho do servo.

A liberdade implica autonomia privada (autonomia da vontade, negocial, de consciência, de expressão, de reunião, de associação), autonomia pública (discricionariedade) e o direito de propriedade.

A liberdade pressupõe, portanto, igual liberdade a ser reconhecida aos demais em idêntica situação (pluralismo, princípio da diferença). Com efeito, as sociedades humanas devem ser comunidades de homens livres. A liberdade de consciência supõe o respeito à igual liberdade do outro. As crenças abrangentes (totalitarismos, fundamentalismos) são incompatíveis com as doutrinas razoáveis (pluralismos, reconhecimento das diferenças).

A liberdade de expressão pressupõe a veracidade e o respeito à honra, à intimidade e à imagem dos outros. As liberdades de reunião e associação são essenciais ao protagonismo social. Sem uma cidadania ativa não prosperam as instituições democráticas. Mas ninguém pode ser obrigado a se reunir ou a se associar. Dentre os direitos fundamentais de liberdade encontram-se o de acesso ao serviço público, o de eleger representantes em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal e voto secreto, que assegure a liberdade de escolha.

O direito de propriedade é um aspecto do princípio da liberdade. O exercício desse direito pode ser limitado pela sua função social.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS À ESTABILIDADE DEMOCRÁTICA:

Dudh: Artigos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 13, 14, 15, 21, 23, 24, 28, 29 e 30 (garantias iguais perante a lei e a justiça)

As instituições democráticas são ordenações jurídicas e políticas públicas voltadas para a defesa, proteção e desenvolvimento dos direitos humanos.

A todos devem ser assegurados os direitos instrumentais de acesso à estabilidade democrática.

Toda pessoa deve estar habilitada a defender os seus direitos em face da lei e exigir justiça perante juízos e tribunais. Defensoria pública, gratuita, para os que não têm condições de custear advogados.

A estabilidade democrática supõe um amplo direito de acesso à justiça.

Ninguém pode ser considerado culpado antes do devido processo legal ou tido como delinqüente sem que o fato tenha sido previamente provado, conforme a lei.

Deve haver independência e harmonia entre os serviços públicos de caráter executivo, legislativo e judiciário.

Devem ser asseguradas as garantias penal e processual. Como garantias penais os possíveis fatos delituosos e as penas a eles correspondentes devem estar previstos em lei (princípio da legalidade) já em vigor por ocasião das suas práticas (anterioridade).

Como garantia processual devem-se assegurar a independência e a imparcialidade dos órgãos competentes para conhecer e julgar consoante o devido processo legal.

O processo judicial deve contemplar a igualdade, o contraditório, a publicidade, a celeridade, a recorribilidade, bem assim a independência, imparcialidade e o livre convencimento do juiz.

No processo penal devem-se assegurar: a) direito à presunção de inocência; b) direito de ser informado da causa (fatos materiais atribuídos ao acusado) e da natureza da acusação (qualificação jurídica dos fatos materiais); c) direito de dispor de tempo e de meios necessários à preparação da defesa; d) direito de estar presente e de defender-se pessoalmente ou com a assistência de defensor público ou advogado; e) direito de obter o interrogatório das testemunhas de defesa e de interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação; f) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo ou se confessar culpado; g) direito de não ser novamente indiciado, julgado, absolvido ou condenado pelos mesmos fatos; h) direito à indenização por acusação injusta e leviana.

Também é direito de todos que as limitações ao exercício dos seus direitos e liberdades devem ser determinadas pela lei e exclusivamente com o fim de assegurar iguais direitos e liberdades de outrem ou para satisfazer justas exigências de proteção da moral e afirmação da ordem pública de uma sociedade democrática. Portanto, a estabilidade democrática é o pressuposto de uma segurança cidadã.

5. UMA VISÃO PROSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Nas Conferências Nacionais ou Internacionais de Direitos Humanos e nos inúmeros outros fóruns de discussão de direitos fundamentais, são trava-

dos debates que revelam as diferentes crenças e doutrinas que caracterizam o pluralismo democrático. Ao se buscar a identificação do interesse comum da humanidade, as várias ideologias que compõem esse pluralismo encontram espaço apropriado à definição de programas universais consistentes com os princípios republicano e democrático.

Eis uma admirável abordagem prospectiva, sintetizada com base em palestra do jurista Fábio Konder Comparato.² A função última do poder político, que é o mais abrangente de todos, consiste em realizar o bem comum do povo, na esfera nacional, e o bem comum da humanidade, na esfera internacional. O regime democrático representa, hoje, a culminância do sistema de regulação do poder, com fundamento na proteção da dignidade humana.

Conforme Comparato, no plano mundial, o princípio republicano se concretiza em três instituições básicas.

A primeira delas é o estabelecimento de um regime comunitário para os bens que constituem patrimônio da humanidade, abolindo-se toda forma de apropriação particular ou estatal. Que bens são esses?

Em primeiro lugar, o genoma da espécie humana. Embora declarado “patrimônio da humanidade” pela UNESCO em 1999, há centenas de pedidos de patente sobre seqüências do genoma humano, depositados em alguns países.

Em segundo lugar, as fontes não renováveis de energia. Nesse particular, Comparato acentua que a Convenção sobre o Direito do Mar, assinada em 10 de dezembro de 1982 em Montego Bay, na Jamaica, declarou que constituem patrimônio da humanidade as riquezas minerais localizadas nos fundos marinhos e seu subsolo, além dos limites da jurisdição nacional.

Em terceiro lugar, em aplicação do princípio republicano de supremacia do bem comum da humanidade sobre o interesse particular de quem quer que seja, dever-se-ia proibir a apropriação, para fins de exploração comercial, do conhecimento científico e tecnológico, ligado à preservação da vida ou da saúde humana contra epidemias.

Em quarto lugar, para a proteção do interesse comum da humanidade, os países, em cujo território se encontram as grandes florestas, não deveriam ser reconhecidos como seus proprietários, mas simplesmente como administradores, devendo responder no foro internacional pela sua omissão em impedir o desmatamento predatório.

Finalmente, em quinto lugar, as diretrizes da política mundial de alimentação deveriam ser fixadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e sua aplicação confiada à FAO – Organização para a Agricultura e

² Palestra da abertura da III Conferência Internacional de Direitos Humanos, organizada pela OAB, em Teresina (Piauí), nos dias 16 a 18 de agosto de 2006.

a Alimentação, com poderes acrescidos para intervir no mercado mundial de produtos alimentares.

No plano nacional, quanto à questão agrária, a mais justa reforma consistiria na substituição da propriedade da terra por um direito de uso, vinculado à sua efetiva exploração.

Outro setor em que a apropriação de bens públicos resultou numa abolição prática de um direito fundamental, no caso o de informação e comunicação, numa sociedade de massas como a atual, é o dos meios de transmissão audiovisual. Eles são hoje dominados, majoritariamente, por organizações empresariais, que moldam em grande parte a opinião pública. Criou-se, com isso, uma lamentável confusão entre a liberdade de expressão e a liberdade de empresa. Um dos remédios encontrados para corrigir essa distorção é a instituição do chamado “direito de antena”, já reconhecido na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 40, alínea 1) e na Constituição Espanhola de 1978 (art. 20, alínea 3), o qual dá a grupos sociais relevantes o direito de livre acesso ao rádio e à televisão.

O princípio democrático funda-se no reconhecimento de que a soberania, ou poder supremo, pertence ao povo, na esfera nacional, ou ao conjunto dos povos, no plano internacional, com o respeito integral aos direitos humanos. O verdadeiro Estado Democrático de Direito é, pois, aquele em que todos os poderes, inclusive a soberania, são limitados, para a melhor proteção da dignidade humana.

A soberania não se confunde, portanto, com o governo. Ela é, na verdade, o poder de controle sobre todas as instâncias governamentais, e o poder de responsabilizar os governantes ou Estados que descumprem as decisões concernentes ao futuro da nação, ou da humanidade.

No plano nacional, a soberania, assim entendida, pertence, obviamente, ao povo. Essa soberania popular deve, portanto, manifestar-se não só por meio do sufrágio eleitoral, mas também pelo exercício de plebiscitos, de referendos e da iniciativa popular de leis e mudanças constitucionais, bem como pela ampla competência para o ajuizamento de ações populares, ações civis públicas e soluções extrajudiciais de controvérsias.

Ainda quanto à soberania, é indispensável reconhecer que ela há de pertencer, no plano internacional, aos povos ou nações, e não aos Estados. Em consequência, o pressuposto fundamental para que um Estado (ou uma federação de Estados) seja membro da ONU deveria ser a sua estrutura democrática, ou seja, a existência de órgãos de governo efetivamente delegados do povo.

Quanto ao funcionamento da ONU, uma das mais graves carências é a completa impunidade para a violação das decisões de seus órgãos, notadamente o Conselho de Segurança. A primeira medida a se tomar, quanto a esse ponto, deveria ser a instituição da pena de suspensão, de pleno direito, do direito de voto, em todos os órgãos das Nações Unidas, do membro

inadimplente, suspensão essa que perduraria até que ele viesse a cumprir o seu dever associativo.

No plano dos poderes de governo, dever-se-ia dar à Assembléia Geral o principal papel, o que implica uma reforma em profundidade das regras relativas à sua composição, competência e funcionamento.

Admitido o princípio da efetiva representatividade dos povos, e não apenas formalmente dos Estados, não se pode deixar de reconhecer que a representação de cada país, na Assembléia Geral, deve competir a pessoas eleitas diretamente pelo povo e não simplesmente indicadas pelo governo. Importa lembrar que essa regra já vigora no seio da União Européia, para a composição do Parlamento de Estrasburgo.

De acordo com o mesmo princípio de representatividade democrática, é insustentável manter em vigor a regra da igualdade de votos de todos os Estados nas reuniões da Assembléia Geral, como determinado pelo art. 18, alínea I, da Carta das Nações Unidas. O peso demográfico não pode deixar de ser levado em consideração na regulação do sufrágio.

Sobretudo, a Assembléia Geral deveria assumir uma função preponderante, deixando de ser mero fórum de debates, cujas resoluções têm apenas o valor de recomendações, aos seus membros e ao Conselho de Segurança (Carta, art. 10). Bem mais do que isto, ela deveria ser o verdadeiro poder legislativo do Estado mundial, votando as grandes normas que hão de constituir o futuro direito da humanidade, acima das legislações nacionais ou regionais.

Nesse sentido, as resoluções legislativas das Nações Unidas, votadas pela Assembléia Geral, notadamente os tratados em matéria de direitos humanos, deveriam entrar em vigor desde logo no mundo todo, independentemente de ratificação pelos Estados-membros.

Quanto ao Conselho de Segurança, ele não deveria mais ser composto por membros permanentes, dotados do poder de veto.

Importa, porém, não esquecer que a tarefa de construção de uma democracia mundial completa-se, necessariamente, com a organização de um Poder Judiciário forte e autônomo. Nesse sentido, é indispensável abolir a cláusula de reconhecimento facultativo da jurisdição da Corte Internacional de Justiça, de modo que a nenhum membro das Nações Unidas seja lícito subtrair-se à jurisdição da Corte, sobrepondo o seu interesse próprio à realização da justiça no plano internacional.

É necessário, também, criar um tribunal internacional com ampla competência para conhecer e julgar os casos de violação de direitos humanos, bem como ampliar a competência do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Em suma, há muito a trilhar no sentido da efetividade de Instituições nacionais e internacionais co-construídas consoante princípios republicanos e democráticos.



PRECEITOS DE COMUNICAÇÃO CONSTRUTIVA

Sumário: 1. Conotação positiva – 2. Escuta ativa – 3. Perguntas sem julgamento – 4. Reciprocidade discursiva – 5. Mensagem como opinião pessoal – 6. Assertividade – 7. Priorização do elemento relacional – 8. Reconhecimento da diferença – 9. Não reação – 10. Não ameaça.

Um indivíduo vivo não tem como deixar de comportar-se. Comportamento é comunicação. Toda comunicação é interacional, é troca de mensagens. Por mais que um indivíduo se esforce é-lhe impossível não comunicar. Atividade e inatividade são comunicações. Portanto, palavra ou silêncio são comunicação. Possuem valor de mensagem e, dessa forma, influenciam outros e estes não podem não responder a essas comunicações e, portanto, também estão comunicando.

A mulher que numa mesa de bar prefere ficar de costas para os demais freqüentadores está comunicando que não quer falar com ninguém. Enfim, a comunicação é verbal (digital) ou não-verbal (analógica). Ademais, nem sempre a comunicação acontece de modo intencional, consciente ou eficaz; mesmo assim, ela é relacional e, portanto, circular ou recursiva. A inevitabilidade da comunicação significa que a presença de pelo menos duas pessoas em um ambiente constitui uma relação interpessoal. Enfim, relações humanas são interações, e estas são sistemas que, sendo vivos (biológicos, psicológicos e comunicativos), são abertos.

Watzlavick¹ menciona que uma das características mais significativas dos sistemas abertos é o comportamento equifinal (independente das condições iniciais), especialmente em contraste com o modelo de equilíbrio (determinado pelas

¹ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet; JACKSON, Don. *Pragmática da comunicação humana. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 115-117.

condições iniciais), próprio dos sistemas fechados. Segundo ele, “O estado final desse sistema fechado é completamente determinado pelas circunstâncias iniciais, sobre as quais pode se dizer, portanto, que constituem a melhor explicação desse sistema; contudo, no caso do sistema aberto, as características organizacionais do sistema podem operar no sentido de ser atingido até o caso extremo de independência total das condições iniciais: o sistema é, pois, a sua própria e melhor explicação; e o estudo da sua organização atual é a metodologia apropriada”. Watzlavick refere que, na análise de como as pessoas se afetam mutuamente em sua interação, as características específicas da gênese ou do produto da relação são menos importantes do que a organização atual da interação.

Essas constatações da ciência nos autorizam a trabalhar as possibilidades de reprocessar interações por meio de uma pragmática comunicativa construtivista. Há, portanto, um aprendizado que deve ser difundido amplamente: o da comunicação construtiva, pois estamos contaminados por uma comunicação dominadora. Assim, para orientar uma pedagogia de serenidade nas políticas públicas de mediação e prevenção da violência (expandindo a efetividade do acesso à justiça e à segurança) e nas relações interpessoais em organizações corporativas, é necessário o desenvolvimento de uma comunicação construtiva.

O desenvolvimento da comunicação construtiva habilita os grupos envolvidos à prática de negociações eficazes, gerindo os conflitos de modo sistêmico. Nesta quadra do processo civilizatório em que os trabalhos em equipe se tornam mais necessários à expansão do conhecimento e à obtenção de resultados positivos, uma comunicação construtiva torna-se cada vez mais fundamental. Essa necessidade avança à medida que os modelos verticais de liderança são substituídos por modelos horizontais, baseados em equipes.

Com efeito, a partir de estudos sobre comunicação e negociação, e de experiências pessoais em organizações sociais, judiciais, políticas e empresariais, sintetizamos, adiante, dez preceitos de Comunicação Construtiva.

A nosso ver, uma comunicação construtiva contempla o complexo de valores e práticas comunicativas complementares, decompostas consoante os seguintes preceitos: a) conotação positiva; b) escuta ativa; c) perguntas sem julgamento; d) reciprocidade discursiva; e) mensagem como opinião pessoal; f) assertividade; g) priorização do elemento relacional; h) reconhecimento da diferença; i) não reação; j) não ameaça.

Como recurso pedagógico, costumamos adotar, nos cursos de capacitação, exposições dialogadas, com apoio visual por intermédio de projeção eletrônica, e oficinas nas quais simulamos situações de conflito em que são utilizados esses preceitos de comunicação construtiva.

Eis, resumidamente, os fundamentos dos dez preceitos de Comunicação Construtiva, destacando que eles também poderiam ser vistos como elementos de linguagem numa cultura de paz e direitos humanos:

1. CONOTAÇÃO POSITIVA

A comunicação construtiva começa com o acolhimento do outro por meio de uma linguagem apreciativa, estimulante. Somos, a cada momento, a pessoa que estamos sendo numa conversa com alguém. Cada conversação é um padrão moral, com estilos, direitos e obrigações diferentes dos que acontecem em outra circunstância ou com outra pessoa. Nós geramos as conversações e estas nos geram. Apreciar a conversação é reconhecer o valor comunicativo do outro enquanto ser humano, independentemente dos seus valores. Apreciar a conversação supõe o reconhecimento da inevitabilidade e da necessidade da diferença que o outro faz.

Aprecia-se a conversação mediante conotações positivas como “vá em frente, você é capaz”, “é interessante essa sua maneira de ver o problema”, “esta é uma preocupação legítima”, “isto que você disse me pôs a pensar”. Conote positivamente e, caso necessário, faça perguntas para permitir ao interlocutor uma abertura para outros enfoques ou formas de verbalização. A comunicação dominadora estimula o julgamento antecipado mediante a utilização das expressões “mas, contudo, todavia etc.”, baseadas na idéia de uma verdade única. A conotação positiva expressa uma atitude de reconhecimento, que contempla o pluralismo. Esse reconhecimento é o fundamento da não-violência. Gera empatia, embora não implique, necessariamente, em concordância.²

O mediador de conflitos e os grupos de negociadores cooperativos, por intermédio de conotações positivas, contribuem para o desenvolvimento do processo comunicativo, pois, ao fortalecer a auto-afirmação dos mediandos e interlocutores, ampliam as possibilidades da interação.

2. ESCUTA ATIVA

As pessoas precisam dizer o que sentem. A melhor comunicação é aquela que reconhece a necessidade de o outro se expressar. Em vez de conselhos e sermões, escute sempre, com toda atenção, o que está sendo falado e sentido pelo outro. Aconselhar, salvo situações muito especiais, é colocar-se acima, como alguém que se aproveita da dificuldade do outro para lhe lançar a superioridade das suas supostas virtudes. Dar conselhos normalmente se apresenta como expediente de uma cultura de dominação. Aconselhar é uma maneira de assistencialismo. O conselho bloqueia as necessidades de expressão, reconhecimento e emancipação do aconselhado. O facilitador ou mediador deve

² ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aperfeiçoar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006. p. 134.

estar consciente de que a necessidade primeira do mediando é a de expressar as suas razões e sentimentos. Escute e escute, ativamente.

Somente pessoas que se sentem verdadeiramente escutadas estarão dispostas a escutar. “Escute” a comunicação não-verbal. Observe o movimento corporal do outro. Quem não compreende um olhar também não compreenderá uma longa explicação. Tenha claro que escutar ativamente não é apenas ouvir. É identificar-se, compassivamente, sem julgamentos. É ter em conta o drama do ser humano que está ali com você, e suas legítimas contradições. Escutar, portanto, é, antes de tudo, atitude de reconhecimento; essa necessidade básica de todos nós nas relações interpessoais. Precisamos estar conscientes de que é a partir da escuta que se estabelece uma circularidade co-evolucionária na comunicação humana.

3. PERGUNTAS SEM JULGAMENTO

Primeiro escute, depois pergunte. Em vez de aconselhar, pergunte. Perguntas apropriadas apóiam e complementam o processo de escuta e reconhecimento. Perguntar esclarece, sem ofender. A pergunta nos protege da pressa em julgar o outro ou da nossa mania de dar conselhos. Por meio da pergunta você ajuda a outra pessoa a narrar e a melhor interpretar o próprio comportamento. Nesse sentido, as perguntas ajudam a esclarecer, contextualizar, capacitar.

Portanto, essencialmente, as perguntas são de esclarecimento (detalhamento) ou de contextualização. Porque elas são utilizadas para a obtenção de esclarecimento ou para facilitar uma revisão, um “empoderamento” do mediando. O conselho – que desiguala a relação – deve ser evitado e substituído por perguntas que ajudem o outro a repensar a questão. As perguntas de contextualização não subtraem do indagado a responsabilidade e o poder de reelaboração das suas posições.

A resposta a uma pergunta de contextualização, como “tem sido proveitoso discutir com o seu marido quando ele chega bêbado em casa?” estimula a exploração de subargumentos ou histórias alternativas, ampliando a percepção.

Quanto à forma, as perguntas podem ser fechadas, quando se busca uma resposta do tipo sim ou não. Podem ser dirigidas, quando se almeja o esclarecimento ou ponderação a respeito de um detalhe do problema. Ou podem ser abertas, quando se pretende um esclarecimento pleno do conflito.

Em qualquer circunstância recomenda-se que essas perguntas tenham caráter circular, qual seja, vinculem-se, concretamente, às respectivas respostas, estabelecendo uma circularidade com as falas que as retroalimentam. Portanto, perguntas abstratas, fruto de mera imaginação ou de pré-julgamentos, devem ser evitadas.

São exemplos de circularidade perguntas: quando foi, onde foi, como foi, se foi a primeira vez, qual foi a reação das pessoas envolvidas, como costuma reagir, quais os efeitos da conduta sobre a relação, ou sobre terceiros implicados, como era a relação antes do problema, qual o motivo, você concorda com isto, você acha que haveria outra maneira de fazer isto, etc.

4. RECIPROCIDADE DISCURSIVA

Fale claramente, mas respeite o igual direito do outro de falar. Após escutar ativamente o que o outro tem a dizer, estabeleça, na mediação ou na negociação direta, uma comunicação em que ambos respeitem o direito do outro de se expressar. O mediador deve obter, logo no início da mediação, a concordância de ambas as partes com a regra da não interferência na fala do outro. E deve assegurar, firmemente, igual direito de expressão. Equilibrar o direito de expressão contribui para equilibrar o poder.

Adote, pois, uma comunicação “de mão dupla”. Pessoas que falam, e falam sem perceber que o outro não está mais a fim de ouvir, comunicam-se negativamente. Comunicação construtiva é equitativa, circular, no sentido de algo co-construído. Sem isto, a comunicação será manipulatória e, portanto, reduzida ao nível do jogo de poder.

É comum, em nossos diálogos e negociações diretas, a existência de pessoas mais tímidas, que tendem a se omitir, ou de pessoas loquazes, que costumam monopolizar a conversa. Devemos ter a sensibilidade de estimular o tímido por meio de perguntas e sensibilizar o loquaz a valorizar o diálogo. De qualquer sorte, é inviável uma comunicação construtiva enquanto as pessoas não estiverem atentas à circularidade do diálogo.

5. MENSAGEM COMO OPINIÃO PESSOAL

Quando fizer alguma observação sobre o comportamento de alguém, use a primeira pessoa. Exemplo: “Em minha opinião isto poderia ter sido feito da seguinte forma...”. Esse modo de comunicação evita que se fale pelo outro. É conhecido como “linguagem eu”. O mediador deve orientar os mediandos a utilizarem a primeira pessoa, interrompendo-as quando assim não procederem.

Nunca se deve dizer “Você não devia ter feito isso ou aquilo”. Fale por si, nunca pelo outro. Diga: “Eu penso que isto poderia ter sido feito da seguinte forma...”. A “linguagem eu” evita que a outra pessoa se sinta invadida ou julgada por você. Nossas experiências em mediação indicam o poder da “linguagem eu”.

Quando as pessoas adotam a primeira pessoa e falam sobre como perceberam o comportamento da outra, dá-se uma transformação. As expectativas de ofensa são substituídas pelo alívio de um possível reconhecimento. Viabiliza-se a admissão de uma possibilidade de reconhecimento, afastando o hermetismo da polêmica.

O mediador deve colaborar para que os mediandos falem na primeira pessoa. Especialmente na fase inicial de um processo de mediação é importante que os ânimos exaltados não se expressem na forma de acusações pessoais, mas na forma de impressões sobre como cada um dos interessados sente e percebe o problema.

A moral pós-convencional da modernidade é impaciente diante de comportamentos invasivos. As pessoas se sentem no direito de ser diferentes e não aceitam recriminações.

6. ASSERTIVIDADE

Não se deve ter medo de divergência. Ser assertivo é ter clareza. Dizer sim ou dizer não com todas as letras. Saiba naturalmente dizer não ao comportamento imoral, ilegal ou injusto. Quem não sabe dizer não, também não sabe dizer sim. Quem não sabe dizer sim se omite das suas responsabilidades sociais. A pessoa assertiva, comunicando-se construtivamente, é capaz de superar o impasse entre o confronto e a fuga.

Em nosso país – ainda marcado pelos vícios do colonialismo e da escravidão – persiste uma comunicação de oprimidos e opressores. Daí a cultura do “bonzinho”. Mas o “bonzinho” não é confiável. A dissimulação é a sua moeda de troca. A moral do bonzinho é rigidamente hierarquizada. Volta-se para agradar o poderoso, favorecer o parente e enganar o mais frágil. Essa cultura desconhece a impessoalidade da justiça. Daí por que, especialmente nos ambientes empresariais, as reuniões costumam ser jogo de cena entre pessoas que se julgam mais espertas do que as outras.

Essa “ética da amizade”, do chamado “homem cordial” a que se referia Sérgio Buarque de Holanda (Raízes do Brasil), favorece o nepotismo e a esperteza, em vez de contemplar o interesse público. Nossa cultura continua contaminada pela mania da “meia conversa”, em que não se distingue as questões de princípio das questões de mero interesse pessoal ou grupal.

Somos levados a confundir tolerância com convivência. A falta de assertividade contribui para o paradoxo da violência, pois excesso de omissão, de acomodação, se converte em excesso de agressão. A pessoa assertiva é confiável. Baseia-se em princípios e é capaz de renunciar às facilidades ilegítimas. Os desonestos e covardes costumam ser avessos à assertividade.

Portanto, o mediador de conflitos deve ser assertivo e estar atento para ajudar os mediandos a se conduzirem assertivamente. Assertividade é boa-fé, sem o que as pessoas não estarão auto-afirmadas para negociar. Boa-fé pressupõe o reconhecimento da honestidade, do altruísmo e do amor como valores essenciais do agir comunicativo. Daí por que a assertividade é algo que se pratica serenamente, sem as mágoas e as explosões de raiva dos que se mantiveram omissos. Quando estamos auto-afirmados, assertivos, somos capazes de receber um não com naturalidade. E somos capazes de dizer sim à decência e à generosidade.³

7. PRIORIZAÇÃO DO ELEMENTO RELACIONAL

Separe o problema pessoal do problema material. Quando o conflito for pessoal e, ao mesmo tempo, material, tenha em conta que a necessidade primeira das pessoas envolvidas é restaurar a relação pessoal. Essa restauração pressupõe uma capacitação, uma conscientização, uma reelaboração dos sentimentos e percepções de cada um dos mediandos, uma revisão das posições originais, o que enseja a abertura para que se estabeleça um diálogo identificador de interesses subjacentes, interesses comuns e opções.

Portanto, primeiro tenha em conta o problema pessoal (a relação propriamente dita). Somente após, restaurada a relação ou superada a animosidade, as pessoas estarão aptas a cuidar do problema material (os bens e os direitos envolvidos).

Há disputas de baixo comprometimento relacional em que a questão emocional quase não conta. No entanto, quando o problema emocional for muito complexo, será recomendável que o mediador se faça acompanhar de co-mediador com formação em psicologia. Isto é mais comum nos conflitos familiares entre casais.

Quando o conflito também envolver pessoas outras da respectiva comunidade, será importante contextualizar, incorporando essas pessoas, numa abordagem que permita a realização de mediação em círculo ou círculos restaurativos, acolhendo-se, nessas dinâmicas, essas outras pessoas protagonistas ou co-responsáveis pelo conflito e/ou pela sua transformação.

8. RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA

Nós, humanos, percebemos os fatos do mundo de modo incompleto e imperfeito. Como se não bastasse, a mente humana, sob a tensão de disputa,

³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Relações interpessoais e mediação de conflitos. Educação para a paz – formação de agentes sociais para a prevenção da violência*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2006. p. 56-64.

tende a polarizar, a optar e fixar-se numa posição. Tornamo-nos animais acua-dos, pois essa hipertrofia, que impede a percepção de outras possibilidades, expressa um estado de carência, de medo, de rigidez, de violência. Cada um, no seu contexto cultural e existencial, tende a ordenar os valores segundo hierarquias variadas, que supostamente contemplam as suas necessidades de auto-afirmação.

Toda uma preparação será necessária até que o mediando se sinta em condições de sair da sua posição e se imagine no lugar do outro. Colocar-se no lugar do outro é o caminho da empatia, da compreensão das razões, dese-jos, necessidades e valores do outro. Trata-se de um exercício que o mediador poderá sugerir aos mediados, pois o contato com essa outra realidade é uma experiência de sensibilização e de integração.

Exemplo: você, dentro do seu terreno e no seu direito construiu um muro, prejudicando de algum modo o vizinho a ponto de provocar uma disputa. Imagine-se na condição do vizinho, perceba o prejuízo que ele está sofrendo e se habilite a compreender o conjunto do problema. Isto lhe ajudará a identificar o interesse comum a ser protegido.

Para que estejamos aptos a reconhecer a diferença, precisamos superar os estereótipos, que são aquelas nossas idéias ou convicções classificatórias, preconcebidas, sobre alguém ou algo. Decorrem de expectativas, hábitos de julgamento ou falsas generalizações. Essas idéias ou convicções preconcebidas bloqueiam a comunicação construtiva, impedindo a fluidez da empatia. Pes-soas que aprendem a superar os estereótipos se tornam capazes de apreciar as diferenças.

Enquanto a rotina que o estereótipo reproduz não é trazida para o plano do consciente, a nossa comunicação será naturalmente preconceituosa. Trazer o estereótipo para o plano do consciente é o primeiro passo para a apreciação da diferença. Preconceituoso resistente é quem se apegas às suas “verdades”. A superação do estereótipo gera aquela empatia que se estabelece entre pessoas que se vêem, se aceitam, se respeitam e se escutam como seres humanos reais e diferentes. Consoante o educador Paulo Freire: “Aceitar e respeitar a diferença é uma dessas virtudes sem o que a escuta não se pode dar”.⁴

9. NÃO REAÇÃO

Ao sofrer uma acusação injusta, não reaja. Reformule. Para isso dê um tempo. A simples reação é dependência. Quando reagimos, estamos cedendo, revidando ou rompendo, num encadeamento inconseqüente do estado de dependência e autocomiseração. Não perca o direito ao protagonismo, à sua

⁴ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005. p. 120.

oportunidade de transformar aquela interação. A prática transformadora da interação agressiva é conhecida como reformulação, pela qual somos capazes de romper com o jogo ofensa-reação.

A reformulação pode ser adotada por intermédio da paráfrase (repetição da frase) ou por meio de pergunta. Reformula-se mediante a paráfrase repetindo (com nossas próprias palavras) a frase agressiva do outro. Exemplo: “Você acabou de dizer que eu fui desonesto. Gostaria que você me explicasse onde está a desonestidade”. Também se reformula perguntando. Exemplo: “Por que você acha que eu sou mentiroso?” ou “E se o problema...” ou “Você não acha que...”. Ao reformular você cria oportunidades para que o outro também reformule.

A reformulação é recurso de grande importância para o desenvolvimento de uma cultura de paz e direitos humanos. No entanto, comportamentos reativos integram, muitas vezes, a prática de pessoas que se dizem defensoras de uma cultura de paz.

Alguns desses militantes, a pretexto de estarem reagindo contra uma repressão histórica, reproduzem os valores reativos da subjacente cultura de dominação. Sentem-se perseguidos. Precisam de apoio no aprendizado da comunicação construtiva, da reformulação.

10. NÃO AMEAÇA

Ameaça é jogo de poder coercitivo. Ao ameaçar você está induzindo a outra parte a provar que é mais poderosa. Em vez de uma solução de ganhos mútuos (ganha-ganha), fica-se restrito a um jogo de ganha-perde ou de perde-perde. A ameaça conduz o conflito na direção do confronto, da violência.

É inaceitável a ameaça numa reunião de mediação. A melhor atitude para evitar que isso aconteça é a conscientização prévia dos mediandos sobre a prática da escuta ativa, da igualdade de fala e da linguagem na primeira pessoa.

O preceito da não ameaça não exclui a possibilidade de se perguntar ao mediando se ele admite a existência de riscos ao proceder daquela forma. Esse questionamento poderá ajudar na identificação de dados de realidade. Convém lembrar que dados de realidade são os padrões éticos, técnicos, econômicos ou jurídicos que devem ser levados em consideração na tomada de decisões.

Há muitas bases de poder a serem observadas. Eugênio Carvalhal⁵ destaca oito: poder coercitivo, poder de conexão (ligações de influência), poder

⁵ CARVALHAL, Eugênio do. *Negociação – fortalecendo o processo: como construir relações de longo prazo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vision, 2002. p. 97.

de recompensa (prêmio ou punição), poder de referência (traços pessoais), poder de informação (acesso ou posse), poder de especialista (habilidade ou conhecimento), poder legal (quando atribuído pela organização) e poder legitimado (quando sustentado por liderados). Ao ameaçar, você deflagra uma competição pelo maior somatório de poder, numa busca desesperada, já em si afrontosa.



MODELOS DE MEDIAÇÃO

Sumário: 1. Modelos focados no acordo: 1.1 Mediação satisfativa: 1.1.1 Valores e modelos de negociação, consoante a Escola de Harvard; 1.1.2 Técnicas de Negociação adotadas nas mediações; 1.1.3 O desenvolvimento de uma mediação satisfativa; 1.2 Conciliação – 2. Modelos focados na relação: 2.1 Mediação Circular-Narrativa: 2.1.1 Microtécnicas; 2.1.2 Minitécnicas; 2.1.3 Técnica; 2.1.4 Macrotécnica; 2.1.5 Particularidade do modelo circular-narrativo; 2.2 Mediação Transformativa: 2.2.1 Capacitação e empatia; 2.2.2 Padrões de interação; 2.2.3 Particularidade do modelo transformativo.

1. MODELOS FOCADOS NO ACORDO

1.1 Mediação satisfativa

A prática da mediação, em sua versão moderna, seguiu, inicialmente, os preceitos da negociação cooperativa baseada em princípios, desenvolvida pela Escola de Harvard. Ali foram elaborados conceitos e procedimentos, por exemplo, sobre: 1) “posição” (atitude polarizada e explícita dos disputantes) e “interesses” (subjacentes e comuns, embora contraditórios ou antagônicos, a serem identificados); 2) técnicas de criação de opções para a satisfação dos interesses identificados; 3) a necessidade de observação dos dados de realidade ou padrões técnicos, éticos, jurídicos ou econômicos; 4) a importância de separar o conflito subjetivo (relação interpessoal) do conflito objetivo (questões concretas).¹

Esses conceitos eram aplicados enquanto técnicas de negociação, priorizando-se o conflito objetivo (o problema concreto), com vistas ao acordo

¹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim. A negociação de acordos sem concessões* (Projeto de Negociação da Harvard Law School). Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 33-113.

negociado. Esses procedimentos e técnicas, desenvolvidos a partir dos anos cinquenta e sessenta do século passado, destinaram-se, inicialmente, a contribuir para a superação dos constantes impasses nas negociações da Guerra Fria entre Estados Unidos e União Soviética. Foram utilizados conceitos de psicanálise e lingüística sobre comunicação e construção do discurso, para uma melhor compreensão do manifesto e do subjacente.

Eis um resumo dos modelos de negociação e do método de mediação que redundou na mediação satisfativa, também conhecida como mediação de acordo ou tradicional.

1.1.1 Valores e modelos de negociação, consoante a Escola de Harvard

A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Nesse sentido, ela adota (por definição cooperativa), conforme a natureza da relação interpessoal, um modelo integrativo ou um modelo distributivo.

Quando, então, se aplica um ou outro modelo de negociação? O modelo integrativo é aquele, normalmente, adotado nas parcerias, alianças, relações de interdependência, em que manter ou conseguir um relacionamento de longa duração é importante. O modelo distributivo é o adotado nas negociações episódicas, sem perspectiva de geração de rede ou parcerias, alianças, relações de interdependência, etc. A mediação seria um terceiro modelo de negociação cooperativa, denominado negociação com apoio em terceiros.

São, portanto, três modelos básicos de negociação: integrativo (busca-se ampliar, expandir, o campo reconhecido como de interesses comuns); distributivo (busca-se dividir ou trocar entre as partes o campo de interesses em disputa); apoiado em terceiro (busca-se um terceiro, o mediador de confiança, que possa facilitar uma solução).

Na negociação integrativa se prioriza a análise de problemas e oportunidades para a tomada de decisão. É uma negociação que tem a característica de um planejamento compartilhado. Na negociação distributiva os interesses comuns estão subjacentes.

O bom negociador sabe que toda negociação comporta as fases de planejamento, execução e controle. E também sabe que a fase de planejamento – em que se procura explorar o objeto da negociação e os interesses e padrões da outra parte – pode ser decisiva. Portanto, negociação não é barganha posicional do tipo perde-ganha, com o mero intuito de levar vantagem.

1.1.2 Técnicas de Negociação adotadas nas mediações

a) Separar as pessoas do problema: todo negociador tem dois tipos de interesse: na relação interpessoal e no problema concreto (substância). A relação tende a confundir-se com o problema, uma vez que a barganha posicional não distingue o relacionamento do problema material em conflito. Recomenda-se, portanto, separar a relação da substância, porque lidar com um problema substantivo e manter uma boa relação não precisam ser metas conflitantes. Não se deve resolver questão relacional por meio de concessões substantivas (materiais).

No trato das questões relacionais a Escola de Harvard recomenda atenção com a percepção, a emoção e a comunicação próprias e dos outros.

Para ampliar a percepção, ponha-se no lugar do outro; não deduza intenções do outro a partir dos seus próprios condicionamentos; não culpe o outro por seus problemas; troque idéias sobre as percepções de cada um; surpreenda e contrarie a percepção do outro sobre você; compartilhe com o outro o interesse no resultado e o andamento do processo; evite que o outro se sinta enganado.

Ao lidar com a emoção, reconheça e compreenda as emoções do outro e as suas; explicita essas emoções e a sua legitimidade; deixe que o outro desabafe; não reaja às atitudes emocionais; adote gestos simbólicos que geram impactos emocionais construtivos.

Em sua comunicação, escute ativamente e registre o que está sendo dito; fale para ser entendido; fale sobre você mesmo e não sobre o outro; antes de declarações significativas, pergunte-se: para quê?

Portanto, estruture o jogo da negociação de maneira a separar o problema substantivo do problema relacional e a proteger o ego (das pessoas) do envolvimento com as discussões substantivas. Caso o outro negociador seja desconhecido, procure conhecê-lo, de algum modo, antes de iniciar a negociação; trate o conjunto das necessidades identificadas como problemas comuns; lide com as pessoas como seres humanos e com os problemas por seus próprios méritos.

b) Concentrar-se nos interesses e não nas posições: concilie interesses, e não as posições. Os interesses definem o problema. Por trás de posições opostas, há interesses compatíveis, assim como interesses conflitantes. Como identificar os interesses do outro? Coloque-se no lugar do outro e se pergunte “por que”; e se pergunte “por que não”; e examine o impacto sobre o seu interesse; o impacto sobre o interesse do grupo.

Os interesses mais poderosos são as necessidades humanas básicas (segurança, bem-estar econômico, sentimento de pertença, reconhecimento e controle

sobre a própria vida). Para a identificação desses interesses e necessidades no caso concreto, é importante elaborar uma lista. É necessário que o negociador fale sobre os próprios interesses e reconheça os interesses do outro como parte do problema. Coloque, discuta, compartilhe o problema antes de oferecer a solução. A objetividade não deve comprometer a flexibilidade. Seja rigoroso com o problema e afável com as pessoas.

c) Identificar opções de ganhos mútuos. Nesse processo, devem-se superar quatro obstáculos fundamentais, que inibem a construção de uma multiplicidade de opções:

- c1 – o julgamento prematuro: observação e tomada de informações devem ser adotadas para evitar os julgamentos antecipados, que prejudicam a negociação. Uma negociação prática requer raciocínio prático e não idéias imaginativas. Recomendação: separar o ato de inventar opções do ato de julgá-las;
- c2 – a busca de uma resposta única: as pessoas tendem a pensar “já estamos tendo dificuldade do jeito como as coisas estão, imagine se surgirem idéias diferentes”. A resposta única é função de uma percepção simplista, que desconsidera a pluralidade e os contextos. A idéia da resposta única dificulta a negociação. Recomendação: ampliar as opções sobre a mesa, em vez de buscar uma resposta única;
- c3 – a pressuposição de porção fixa: nem sempre a melhor solução está em dividir o que se tem, mas em agregar valor, conjuntamente, para a obtenção de uma porção ampliada. O bolo pode ser dividido ou aumentado. Recomendação: buscar benefícios mútuos;
- c4 – pensar que o problema do outro lhe é estranho: o envolvimento emocional com um dos lados de uma questão dificulta a compreensão do conjunto do problema a ser negociado. Reluta-se em reconhecer a legitimidade das pretensões da outra parte. Recomendação: inventar meios de facilitar as decisões do outro.

A tempestade de idéias é uma técnica adotada para a negociação das questões substantivas, para a identificação de interesses e opções. Trata-se de momento criativo, sem compromisso, sem vinculação. Daí por que se deve deixar acertado que as idéias que fluem não passam de imaginação criativa, sem qualquer sentido de proposta objetiva. A lógica é separar o ato criativo do ato crítico: inventar primeiro, decidir, caso haja consenso, depois. E deixar que fluam todas as possibilidades, sem censura. Como requisito para a tempestade de idéias, deve-se definir o objetivo, mudar o ambiente, criar uma atmosfera informal, escolher um facilitador imparcial. Durante a sessão da tempestade de idéias, devem-se colocar os participan-

tes lado a lado, para lidar, em conjunto, com o problema, convencionar a ausência de crítica, a confidencialidade e a socialização das idéias, produzir uma lista de idéias abordando o problema sob os mais variados enfoques, registrar as idéias em quadro-negro ou em grandes folhas de papel que todos possam ler.

No fechamento da tempestade de idéias devem-se adotar critérios para identificar as opções mais fortes e mais fracas. É importante que se atribua pesos diferentes às várias opções, com base nas suas características. Caracterizam-se como mais fortes as opções substantivas, permanentes, abrangentes, definitivas, incondicionais e obrigatórias. Caracterizam-se como mais fracas as opções processuais, provisórias, parciais, condicionadas, contingentes e não-obrigatórias.

É comum, em negociações complexas, a prática unilateral e simulada de tempestade de idéias como parte do planejamento de uma reunião de negociação. Nestas hipóteses, costumam-se estabelecer prazos e definir quais e como essas idéias devem ser apresentadas na mesa de negociação.

d) Insistir em critérios objetivos: tentar conciliar as diferenças com base na vontade (barganha posicional) pode acarretar sérios danos. Para sair do terreno subjetivo da vontade de qualquer das partes é necessária a identificação de critérios objetivos. Estes são padrões norteados por princípios. Eis alguns padrões: preço de mercado, custo de reposição, valor contábil depreciado, preços competitivos, projeção de tendências, precedente, opinião científica, padrões profissionais, padrões morais, tratamento igualitário, tradição, reciprocidade, etc. A negociação baseada em princípios contempla os padrões objetivos para um acordo sensato e duradouro.

Numa negociação com critérios objetivos, além dos padrões, os procedimentos também devem ser justos. Padrões justos para as questões substantivas e procedimentos justos para lidar com os interesses. Exemplo de padrão justo: cortar o bolo em duas partes iguais para as duas crianças que o disputam. Exemplo de procedimento justo: uma das crianças corta o bolo e a outra escolhe. Ao lidar com critérios objetivos devem-se ter em conta três requisitos: d1) cada questão deve ser apresentada como uma busca conjunta; d2) os negociadores devem estar abertos às reflexões sobre quais são os padrões mais apropriados e como devem ser aplicados; d3) deve-se admitir que se ceda a esta ou àquela pressão, mas não se admite que se ceda em detrimento de princípios.

e) Conhecer as suas chances de retirada. E quando os negociadores do outro lado da mesa assumem uma atitude dominadora? Especialmente para essas situações, adota-se a técnica denominada “Chances de Retirada” (também conhecida como MAPAN – Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado, ou MAANA – Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo).

A falta de Chances de Retirada, (MAPAN ou MAANA), enfraquece o negociador. Desconhecer essas possibilidades deixa-o vulnerável. Exemplo: a negociação por um piso mínimo indesejado, mas razoável, consoante as circunstâncias. Esse piso mínimo deve comportar alguma margem de reserva, algum espaço para movimentar-se.

Na elaboração da sua Chance de Retirada, anote uma lista de providências que você poderia tomar caso não chegue a um acordo. Avalie, também, o poder do outro: procure conhecer qual seria a Chance de Retirada dele. Quando a outra parte for poderosa, mais evidente ficará a sua necessidade de negociar com base em méritos, princípios, critérios. Mais relevante será contar com uma alternativa, ou chance de retirada.

1.1.3 O desenvolvimento de uma mediação satisfativa

A mediação satisfativa – definida como uma negociação com apoio de terceiro imparcial, denominado mediador – adotou, enfim, todas essas técnicas desenvolvidas pela Escola de Harvard. Esse modelo focado no acordo e baseado em princípios inspira o andamento processual de outros modelos, inclusive modelos focados na relação. Assim, a mediação satisfativa, em seu andamento processual, é paradigma para os demais modelos de mediação. O procedimento inicia-se com a apresentação das partes e do mediador; seguem-se as explicações sobre o que é e como se processa a mediação; em sucessivo, os mediandos narram o problema e são questionados equitativamente; procura-se fortalecer a colaboração para que eles evoluam das posições iniciais para a identificação dos interesses comuns subjacentes, co-elaborem as opções e cheguem, quando possível, a um acordo fundado em dados de realidade. As entrevistas de pré-mediação são recomendadas, embora eventualmente dispensáveis, sendo admitidas as reuniões em separado do mediador com cada um dos mediandos, com o objetivo de facilitar o desbloqueio de impasses.

1.2 Conciliação

A exemplo do que ocorre em qualquer negociação mediada por um terceiro imparcial, na Conciliação, o conciliador é esse terceiro que media, procurando obter o entendimento entre as partes. Portanto, conciliação é mediação. Com efeito, não é o nome que se dá a um instituto o que caracteriza a sua natureza, mas é a sua natureza aquilo que o caracteriza. A natureza da conciliação é a da mediação de conflitos. O que a distingue de outros modelos de mediação não é a sua natureza, mas as suas particularidades, ou algumas das suas particularidades procedimentais.

Ainda a propósito do nome conciliação, trata-se de uma opção vocabular que designa a natureza do procedimento pelo nome do resultado pretendido. Em verdade, toda mediação tem, mediata ou imediatamente, o sentido de criar condições para o entendimento entre as partes, com vistas a uma conciliação. Nessa perspectiva finalística, toda mediação poderia também ser nomeada como conciliação. Tenhamos, portanto, muito claro que o modelo de mediação focado no acordo, denominado conciliação, é fruto de uma tradição do direito, que ficou agregada ao sistema oficial de administração da justiça, com seus procedimentos específicos, que o fazem distinto de outros modelos de mediação.

Ademais, é cediço que as disputas são conduzidas por métodos em que o terceiro decide (decisão judicial, decisão arbitral, decisão administrativa) ou por métodos em que o terceiro apenas contribui para que os envolvidos cheguem a um entendimento (vários modelos de mediação, dentre os quais a conciliação). Portanto, a conciliação é, indiscutivelmente, uma espécie do gênero mediação. Integra o campo da condução autocompositiva de disputas mediadas por um terceiro.

Quais seriam, então, as particularidades procedimentais desse modelo? A primeira é a de que se trata de procedimento adotado em complemento ao processo judicial, pelo próprio julgador ou por pessoa autorizada, a serviço daquele juízo. A segunda particularidade está no fato de que se trata de modelo focado no acordo, aproximando-se, nesse aspecto, da mediação satisfativa. A terceira está na circunstância de que os conciliadores não são escolhidos ou, de algum modo, submetidos a um juízo de aceitação pelas partes envolvidas, pois já estão pré-determinados naquela função. A quarta está em exercerem uma ascendência hierárquica durante as sessões, reduzindo as possibilidades do protagonismo. A quinta particularidade é que a conciliação não prevê entrevistas prévias ou incidentais, em separado. Finalmente, porque os conciliadores – naquela situação de ascendência hierárquica do ambiente judicial – aconselham, advertem e induzem as partes ao acordo.

Não se deve afirmar que tais características comprometem a qualidade desse modelo de mediação. No entanto, não se trata de um modelo moderno, no sentido de que os novos paradigmas de mediação não recomendam distinções hierárquicas, interferências indutoras, pressões e advertências para forçar um acordo. Para reduzir esses aspectos limitantes e qualificar a condução do conflito, pensamos que os conciliadores deveriam ser previamente capacitados e testados em técnicas de mediação satisfativa, modelo este também focado no acordo.

Deve-se destacar que a conciliação – modelo focado no acordo –, desde que bem conduzida, tem grande praticidade e oportuniza soluções rápidas e efetivas para disputas pontuais entre pessoas sem vínculos continuados de

convivência. Como refere Eliana Riberti Nazareth,² os juizados especiais estão repletos de conflitos com essas características, a exemplo dos conflitos de trânsito e de consumo. Nestes, a questão relacional não é prioritária, pois o interesse em reparações materiais é o foco natural e imediato da disputa. Daí por que não se deve afirmar que a conciliação – modelo focado no acordo – que prioriza as questões materiais, objetivas, seja menos adequada do que uma mediação transformativa – modelo focado na relação. Tudo vai depender das circunstâncias da disputa. Disputas comunitárias, familiares, escolares ou no ambiente de trabalho, estas sim, por envolverem relações e padrões relacionais continuados, demandam uma abordagem transformativa, focada na relação.

2. MODELOS FOCADOS NA RELAÇÃO

2.1 Mediação circular-narrativa

Sara Cobb, em artigos como “A pragmática do protagonismo em mediação. Uma perspectiva narrativa” e “Uma perspectiva narrativa em mediação: para a materialização da metáfora *narrar histórias*”, distribuídos aos alunos nos cursos de capacitação de mediadores em vários países, inclusive no Brasil, e de inúmeros outros artigos de ampla divulgação, desenvolveu esse modelo de mediação, conhecido como circular-narrativo. Trata-se de todo um processo criativo decorrente da agregação ao modelo satisfativo, tradicional, de Harvard, de aportes da teoria geral dos sistemas, muito especialmente da terapia familiar sistêmica, da cibernética de primeira e segunda ordem, da teoria do observador, da teoria da comunicação, da teoria da narrativa, etc. Nesse modelo, a obtenção do acordo deixa de ser o objetivo prioritário para se tornar uma possível consequência do processo circular-narrativo.

Parte-se do reconhecimento da importância da arte da conversa – vista como talvez o aprendizado mais transcendental que praticamos. Essa troca nos permite adquirir outros aprendizados. Aprendemos e desenvolvemos a nossa própria arte de conversar com outros seres humanos. Assim, sentir, pensar e fazer se completam em narrações ou histórias. E a mediação é concebida, então, como um processo conversacional, que se dá na comunicação. O único material com que contamos nas mediações é o nosso processo conversacional. Comunicação analógica (não verbal) e comunicação digital (verbal), que se integram no processo de conversar.

² NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, 2006. p. 129-133.

Assim, conforme refere Marinés Soares,³ nossa tarefa como mediadores é: 1) desestabilizar as histórias; 2) possibilitar que se construam novas histórias. É nesse sentido que devem ser aplicadas as técnicas, sempre com a perspectiva de que é mais importante a sua assimilação pelos mediandos do que a sua mera aplicação. De que adianta uma reformulação, uma conotação positiva, etc., se estas forem rechaçadas pelos mediandos?

Eis, adiante, o conjunto (enunciativo e, portanto, não taxativo) de técnicas utilizadas no modelo circular-narrativo, englobando as denominadas microtécnicas (aplicadas sobre o aspecto inicial das narrativas), as minitécnicas (aplicadas sobre desdobramentos mais amplos das narrativas, mas ainda não sobre a sua totalidade), as técnicas propriamente ditas (que permitem a construção da história alternativa desestabilizadora das histórias prévias) e as macrotécnicas (confluência de todas as técnicas no encontro de mediação), na classificação adotada por Marinés Soares.⁴

2.1.1 Microtécnicas

As microtécnicas são aplicadas de dois modos: interrogativo e afirmativo.

O modo interrogativo diz respeito às perguntas informativas (para obter esclarecimento) e às perguntas desestabilizantes e/ou modificadoras (para estimular a contextualização). As perguntas informativas: 1) viabilizam um melhor conhecimento dos saberes dos mediandos e 2) ajudam a esclarecer aspectos das informações recebidas. As perguntas desestabilizantes e/ou modificadoras objetivam contribuir para que os mediandos: 1) reflitam sobre o conteúdo da disputa; 2) reflitam sobre a relação; 3) produzam novos questionamentos; 4) assumam o protagonismo; e 5) compreendam a interdependência entre os elementos que compõem a mútua influência (causalidade circular) dos elementos entre si e sobre a totalidade do sistema/conflito.

O modo afirmativo dessas microtécnicas pode ter os seguintes significados: 1) Reformulação: consiste em afirmar com outras palavras o que foi dito por algum dos mediandos, com vistas a facilitar o encaminhamento do diálogo; 2) Conotação positiva: é uma espécie de reformulação centrada em ressaltar as características e qualidades positivas de determinada fala. Trata-se de uma linguagem apreciativa; 3) Legitimação: trata-se de uma conotação positiva das posições da partes, no sentido de facilitar a compreensão do padrão relacional circular, para além das posições (rígidas) como vítima/ofensor, virtuoso/vicioso; 4) Re-contextualização: embora seja a contextualização um efeito de todo o

³ SUARES, Marinés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. 1. ed. 5. reimp. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 241-242. 320 p.

⁴ Idem, *ibidem*, p. 244-304.

processo, é possível o desenvolvimento de afirmações enquanto microtécnica que contribua para re-contextualizar o problema de modo mais abrangente, menos abrangente ou apenas diferente.

2.1.2 Minitécnicas

As chamadas minitécnicas, normalmente aplicadas no processo de mediação, abrangem a externalização, os resumos e a equipe reflexiva.

A) Externalização: é uma das técnicas extraídas do campo da terapia familiar sistêmica, desenvolvida por Michael White e David Epston, criadores da chamada terapia narrativa, que vê a terapia como um processo que se dá “nas narrativas e através delas”. Esse processo foi dividido em várias etapas sucessivas ou simultâneas, como segue: a) Condensação do problema: especificação do problema como algo externo ao *self* individual, da família, da instituição ou da comunidade; b) Nominalização do problema: é importante que os mediandos co-constroam um nome para o problema, que permita a ambos se sentirem legitimados, que não gere culpa e que conote o problema de forma negativa; c) Separação do problema objetivo das questões das pessoas ou das relações: é uma continuidade da nominalização do problema, no sentido da externalização, passo a passo, de cada uma das suas características; d) Conotação negativa do problema: o problema deve transformar-se na ameaça a ser enfrentada pelas partes. Os dois ou mais mediandos devem enfrentar o problema e não enfrentar-se entre eles. Nesta etapa, devem ser feitas perguntas circulares que contribuam para que se perceba que essa ameaça não é estática e que os mediandos podem realimentar essa “coisa”, fazendo-a sobreviver e se desenvolver. Tal abordagem ajuda a alertar os mediandos para as suas responsabilidades e protagonismo; e) Internalização do protagonismo: uma das maneiras mais efetivas de lograr a internalização é ajudando as partes a buscar os chamados “acontecimentos extraordinários”, por intermédio de perguntas estimuladoras de histórias que permitam aos mediandos vislumbrar outras possibilidades que eles próprios dispõem, dispuseram ou que podem dispor na luta contra o problema. Os elementos dessas narrativas devem concorrer para a internalização do protagonismo.

B) Resumo: em vários momentos das reuniões conjuntas (públicas), ou mesmo das reuniões individuais (privadas), os mediadores devem aplicar essa “minitécnica”, como resultante das “microtécnicas” precedentemente adotadas. Qualquer resumo deve: a) utilizar a fala das partes; b) utilizar reformulações com suas conotações positivas; c) cuidar para que todos os mediandos fiquem legitimados ou positivamente posicionados; d) produzir ou tentar produzir uma re-contextualização.

C) Equipe reflexiva: trata-se da possibilidade de se contar com uma equipe para acompanhar, na própria sala ou em uma retrocâmara, o trabalho dos mediandos

e do mediador acompanhado ou não de co-mediador. Essa técnica foi criada pelo terapeuta norueguês Tom Andersen e consta do seu livro *El equipo reflexivo* (Barcelona, Gedisa, 1994). Num primeiro momento, conforme destaca Marinés Suares, a equipe reflexiva apenas escuta as histórias que são contadas pelos mediandos e observa a comunicação não verbal (analógica) entre as partes e entre elas e/ou os mediadores. Neste momento, não devem falar entre si, mas refletir sobre outras possíveis formas de descrever ou explicar o que os mediandos estão descrevendo ou explicando, limitando-se ao que estão presenciando, evitando reflexões sobre a pessoa do mediando. Num segundo momento – a pedido da equipe reflexiva ou do mediador, mas sempre com prévia anuência deste – dá-se início a uma conversa entre a equipe reflexiva e o(s) mediador(es). Os mediandos são convidados a escutar o que a equipe reflexiva diz. Os integrantes da equipe conversam entre si e com o mediador, mas nunca se dirigem aos mediandos. Não podem sequer olhar para eles, pois toda a atenção deverá estar voltada para o mediador. Em não havendo uma equipe reflexiva, o próprio mediador, neste caso, sozinho, num monólogo em voz alta, consoante perguntas que ele se faça e responda, ou em conjunto com o co-mediador, pode fazer as vezes de uma equipe reflexiva.

Essa minitécnica deve estar apoiada numa epistemologia baseada na teoria do observador, que contempla a possibilidade de diferentes versões para os fatos, descrições e explicações apresentados. Tais reflexões nunca devem ter por objeto as pessoas, mas apenas o material das conversações. Podem ser feitas associações com situações semelhantes, deve-se adotar conotação positiva, que contribua para a legitimação dos mediandos em suas posições, evitando-se resumos que fechem a questão. O mediador, responsável pelo processo, pode, a qualquer momento, solicitar à equipe reflexiva que suspenda as suas reflexões. O mediador também pode solicitar aos mediandos que comentem o que escutaram, salvo quando o próprio mediador, com ou sem co-mediador, tenha desempenhado o papel da equipe reflexiva. Deve-se destacar que essa técnica é muito pouco praticada, haja vista o seu custo e suas dificuldades na formação de uma boa equipe reflexiva.

2.1.3 Técnica

Quanto à técnica propriamente dita, ou técnica da história alternativa (que busca a construção da história alternativa desestabilizadora das histórias prévias), trata-se esta da questão central do modelo circular-narrativo de mediação. É fundamental que o estudante de mediação entenda a sua razão de ser, a fundamentação teórica em que se apóia e o objetivo que pretende alcançar com a sua aplicação. Quanto mais fechadas ou extremadamente coerentes estiverem as histórias dos mediandos, ou há pouca interação entre eles ou estão demasiadamente expandidos em histórias arquetípicas das cul-

turas a que pertencem, aumentando as dificuldades do mediador. Essa técnica é praticada na terceira etapa do encontro de mediação, conforme o modelo circular-narrativo (mais adiante resumiremos essas etapas). Todas as técnicas anteriormente comentadas devem ser utilizadas na construção da história alternativa e desconstrução das histórias de origem. Segundo Marinés Suares, a melhor história alternativa não é a que seja mais real, porém aquela que permita maiores aberturas, desenhe mais saídas, abra mais caminhos para que os mediandos possam dar início à negociação, recuperando a capacidade perdida, encarcerada nas histórias prévias. Tal como em todo o processo de mediação, devem buscar os mediadores que os mediandos compreendam e não apenas entendam o outro, ainda quando não concordem com os seus argumentos.

2.1.4 Macrotécnica

Finalmente, quanto à chamada macrotécnica do encontro de mediação (ou confluência de todas as técnicas no encontro de mediação), deve-se dizer que se trata do próprio processo de mediação. Esse encontro de mediação, consoante o modelo circular-narrativo, foi sendo aperfeiçoado por Sara Cobb. Um dos motivos foi a constatação da influência da primeira narrativa sobre a subsequente e sucessivamente, fenômeno este por ela denominado “colonização das narrativas”. O encontro de mediação se compõe de pré-reunião, primeira etapa da reunião conjunta, segunda etapa na forma de reuniões individuais, terceira etapa como reunião da equipe e quarta etapa como reunião conjunta de fechamento.

2.1.5 Particularidade do modelo circular-narrativo

A mais destacada particularidade do modelo circular-narrativo, a nosso ver, está na condução dos mediandos no sentido da desconstrução ou desestabilização das narrativas iniciais. A escuta das narrativas se alterna com as perguntas de esclarecimento e de desestabilização. Desde a primeira reunião conjunta, logo após os esclarecimentos e recomendações iniciais, o mediador solicita a apresentação de alternativas, já trabalhando a circularidade e a interdependência. A meta inicial do mediador e as suas primeiras frases devem estar voltadas para definir a questão como um problema compartilhado, na perspectiva de que a mediação é uma oportunidade para trabalhar sobre os problemas. Aqui não se destaca o problema relacional do substantivo, mas o problema em sua complexidade sistêmica. Outra particularidade é que as reuniões privadas ou individuais constituem etapas e não meras possibilidades ditadas pelas circunstâncias do caso, como ocorre em outros modelos.

2.2 Mediação Transformativa

É inquestionável a contribuição da Escola de Harvard para o desenvolvimento de modelos mais ajustados à compreensão da complexidade, da instabilidade e da intersubjetividade, consideradas como dimensões do novo paradigma da ciência. A mediação transformativa foi buscar nas experiências anteriores alguns dos seus procedimentos. Na transição para a mediação transformativa deve ser considerada, também, a importante contribuição da mediação sistêmica, que teve seu maior desenvolvimento na área dos conflitos familiares, a partir da terapia sistêmica de família ou de casais, conforme refere Vezzulla.⁵ A contribuição mais notável desse modelo deu-se em matéria de comunicação, com a adoção de técnicas para aperfeiçoar a escuta do mediador, a investigação e, especialmente, o uso da reformulação, por meio da paráfrase e dos questionamentos, bem assim a adoção de resumos que auxiliam o aprimoramento da comunicação e a modificação dos pontos de vista dos participantes sobre as questões objeto do conflito.

A mediação transformativa acolhe, portanto, técnicas da mediação satisfativa, aspectos da terapia sistêmica de família e os elementos do paradigma da ciência contemporânea, tais como a complexidade, a instabilidade e a intersubjetividade, anteriormente comentados. Reforça a importância da pré-mediação e dos conceitos e procedimentos em torno de posições, escutas, questionamentos, apropriações, prevalência do aspecto intersubjetivo do conflito, resumos, integrações, interesses, opções, dados de realidade e acordos subjacentes.

2.2.1 Capacitação e empatia

Na mediação transformativa o foco inicial está na apropriação (“capacitação”, “auto-afirmação”) dos mediandos, de modo que esses atores – pessoas, grupos, comunidades – recuperem reflexivamente seu próprio poder restaurativo, afastando-se de modelos em que um “expert” decide “conceder” poder às pessoas “objeto”.

Ela também pode ser conceituada como um método/processo co-evolutivo de afirmação e transformação, com a colaboração de mediador, sem hierarquia, da apropriação à integração, recursivamente, para viabilizar o reconhecimento das diferenças, a identificação dos interesses e necessidades comuns, opções, dados de realidade e o entendimento (acordo).

Joseph Folger e Barush Bush⁶ lembram que, nos anos setenta, estudiosos de vários campos do conhecimento, incluindo as ciências políticas e o direito,

⁵ VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006. p. 87.

⁶ FOLGER, P. Joseph; BARUCH BUSH, Robert. *Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador*. Novos paradigmas em

foram percebendo que a visão individualista do mundo, que definiu e circunscreveu o papel das nossas instituições, estava sendo substituída por uma visão relacional, que sugere a importância de se desenvolver instituições com papéis ampliados, social, cultural e ecologicamente. Instituições enquanto instrumentos não apenas para a proteção dos direitos e liberdades individuais, mas também para o desenvolvimento da comunidade cívica e interconexão humana.

Os referidos autores, a partir do livro *A Promessa da Mediação*, de 1994, passaram a destacar a importância dessa visão relacional, para romper com certa ideologia individualista presente nas práticas da mediação nos Estados Unidos. Passaram a mostrar como os mediadores podem seguir, conscientemente, uma abordagem que permite e ajuda as partes a aproveitarem as oportunidades que o conflito apresenta para a capacitação (autodeterminação) e empatia (reconhecimento).

Tais autores, que trabalham e desenvolvem a mediação transformativa, argumentam que um enfoque na capacitação (autodeterminação) caracteriza que o mediador observa pontos do procedimento em que os mediandos têm a oportunidade de se apropriarem de uma maior clareza em relação a seus objetivos, recursos, opções e preferências. Então o mediador vai trabalhando com essas oportunidades, por intermédio do apoio aos processos mentais e emocionais dos próprios mediandos em direção ao esclarecimento e à tomada de decisões. E alegam que um enfoque na empatia (reconhecimento) caracteriza que o mediador observa em que medida os mediandos enfrentam a consideração da perspectiva, pontos de vista e experiências do outro. E o mediador vai trabalhando para o estímulo dos esforços de compreensão integradora.

É nesse sentido que a mediação é potencialmente transformativa; por oferecer aos mediandos a oportunidade de desenvolver e integrar suas capacidades de autodeterminação e responsividade aos outros.

Mas é preciso ter em conta que autodeterminação e reconhecimento não compõem uma dualidade. Integram, sim, uma circularidade, que passa por seu necessário pressuposto: a interação. Vimos que a interação é conflituosa e que essa conflituosidade se manifesta de modo explícito, especialmente quando as acomodações hierárquicas não são opressivas. Qual seja; quando não se está sob “a paz dos cemitérios”. Assim, as interações são o pano de fundo das autodeterminações e dos reconhecimentos, ou dos seus contrários. Portanto, ao escutar e questionar os mediandos, o mediador deve focar a interação, o padrão de interação, enfim, o modo como o conflito é construído e o seu potencial de conversão em confronto e violência. Pois a abordagem não é individualista, mas relacional. Cada um de nós é alguém diferente em função daquele com quem nos relacionamos.

mediação, organizado por Dora Schnitman e Stephen Littlejohn. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 85-100.

A mediação pode constituir a oportunidade de romper padrões relacionais e transformar a natureza destrutiva daquele determinado conflito. Identificar a natureza da interação é o caminho para a identificação dos interesses, expectativas e valores comuns subjacentes. Assim, as perguntas a serem formuladas pelo mediador devem ser apenas relacionais.

Ao explorar a relação, estará sendo reforçada a auto-afirmação dos mediandos e se abrindo a porta do reconhecimento. A mediação opera uma ética de alteridade, enquanto acolhimento da diferença que o outro é na relação e no mundo da vida. Essa ética de alteridade incide sobre um fenômeno circular e dialético, que nasce da relação, substancializa-se pela autodeterminação e se integra, construtivamente, pelo reconhecimento.

2.2.2 Padrões de interação

Stephen Littlejohn e Kathy L. Domenici⁷ recomendam que, a fim de colaborar para a obtenção de resultados transformativos, os mediadores devem aprender a pensar na disputa em termos sistêmicos e consoante abordagens múltiplas:

Em primeiro lugar, os mediadores precisam procurar conexões. Os eventos na disputa devem ser vistos como parte de algum padrão maior. E nunca há apenas um padrão. O que está ocorrendo entre pessoas e não é criação de apenas uma delas. Portanto, o argumento de um mediando é parte de um episódio; é parte de uma relação ou de uma série de interações que, juntas, definem o *self* da relação, produto inacabado de muitos padrões.

Em segundo lugar, os mediadores devem observar as regras implícitas em cada um desses padrões. Como em gramática, as afirmativas que fazem parte de um sistema de interações incluem um vocabulário de direitos, deveres, obrigações, proibições, possibilidades, etc. Essas regras, esses códigos de conduta, dão forma e estrutura à realidade que vai sendo criada e, ao mesmo tempo, constituem um indicativo de como se comportar em cada situação.

Em terceiro lugar, o mediador deve, ainda, perceber que esses padrões, regras e códigos de conduta estão situados num contexto ou conjunto de contextos. O conjunto de regras pode variar de um contexto para outro, que podem estar relacionados a outros contextos. É importante observar de que forma esses contextos se relacionam, se reforçam ou se repelem.

Em quarto lugar, o mediador deve perceber que um sistema de interações constitui ações interligadas, e deve observar como uma ação se liga à outra.

⁷ LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy. *Objetivos e métodos de comunicação na mediação. Novos paradigmas em mediação*, organizado por Dora Schnitman e Stephen Littlejohn. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 209-223.

Em quinto e último lugar, deve o mediador ter em conta que os eventos de um sistema são cíclicos e refletem uns aos outros. Não se deve assumir determinado ponto de vista a respeito de um sistema com base em padrões causais simples. Será necessário compreender os circuitos causais complexos em sua causalidade mútua.

Ao perceber esses eventos e adotando questionamentos e intervenções apreciativos, que estimulem a expansão dos contextos, o mediador pode ajudar os mediandos a ultrapassarem padrões de interação repetitivos e insalubres.

2.2.3 Particularidade do modelo transformativo

O modelo transformativo, diferentemente do circular-narrativo – que se baseia na idéia da desestabilização ou desconstrução das narrativas iniciais – tem como meta a superação das posições iniciais dos mediandos e o respectivo padrão relacional, mediante a capacitação ou auto-afirmação dos mediandos. Assim, as escutas e perguntas de esclarecimento ou de contextualização estão voltadas para o “empoderamento” e não, diretamente, para a desestabilização. Nessa perspectiva, o protagonismo dos mediandos vai-se ampliando à medida que vai sendo reconstruída a sua auto-estima. O mediador se legitima, não como um técnico, mas como um colaborador desse processo. A capacitação e conseqüente protagonismo responsável dos mediandos vão reforçando as possibilidades de contextualização e empatia. O problema relacional e o problema material são considerados em seu conjunto, mas sujeitos a abordagens distintas, com prioridade para a superação dos bloqueios emocionais que estejam a comprometer a comunicação.

Esse processo tem etapas, embora dotadas de um caráter eminentemente didático, pois se trata de processo predominantemente informal, em que a oralidade vai construindo os seus resultados.

O PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO: PRÉ-MEDIAÇÃO E ETAPAS

Sumário: 1. Pré-mediação – 2. Etapas do procedimento: 2.1 Considera-se primeira etapa a apresentação e recomendações; 2.2 Considera-se segunda etapa a fase de narrativas iniciais dos mediandos; 2.3 Considera-se terceira etapa o compartilhamento de um resumo do acontecido; 2.4 Considera-se quarta etapa a busca de identificação dos reais interesses; 2.5 Considera-se quinta etapa o esforço pela criação de opções com base em critérios objetivos; 2.6 Considera-se sexta etapa a elaboração do acordo – 3. Procedimento conforme o modelo circular-narrativo: 3.1 Pré-reunião; 3.2 Primeira etapa da reunião conjunta; 3.3 Segunda etapa, na forma de reuniões individuais; 3.4 Terceira etapa como reunião da equipe; 3.5 Quarta etapa como reunião conjunta de fechamento.

O procedimento de mediação pode variar em função do modelo utilizado e, também, das circunstâncias do caso ou do estilo do mediador. Aqui procuraremos expor, inicialmente, um procedimento que contempla a maioria dos modelos e que nós costumamos adotar. No final, faremos referência ao procedimento conforme o modelo circular-narrativo.

1. PRÉ-MEDIAÇÃO

A pré-mediação – salvo em matéria penal – não é uma condição sempre necessária da mediação. Há situações em que se dá início à mediação sem passar por uma pré-mediação. Mas a experiência tem indicado que as entrevistas de pré-mediação contribuem para a capacitação dos futuros mediandos a desempenharem os seus papéis de protagonistas responsáveis com maior desenvoltura. Ou mesmo para que se possa constatar alguma anormalidade que comprometa a atuação de ambas ou de alguma das pessoas envolvidas na disputa; hipóteses em que outros encaminhamentos poderão ser recomendados.

Como se faz a pré-mediação?

Pré-mediação: Alguém procura pela mediação e é recebido por um facilitador (ou por um mediador).

Ao receber a pessoa solicitante, o facilitador ou o mediador deve criar um clima de confiança e serenidade. Atende gentilmente e faz a entrevista de pré-mediação, verificando se o caso comporta mediação.

Na entrevista de pré-mediação o facilitador ou o mediador deve, antes de tudo, ouvir, atentamente, o que a pessoa solicitante tem a narrar, formulando as perguntas necessárias a esclarecer detalhes do conflito. Muitas vezes a narrativa abre caminho para uma solução mais simples e direta. Caso seja necessário e após a concordância da pessoa solicitante, já devidamente esclarecida sobre o que é mediação, é feito o convite à pessoa solicitada para igual atendimento.

Caso a pessoa solicitada compareça, o facilitador ou o mediador a recebe com a mesma gentileza e imparcialidade, escuta ativamente, realiza a entrevista de pré-mediação e explica o que é mediação. Especialmente nas mediações comunitárias, as entrevistas de pré-mediação possibilitam a solução da maioria dos conflitos. Isto porque as narrativas, escutas ativas e perguntas ajudam na eliminação de ambigüidades, aumentam a auto-estima e acarretam a apropriação de novas atitudes e abordagens.

Na maioria das disputas, as partes que devem participar da mediação são facilmente identificadas. Mas há situações em que as identidades das partes centrais não estão claras. Como em mediações empresariais envolvendo falência, quando muitos credores desejam estar participando. Ou em disputas de terras envolvendo comunidades em que há muitos interesses a serem contemplados. Embora não caiba ao mediador decidir quem serão os disputantes que terão assento à mesa de mediação, ele já poderá estar mediando a negociação a respeito de quem ou quantos irão representar cada grupo de interesse. Quando um grupo está desorganizado, o mediador pode também colaborar na tomada de decisão para escolher a equipe de negociação ou o seu porta-voz.

Christopher Moore,¹ ao definir critérios para a escolha de quem deve participar da mediação, recomenda a participação daqueles que:

“Têm o poder ou a autoridade para tomar uma decisão;

Têm capacidade, se não estiverem envolvidos, de inverter ou prejudicar um acordo negociado;

Conhecem e compreendem as questões em disputa;

¹ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Trad. de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 130-131. 368 p.

Têm habilidade para a negociação;
Têm controle sobre suas emoções;
São aceitos pelas outras partes;
Têm demonstrado compromisso ou estão dispostos a se comprometer na barganha de boa-fé;
Têm o respaldo e o apoio de seus constituintes”.

Todos esses cuidados e providências devem ser observados na fase de pré-mediação, que também deve incluir as informações sobre honorários do mediador e custas procedimentais eventualmente envolvidas.

2. ETAPAS DO PROCEDIMENTO

Costumamos dividir a mediação em seis etapas, apenas para fins didáticos, visando facilitar o seu andamento. Na prática, as etapas não são perceptíveis, pois o procedimento de mediação se caracteriza por avanços e recuos que vão possibilitando o esclarecimento das razões, a superação das resistências e a construção do diálogo.

As seis etapas da mediação:

2.1 Considera-se primeira etapa a apresentação e recomendações

Nesta primeira etapa o mediador acolhe os mediandos e se apresenta de modo sereno e descontraído.

Agradece a presença dos participantes e destaca o acerto da opção; esclarece que o seu papel é apenas o de colaborar com os mediandos; declara a sua independência e revela o seu dever de imparcialidade; explica os preceitos da escuta ativa, da igualdade de tratamento e da linguagem na primeira pessoa (linguagem “eu”); esclarece a importância do sigilo; solicita o mútuo respeito; expõe a possibilidade de entrevistas a sós (*caucus*); deixa claro que os mediandos serão os protagonistas do entendimento.

Convém que essas recomendações constem de um Compromisso de Mediação e Sigilo, assinado pelos mediandos, juntamente com uma Declaração de Independência, assinada pelo mediador.

Eis um modelo: Compromisso de mediação, sigilo e declaração de independência:

O(a) solicitante (nome, profissão, endereço e identidade):

O(a) solicitado(a) (nome, profissão, endereço e identidade):

Mediador(a) (nome, profissão e identidade):

Assumem o compromisso de se entenderem em busca de uma solução amigável para o conflito, com o apoio do mediador por eles aceito;

Assumem o compromisso de não interferir na fala do outro e de transmitir as mensagens como opinião pessoal.

Assumem o compromisso de comparecer às reuniões de mediação com pontualidade, nos horários livremente acertados de comum acordo entre eles e o(a) Mediador(a);

Assumem o compromisso de não comentar com outras pessoas os assuntos que forem conversados e resolvidos nas reuniões de mediação, uma vez que essas conversas são sigilosas;

Este compromisso também é assumido e assinado pelo(a) Mediador(a), que não poderá revelar os assuntos tratados na mediação, daí por que não poderá testemunhar em favor de ninguém a respeito dos assuntos tratados na mediação.

O(a) Mediador(a) declara que não é amigo íntimo ou parente e que não é ou foi chefe ou chefiado por qualquer das partes, declarando-se independente e apto a atuar com diligência e imparcialidade.

Local e Data:

Assinatura do(a) Solicitante:

Assinatura do(a) Solicitado(a):

Assinatura do(a) Mediador(a):

Assinatura de eventual co-mediador:

Tabelas de honorários de mediador e de custas procedimentais aprovadas pelas instituições especializadas na administração de mediações são geralmente adotadas pelos interessados.

De algum modo o mediador deve informar aos mediandos que o objetivo do procedimento é contribuir para que eles percebam claramente a situação e se preparem para o entendimento. E que o seu papel é o de colaborar para que se estabeleça um diálogo positivo, do qual possam resultar novas atitudes e decisões, caso os mediandos concluam que assim deve ser.

2.2 Considera-se segunda etapa a fase de narrativas iniciais dos mediandos

Esta segunda etapa se inicia com a solicitação do mediador para que cada um dos mediandos narre o problema trazido à mediação. Tais narrativas são necessárias, mesmo quando já tenham sido efetuadas, por cada uma das partes, separadamente, em entrevistas de pré-mediação.

Geralmente a pessoa solicitante narra primeiro, mas elas estão livres para combinar quem inicia.

Iniciada a narração, o mediador deve adotar a escuta ativa. Solicita ao outro mediando para apenas escutar, que sua vez será respeitada. Escuta e observa, sem julgamentos. Anota apenas o essencial. O mediador também deve estar atento aos seus próprios sentimentos, tendo sempre o cuidado de não julgar ou censurar. Claro que o mediador tem seus pontos de vista pessoais. Ao dar-se conta desses sentimentos de julgamento, o mediador afasta-se, conscientemente, do seu julgamento, para não influenciar os pontos de vista e as escolhas das partes.

Não se recomenda interromper os mediados em suas primeiras intervenções. Quando o mediando tiver dificuldades, deve o mediador estimulá-lo com perguntas. Caso o mediando que está na vez de escutar interfira prejudicando a continuidade da fala do outro, o mediador deve interrompê-lo e esclarecer sobre a importância da escuta.

A comunicação construtiva do mediador, numa abordagem transformativa, acolhe e encoraja a habilidade dos mediados em lidar com os seus próprios conflitos. E, do mesmo modo, assumem um ponto de vista positivo em relação aos motivos dos mediados, inclusive quanto à boa-fé e à decência, independentemente das aparências. Pois o mediador vê os mediados, mesmo em seus momentos mais críticos, como apenas temporariamente incapacitados pelo egocentrismo.

Por meio dessas escutas e questionamentos, o mediador vai ajudando cada uma das partes a esclarecer seus respectivos interesses, preferências e posições, contribuindo, desse modo, para liberá-las da insegurança e dos apegos. Com isto, cada mediando vai, paralelamente, entendendo melhor a perspectiva do outro.

Convém lembrar que as perguntas não devem sair da imaginação do mediador, mas da frase do mediando. Devem estar associadas às declarações concretas, tendo por objetivo ajudar o mediando a entender porque essas questões são importantes, quais as escolhas que gostaria de fazer, etc., sempre buscando, nesse microenfoque relacional de apropriação e reconhecimento, passar um tempo trabalhando a interação das partes, inclusive, se necessário, em reuniões em separado.

Especialmente nas mediações familiares o componente emocional costuma ser elevado. Essas mediações familiares costumam ser as mais complexas. No entanto, desde que dotado de uma consistente formação interdisciplinar/transformativa, qualquer mediador pode atuar, com sucesso, nessas mediações. Mas é recomendável, quando o mediador não tiver formação em psicologia, psiquiatria ou serviço social, que se faça acompanhar de co-mediador com alguma dessas formações profissionais. Não para que se trabalhe numa perspectiva terapêutica, mas para que as apropriações e reconhecimentos sejam bem desenvolvidos.

Esgotadas as narrativas, o mediador observa, sente e pergunta se há, ainda, algo a acrescentar. Mesmo que os mediandos se dêem por satisfeitos em suas narrativas, cabe ao mediador observar se eles realmente se apropriaram dos respectivos argumentos. Com efeito, o desenvolvimento da mediação transformativa depende da eliminação de ambigüidades e, portanto, da apropriação de atitudes conscientes, auto-afirmativas, pelos mediandos. Novas perguntas poderão ser formuladas.

Em não havendo mais o que expor, o mediador relata uma espécie de resumo do que foi dito, dando início a uma nova etapa.

2.3 Considera-se terceira etapa o compartilhamento de um resumo do acontecido

A terceira etapa se inicia no momento em que o mediador expõe um resumo consolidado do que ficou finalmente esclarecido. E pedirá aos mediandos que participem da construção desse resumo, corrigindo alguma inexatidão ou omissão. Esse resumo não é uma história burocrática do acontecido. É uma simples e objetiva descrição dos sentimentos, desejos e necessidades pessoais e materiais revelados pelas partes.

No resumo, as duas narrativas são integradas numa única. A revelação do resumo pode dar ensejo a novos sentimentos, percepções e reações, que devem ser objeto de novas e pacientes escutas e questionamentos. Avanços e recuos fazem parte do processo e não constituem nem indicam, necessariamente, problemas estranhos à mediação.

Os mediadores afeitos à abordagem transformativa não se surpreendem com as inexatidões e ambigüidades dos mediandos a respeito do acontecido, ou do que eles desejariam um do outro, ou a propósito das escolhas que poderiam ou deveriam fazer. Assim, uma outra marca da prática transformativa é permitir e eventualmente, até mesmo, estimular que as partes explorem ou voltem a explorar as fontes das suas ambigüidades e incertezas.

A propósito, o mediador transformativo não deve se sentir responsável pelos resultados da mediação. Ao invés disso, deve se sensibilizar e se sentir responsável por apoiar uma ambiência em que os mediandos estejam desenvolvendo os seus próprios esforços de comunicação, construção de perspectivas e tomada de decisão.

Mudanças de poder durante o procedimento de mediação são resultados possíveis de uma sucessão de ações que as próprias partes desenvolvem com base em seus julgamentos e avaliações. E o mediador deve ser responsivo a essas ondulações; sem julgamento, sem dirigismo.

Identificado o objeto do conflito, revelados os sentimentos, desejos e necessidades, estão os mediandos mais fortalecidos e preparados para apro-

fundar um diálogo voltado para o interesse comum. O mediador acompanha, responsivamente, essa inclinação dos mediandos e colabora para que eles se reconheçam mais efetivamente. Essa circunstância caracteriza o início de uma nova etapa.

2.4 Considera-se quarta etapa a busca de identificação dos reais interesses

Concluído e discutido o resumo, os mediandos estão mais receptivos à identificação de interesses comuns. Já apropriados pela circularidade da comunicação, capacitam-se a superar a rigidez das posições polarizadas do início do processo.

Neste momento, o mediador poderá fazer perguntas que facilitem a identificação de interesses comuns. Quais serão os interesses comuns dos pais que se separaram? Quais são os interesses comuns de dois vizinhos que se estranharam? Quais são os interesses comuns de dois dirigentes da empresa? Esses interesses não serão identificados, verdadeiramente, se os problemas de relação não estiverem bem apropriados e o conflito transformado pela comunicação construtiva.

Sempre que houver a possibilidade de acordos parciais, o mediador deverá incentivá-los. Os acordos parciais podem aumentar a confiança na interação. Eles devem, necessariamente, decorrer do diálogo direto entre os mediandos, com a colaboração do mediador. Tendo em conta que os acordos devem ir das questões mais simples ou mais consensuais às mais complexas ou contraditórias, nessa ordem.

Já após criado o clima de entendimento, caso o mediador constate resistência quanto a questões objetivas, pode propor – respeitada a igualdade de tratamento – a realização de entrevistas em separado (*caucus*). Talvez seja preferível suspender a sessão para que os mediandos façam consultas, junto a advogados ou outros profissionais, para obter dados de realidade ou critérios objetivos necessários às suas decisões. Quando a mediação circula sobre esse tipo de problema é porque ela terá atingido, pedagogicamente, uma quinta etapa.

2.5 Considera-se quinta etapa o esforço pela criação de opções com base em critérios objetivos

Os mediandos estão colaborando na escolha de opções, de alternativas para a tomada de decisões. Em casos que envolvem pluralidade de escolhas, o mediador pode sugerir a utilização de cartazes para que alguém anote as opções apresentadas, sem compromisso, aleatoriamente, pelos mediandos

(*brain storm*). Esta é uma técnica que ajuda os mediandos a não temerem a apresentação de propostas. Desta ou de outra forma, os mediandos vão se entendendo e decidindo.

Para se ter uma noção de como a tempestade de idéias pode ser útil, imaginemos, numa partilha de bens, o que pode ser decidido, por exemplo, em relação a uma casa. A casa pertencente em comum aos mediandos pode ser vendida, alugada a terceiros, alugada a um deles, convertida em ponto comercial, permutada por outra(s) ou permutada por apartamento(s) a ser(em) construído(s) no respectivo terreno, demolida para exploração, atividade de estacionamento, adquirida por um deles a fração ideal do outro, transferida para os filhos com ou sem reserva de usufruto, etc.

As opções válidas devem estar baseadas em dados de realidade. Estes dados ou critérios objetivos devem ser devidamente examinados, pois são os valores econômicos, morais e jurídicos que devem ser observados para a tomada de decisão.

Ao se chegar ao consenso, convém elaborar o acordo ou termo de mediação. A falta de consenso inviabiliza o acordo, mas não significa, necessariamente, que a mediação tenha fracassado. O caráter transformativo da mediação não se limita ao acordo. Chamamos de sexta etapa o momento de redação e assinatura do acordo ou termo de mediação.

2.6 Considera-se sexta etapa a elaboração do acordo

Nesta etapa final redige-se e assina-se o acordo. O acordo é assinado pelas partes e, em determinados países, a exemplo do Brasil, também por duas testemunhas, para que tenha força de título executivo extrajudicial. A assinatura dos advogados dispensa a assinatura de outras testemunhas. A homologação judicial do acordo pode ser requerida, a critério das partes. Nas mediações paraprocessuais a homologação judicial do acordo está pressuposta.

O acordo é um contrato, sendo necessária a qualificação das partes, a identificação do seu objeto, a definição das respectivas obrigações, as diretrizes a respeito de onde, como, quando deverão ser cumpridas essas obrigações e as consequências do não cumprimento, bem assim o foro ou o modo como será exigido o seu cumprimento, e as assinaturas de duas testemunhas ou advogados.

Nada impede que os advogados, em combinação com as partes, aditem ou dêem uma redação mais técnica ao acordo.

Ao final, o mediador deve agradecer e parabenizar os mediandos pelo resultado alcançado.

3. PROCEDIMENTO CONFORME O MODELO CIRCULAR-NARRATIVO

3.1 Pré-reunião

O encontro de mediação deve ser precedido de uma reunião para dar a conhecer a cada uma das partes, isoladamente, as características do processo de mediação, explicar a respeito da confidencialidade, firmar o acordo de confidencialidade, explicar as razões da gravação em vídeo (se for o caso), firmar o acordo de aceitação da gravação em vídeo (se necessário), ajustar honorários e definir a questão do tempo disponível.

3.2 Primeira etapa da reunião conjunta

A primeira etapa se inicia quando, numa reunião conjunta, em que os mediadores e mediandos devem estar sentados em cadeiras iguais, as explicações sobre o processo são repetidas. Eles esclarecem que as pessoas não devem ser interrompidas e que qualquer uma a qualquer momento pode abandonar o processo, livremente. Em continuidade, os mediadores já solicitam a apresentação de alternativas, trabalhando a circularidade e a interdependência. Assim, a meta inicial dos mediadores e as suas primeiras frases devem estar voltadas para definir o problema como um problema compartilhado. E assentar que a mediação é uma oportunidade para trabalhar sobre os problemas.

3.3 Segunda etapa, na forma de reuniões individuais

As reuniões individuais são consideradas como segunda etapa. Elas permitem uma interação mais reservada com cada uma das partes, de modo privado e equitativo, com vistas ao esclarecimento do problema, à identificação de objetivos, necessidades e desejos, a evitar a juridicização dos temas ou discursos sobre direitos, a circularizar, reposicionar e facilitar soluções. O que é comunicado nas reuniões individuais não pode ser informado ao outro mediando.

3.4 Terceira etapa como reunião da equipe

A reunião interna da equipe é tida como a terceira etapa. Esta situação ocorre quando o mediador trabalha com o apoio de co-mediador e/ou de uma equipe de observadores. Também se adota a forma de trabalho em equipes de quatro pessoas – duas na mediação e co-mediação e duas como observadoras em uma cabine com espelho de visão unilateral (ao estilo da escola

de terapia familiar sistêmica de Milão) – especialmente nos treinamentos ou quando o caso a ser mediado é mais complexo. O objetivo da reunião interna é ampliar a reflexão para a construção da história alternativa, tendo-se o cuidado de legitimar as pessoas, para que não se sintam em posição negativa, e contextualizar o conflito, prevenindo dificuldades.

3.5 Quarta etapa como reunião conjunta de fechamento

A quarta e última etapa é realizada numa reunião conjunta em que se consolida e narra a história alternativa e se procura construir o acordo a partir das opções, com avaliação de vantagens e desvantagens, em busca de uma solução nova. Finaliza, se for o caso, com a redação de um acordo provisório, para o que se recomenda verificar se as partes assinantes são legítimas, e que deve ser redigido com posicionamentos positivos, de forma clara, fixando condutas a serem observadas e estabelecendo critérios para uma futura avaliação desse acordo.



MORAL CONTEMPORÂNEA E ÉTICA NA MEDIAÇÃO

Sumário: 1. A moral pós-convencional da modernidade – 2. Ética normativa e a moralidade contemporânea – 3. Um conflito de valores para mediar – 4. Princípios, perfis e postura em mediação.

1. A MORAL PÓS-CONVENCIONAL DA MODERNIDADE

Na modernidade tardia deste início de milênio, o pluralismo democrático vai atenuando os antigos vínculos de mera dependência ao “príncipe” e tecendo relações de interdependência, nos planos internos e internacionais. Foros internacionais, cada vez mais ativos e abrangentes, são promovidos por iniciativa dos Estados, do mercado e da sociedade mundial.

A crescente complexidade da vida social acolhe as doutrinas razoáveis, democráticas, mas também contempla as crenças abrangentes, autocráticas. O dissenso ou conflito resultante dessa complexidade impõe-nos um esforço de compreensão dos valores da moralidade universalista subjacente, em sua diversidade pós-convencional.

Eis, adiante, algumas contradições da modernidade, referidas por Marcelo Neves, a partir das idéias de Luhmann e Habermas.¹

Segundo Luhmann, consoante a teoria dos sistemas, a sociedade moderna assenta-se na hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional dos âmbitos de comunicação. Isto em virtude do desaparecimento da moral

¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123-136.

tradicional de conteúdo hierárquico, válida para todas as esferas de agir e vivenciar, e o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos (autopoiéticos), reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados e influenciados pelos respectivos ambientes.

Estaria havendo uma fragmentação da moral na sociedade, no sentido de que o código moral consideração/desprezo reproduz-se difusamente, não se desenvolvendo a partir dele generalização congruente de expectativas de comportamento, pela ausência de consenso suposto em torno de programas ou critérios morais. Com isto, estaria ocorrendo uma neutralização da moral na reprodução dos respectivos sistemas funcionais.

Já Habermas, consoante a teoria do discurso, refere que a sociedade moderna resulta do desenvolvimento das estruturas da consciência, no sentido da superação das representações morais pré-convencionais e convencionais e o advento de uma moral pós-convencional, universalista. Tudo isso em virtude de uma clara diferenciação entre sistema e “mundo da vida”, entendido o sistema como espaço de intermediação do “agir racional-com-respeito-a-fins” (instrumental e estratégico) e “mundo da vida” como o horizonte dos “agentes comunicativos” orientados na busca do entendimento intersubjetivo.

Conforme o referido autor, na modernidade prevalece uma intersubjetividade, uma “esfera pública” discursivamente autônoma com relação aos meios sistêmicos de poder político e econômico. Essa racionalização do “mundo da vida” seria o elemento identificador da modernidade e a própria base da construção sistêmica.

Marcelo Neves procura, então, destacar, para além das diferenças conceituais, as semelhanças entre as abordagens de Luhmann e Habermas. Apesar da contraposição do modelo luhmanniano, que aponta para uma fragmentação e neutralização da moral, ao paradigma habermasiano, de afirmação de uma moral pós-convencional e universalista, as duas teorias aproximam-se, à medida que se referem à superação da moral tradicional conteudística e hierárquica.

Ademais, se, por um lado, Luhmann enfatiza o dissenso, o conflito, em torno dos conteúdos morais da sociedade moderna, Habermas discute a construção do consenso mediante procedimentos com potencialidade normativa universal, sem desconhecer aquela diversidade dos conteúdos normativos.

Com propriedade acentua Marcelo Neves, numa feliz releitura desses dois paradigmas teóricos, que a modernidade, em face da ampla divergência em torno de conteúdos morais ou valorativos, implica a exigência funcional e normativa da absorção do dissenso conteudístico por meio do consenso procedimental.

Assim, de ambos os paradigmas podem ser retirados elementos conceituais que fundamentam novos paradigmas para o Estado Democrático de Direito e as condições limitantes da sua instrumentalização.

2. ÉTICA NORMATIVA E A MORALIDADE CONTEMPORÂNEA

Quais serão, pois, as condutas morais que caracterizam a modernidade deste início de século?

Sabemos que a ética normativa tem por objeto o estudo histórico-filosófico ou conceitual da moralidade (agir humano). Conforme Eduardo Bittar, as éticas normativas têm sido estudadas em dois grandes grupamentos.² Grupamento das éticas normativas teleológicas, para as quais a noção primordial é a de que a ética deve conduzir a um fim natural, ou à felicidade, ou ao bem-estar, ou à utilidade geral (Sócrates, Platão, Aristóteles, Epicuro, Hume, Bentham, Stuart Mill...) e o grupamento das éticas normativas deontológicas, para as quais a noção primordial é a da necessária e imperativa obediência ética pela consciência do dever e da responsabilidade individual ou social (Tomás de Aquino, Kant, Rousseau, Kelsen...).

Consoante a ética normativa teleológica, ou de responsabilidade, o agente não deve desinteressar-se pelos efeitos concretos das suas ações ou decisões, sob o pretexto de que só lhe cabe, moralmente falando, cumprir o seu dever, ou agir com uma reta intenção. Se ele pode razoavelmente prever, com base na razão, experiência e sensibilidade, que determinado comportamento, ainda que ditado pelos preceitos morais, produzirá conseqüências nefastas, e não obstante ele o pratica, manifesta com isto uma irresponsabilidade viciosa.

Consoante a ética normativa deontológica, ou da convicção do dever, o que conta é exclusivamente a boa intenção do agente, ou seja, o fato de que ele teve, ao agir, aquela vontade moralmente boa, a vontade movida pela virtude, a qual, para Kant, deve ser tida como uma finalidade em si mesma das ações humanas. Não cabe a preocupação com os efeitos dos atos praticados, ou das decisões tomadas em obediência ao dever ético. Parte-se do postulado de que o bem advém do bem e o mal do mal. Nenhuma possibilidade de mistura entre o bem e o mal, entre a virtude e o vício, é moralmente aceitável.

Com o desenvolvimento das instituições democráticas e dos direitos humanos, uma ética neocontratualista (Rawls, Habermas, Bobbio, Comparato...), focada, sobretudo, na dinâmica dos direitos/instituições, agrega elementos de razoabilidade teleológica à racionalidade da ética deontológica.

A ética deontológica, especialmente a partir de Kant, é reconhecida como fundamento da modernidade jurídica. Kant racionalizou e esclareceu a distinção entre a moral (unilateral, incoercível e autônoma) e o direito (heterônomo, coercível, bilateral e institucionalizado). No entanto essa ética kantiana, com a recusa de qualquer consideração sobre as conseqüências práticas do rigoroso cumprimento dos deveres, tem sido largamente questionada pelo pensamento contemporâneo.

² BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 18.

Com efeito, a moral não hierárquica da modernidade, assentada em imperativos hipotéticos, contempla uma ética prevalentemente teleológica, no sentido de ancorar a virtude à razoabilidade dos resultados. Em meio aos dissensos, busca-se uma moral universalista, que acolha um pluralismo feito de doutrinas razoáveis, numa negociação institucional, político-jurídica, sobre o conceito e a prática da dignidade da pessoa humana. E a dignidade da pessoa humana é o critério principiológico para avaliar os limites da utilidade, pois os fins, por si sós, não justificam os meios.

João Maurício Adeodato³ refere que a ação e o posicionamento do homem diante da vida fazem a realidade do direito (estabilização institucional da intersubjetividade). E acentua que a teoria jurídica em seus diversos matizes, que legitimamente pretende a objetividade epistemológica, não logra alcançar uma hierarquia de critérios que determinem as alternativas, pois não consegue sugerir diretrizes de conduta para futuros conflitos e, muito menos, para todo o sempre. E aponta para a complementaridade entre a descrição ontológica do direito e o arcabouço que dela resulta, e que precisa ser e será preenchido por opções efetivas que, por sua vez, constituirão o que chamamos de realidade jurídica.

Com efeito, o direito moderno tende a ajustar-se, a despeito dos seus limites formais, a uma moral pós-convencional, em meio à globalização, ao cosmopolitismo, a um pluralismo universalista com foco na dignidade da pessoa humana, e a liberar-se de antigos padrões individualistas e patrimonialistas.

Convém, no entanto, reconhecer que a modernidade tece, deseja e, ao mesmo tempo, teme essa multiplicidade de culturas e formas, esse nomadismo “pós-moderno”. Teme a incerteza dessa liberdade ampliada e os riscos do seu abuso. É liberdade demais para seres há milênios acostumados à imposição e à submissão. É este medo da liberdade, este despreparo no lidar com relações cosmopolitas e pouco tuteladas, o principal desafio de uma moral pós-convencional. Melhor seria se estivéssemos preparados para tirar proveito do pluralismo, da diferença, com serenidade e que os vínculos de solidariedade fossem suficientes para assegurar um universalismo de afetos e complicitades.

Conforme John Rawls,⁴ para que possamos usufruir dessa nova liberdade, desse universalismo, não devemos ter como referência uma ética individualista, mas uma ética que se desenvolve no âmbito de instituições justas, uma vez que a espécie humana forma uma comunidade cujos membros gozam das qualidades e das personalidades uns dos outros, de acordo com o que é tornado possível por instituições livres. Pois essa ética do social prevalece sobre uma ética do individual, figurando a justiça como sendo a virtude primeira de todas as instituições sociais.

³ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 216.

⁴ RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 7-13.

Com efeito, instituições livres criam o ambiente propício a um desenvolvimento justo e libertário. Conforme demonstrado por Amartya Sen – prêmio Nobel de economia em 1996 – as diversas liberdades reforçam-se reciprocamente. Segundo Sen,⁵ “As liberdades políticas (sob forma de livre expressão e de eleições) ajudam a promover a segurança econômica. As oportunidades sociais (sob a forma de serviços de educação e de saúde) facilitam a participação econômica. Os dispositivos econômicos (sob a forma de oportunidade de participar no comércio e na produção) podem ajudar a gerar tanto a riqueza pessoal como os recursos públicos destinados aos serviços sociais. As liberdades de diferentes espécies podem reforçar-se umas às outras”.

As pesquisas de Sen comprovam que, com as oportunidades sociais, os indivíduos podem efetivamente dar forma ao seu destino e ajudarem-se uns aos outros, e nunca devem ser tratados como receptáculos passivos dos benefícios de artificiosos programas de desenvolvimento.

Mas é necessário que os vínculos de solidariedade não sejam esmaecidos pela ilusão individualista. Os valores que se expandem nessas sociedades abertas, complexas e interdependentes da modernidade do século XXI carecem de uma consciência recursiva dessa interdependência e, portanto, da solidariedade. Precisamos de um reforço na consciência da relação entre as instituições, a liberdade, a responsabilidade, a honestidade e o altruísmo.

Com efeito, o desenvolvimento como liberdade é uma conquista inalienável e recente, a ser vivenciada com responsabilidade. Sem relações honestas, de onde possa resultar a confiança recíproca, e sem altruísmo (ética de alteridade), seremos vencidos pela incompreensão e pela violência.

A nossa experiência vem constatando que honestidade e altruísmo nas condutas institucionais são imprescindíveis ao justo desenvolvimento de um protagonismo responsável, com vistas à estabilidade democrática, à igual liberdade, à igualdade de oportunidades e à existência digna. Esses valores constituem requisitos do princípio universal da dignidade da pessoa humana, corolário das constituições dos estados democráticos do mundo civilizado.

3. UM CONFLITO DE VALORES PARA MEDIAR

Em verdade, após dez mil anos de estabilidade hierárquica, autoritária, opressiva, patrimonialista, novas e libertárias relações estão sendo desenvolvidas; às vezes, no entanto, com rapidez e intensidade superiores à capacidade média de absorção pelo cidadão comum. Aí está uma das razões para essa generalizada perplexidade e desorientação.

⁵ SEN, Amartya. *O desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 2003. p. 26-27.

Então, algumas perguntas devem ser formuladas. Como lidar com a falta daquelas utopias sólidas, baseadas em certezas absolutas, que por tantos milênios nos acompanharam? Como enfrentar a falta daquelas âncoras do passado: a tradição, a autoridade, a tutela, a submissão? Como aprender que liberdade e igualdade completam-se, necessariamente, no sentido da igual liberdade e da igualdade de oportunidades, sob uma estabilidade dinâmica, porque democrática e, portanto, relativizada? Como conviver com os sentimentos de perda e com as crenças abrangentes de comunidades e povos irmãos que ainda se apegam às regras litúrgicas de teocracias autoritárias?

Aliás, conforme acentua Fábio Comparato (2006: 510), a tendência incoercível das religiões é sacralizar e, portanto, tornar imutáveis as regras, em prejuízo do necessário alargamento na interpretação e aplicação dos princípios. Tudo acaba sendo ritual e definitivo. Com isto, a mensagem religiosa tende a se estiolar completamente: os grandes princípios que suscitaram a fé ardente das origens já não falam mais à consciência das novas gerações, que só enxergam na instituição religiosa o enorme e vetusto edifício das regras fossilizadas.

Concretamente, cabe-nos concorrer para a solidariedade social, mediante atitudes amorosas, responsáveis e serenas em nossas vidas pessoais e compromissos com políticas públicas que promovam a dignidade da pessoa humana, de maneira que os princípios éticos não sejam sufocados por regras anacrônicas.

Ou aprendemos a lidar com essas complexidades ou seremos tragados pelo dissenso e levados a reproduzir o discurso dos saudosistas. Seremos levados a afirmar que o nosso atual conflito decorre da falta de utopias sólidas baseadas em certezas absolutas; da falta de tradição, autoridade e proteção hierarquizadas; da falta daquela certeza rotineira da vida rural; enfim, da falta de uma estabilidade que amorteça ou reprima os anseios de liberdade e de igualdade. Serão estes os valores que realmente queremos ou estes são valores dos quais, em verdade, ainda estamos nos libertando?

É justamente porque ousamos superar esses valores tradicionais que estamos, dramaticamente, urgentemente, tendo que aprender a persuadir em vez de coagir; a compreender o limite da autonomia da vontade em face de igual liberdade; a substituir a proteção paternalista pela igualdade de oportunidades; a considerar as diferenças em vez de rejeitar o diferente; a aperfeiçoar as instituições democráticas e contemplar os direitos humanos em vez de priorizar a segurança do “príncipe”; a nos libertar das crenças abrangentes, absolutistas e acolher doutrinas razoáveis, pluralistas, universalistas; a substituir fantasias de perfeccionismo por utopias humanizadas. É nesse contexto intersubjetivo que está situada a importância de uma cultura de negociação pacífica e de mediação de conflitos.

4. PRINCÍPIOS, PERFIS E POSTURA EM MEDIAÇÃO

O que são princípios?

Os princípios éticos são normas objetivas e fundamentais, relacionadas às virtudes subjetivas. São, portanto, normas fundamentais de conteúdo axiológico, cujo sentido é dado pelos valores éticos. Referem-se, em última análise, à dignidade da pessoa humana, reconhecida como postulado supremo da vida social, com seus atributos de honestidade (veracidade) e altruísmo (amor).

E quais seriam esses princípios éticos fundamentais, em apoio ao postulado da dignidade da pessoa humana?

São os princípios da igualdade de oportunidades, da existência digna (ou solidariedade), da igual liberdade e da estabilidade consensual (democrática):

a) O princípio da igualdade de oportunidades, como fundamento do respeito à diferença e à proporcionalidade. b) O princípio da existência digna, como fundamento das atitudes e das políticas compensatórias de solidariedade social. c) O princípio da igual liberdade, como fundamento de relações igualmente autônomas e emancipatórias. d) O princípio da estabilidade democrática, como fundamento dos acessos universais e pacíficos à justiça e à segurança.

Na ética em geral e no direito em particular, deve-se entender que não há hierarquia entre os princípios, mas deve-se estabelecer a ponderação entre eles na dinâmica das condutas (plano da moral, do costume, da aplicação do direito). Dos princípios decorrem regras, estas sim reveladoras das contingências sociais e dos conflitos daí decorrentes. As éticas normativas deontológicas tendem à geração de regras coercitivas (imperativo categórico), enquanto a ética normativa teleológica tende a contemplar regras persuasivas de responsabilidade social (imperativo hipotético).

Quais os princípios éticos específicos, que regem o procedimento de mediação?

São princípios éticos específicos aplicados à mediação de conflitos aqueles considerados como fundamentais à atuação de terceiros em situações e procedimentos justos e voluntários.

Conforme o Código de Ética para mediadores do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, os seguintes princípios devem ser adotados pelo mediador:

- a) independência (o facilitador ou o mediador não deve ser parente, dependente, empregador, prestador, tomador de serviços ou amigo íntimo de algum mediando). O princípio da independência diz respeito, portanto, às condições objetivas e não aos aspectos subjetivos do comportamento;

- b) imparcialidade (os mediandos e respectivos interesses devem ser tratados com igualdade, com isenção). Diferentemente do que ocorre no tocante ao princípio da independência, é a conduta isenta do mediador a medida da imparcialidade. Deve-se esclarecer que não se espera do mediador uma neutralidade, haja vista o seu inevitável envolvimento emocional durante o processo. Espera-se, no entanto, que esse envolvimento não comprometa a sua isenção. O conceito de neutralidade pode ser adotado nos conflitos internacionais, considerando-se neutro o mediador de um terceiro país não envolvido nesse conflito;
- c) credibilidade (o facilitador ou o mediador deve ser idôneo e merecedor da confiança). Em mediação, a confiança é essencial e antecede a aptidão. Daí a nossa insistência no entendimento da moral contemporânea e na incorporação dos valores da honestidade e do altruísmo;
- d) aptidão (o facilitador e o mediador devem ter a capacitação necessária para atuar naquele tipo de conflito). As improvisações que setores do Poder Judiciário praticam ou praticaram em relação às conciliações judiciais afrontam o princípio da aptidão. Neste livro trazemos comentários a respeito da indispensável formação ou capacitação de mediadores;
- e) confidencialidade (o facilitador, o mediador, os mediandos e quaisquer outras pessoas que participem ou observem a mediação, se obrigam a guardar sigilo a respeito do que ali for revelado). A boa-fé e a transparência entre os mediandos devem ser construídas num ambiente de confiança, que supõe o compromisso irrevogável de sigilo. O princípio da confidencialidade supõe que as revelações ocorridas durante uma mediação não podem ser utilizadas em outro ambiente, judicial ou não, sem a prévia anuência de ambos os mediandos;
- f) diligência (o facilitador ou o mediador deve realizar as suas tarefas com o máximo de dedicação). Não há diligência sem esmero e paciência. O tempo da mediação é ditado pela complexidade do caso e pelas necessidades dos mediandos. Não cabe ao mediador impor tempos e modos. Ser diligente é deixar fluir a mediação com plena oportunidade para a restauração de relações e viabilização do entendimento.

Para nortear a atuação e zelar pela ética de mediadores, árbitros e instituições especializadas em mediação e arbitragem foi instituído o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA (<www.conima.org.br>), associação civil sem fins lucrativos, com atuação e articulações em âmbitos nacional e internacional.

Qual é o perfil (identidade) que se espera do mediador?

As pessoas podem ser enquadradas, simplificadaamente, em um dos quatro perfis comportamentais adiante elencados: a) perfil competitivo, quando a preocupação com os valores e necessidades do outro é baixa e é alta a preocupação com os seus próprios valores e necessidades; b) perfil acomodado, quando a preocupação com os valores e necessidades do outro é alta e é baixa a preocupação com seus próprios valores e necessidades; c) perfil evitativo, quando é baixa a preocupação com os valores e necessidades em geral; e d) perfil cooperativo, quando tanto a preocupação com os seus valores e necessidades quanto a preocupação com os valores e necessidades do outro é alta.

Enfim, ao Mediador convém um perfil cooperativo. O mediador cooperativo estará mais preparado para lidar com as emoções. Terá uma postura firme, capaz de inspirar confiança aos mediandos.

O mediador deve estar habilitado a praticar os seus conhecimentos sobre conflito e comunicação construtiva. Deve optar por uma mesa redonda em ambiente que facilite a descontração, sem hierarquia, podendo preferir que todos se sentem em círculo, dispensando a mesa. Um ambiente o mais natural, com prevalência das cores verde e azul, é recomendado. A descontração de um ambiente de mediação supõe senso de humor, amorosidade, serenidade. Convém um fundo musical suave e sutil.

A consciência das próprias limitações e talentos em face do caso concreto é imprescindível. O mediador independente, nas mediações comunitárias, não precisa ter nível superior, mas é fundamental que saiba redigir e interpretar texto escrito. Deve estar efetivamente capacitado para atuar como mediador.

Quantas reuniões são necessárias para que se complete a mediação?

A mediação pode ser concluída em apenas uma reunião. No entanto, dependendo da complexidade do caso, poderão ser necessárias outras reuniões. De qualquer sorte, mediação não é terapia e, portanto, não tem por que se alongar para além do necessário à realização dos seus objetivos específicos, relacionados com conflito interpessoal. Costuma-se afirmar que o procedimento que ultrapassa dez reuniões já não é de mediação.



UM PROGRAMA DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

Sumário: 1. Características do programa – 2. Dinâmica e experiências com o Programa – 3. Avaliação de resultados – 4. Indicadores de desempenho.

A Fundação Joaquim Nabuco nos contratou, em 2005, para desenvolver o conteúdo temático e atuar como coordenador didático da disciplina “Relações Interpessoais e Mediação de Conflitos” no âmbito de um programa federal de capacitação de agentes sociais de prevenção da violência na Região Metropolitana do Recife. Foram capacitados mais de mil e quinhentas lideranças comunitárias, gestores, jovens de quinze a vinte e quatro anos e guardas municipais em fundamentos de direitos humanos, segurança pública, preservação do local do crime, comunicação construtiva nas relações interpessoais e conhecimentos introdutórios à mediação de conflitos, abrangendo oficinas sobre conflito e técnicas de pré-mediação.

Subseqüentemente e em função desse trabalho, fomos indicados e aceitamos o convite da então Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado de Pernambuco para assumir a Gerência de Prevenção e Mediação de Conflitos. Desenvolvemos, então, um programa denominado Núcleos de Mediação Comunitária – voltado às comunidades de baixa renda – numa perspectiva de protagonismo social. Procuramos integrar pessoas já capacitadas no programa conduzido pela Fundação Joaquim Nabuco, com vistas a oportunizar aplicações concretas e voluntárias dos conhecimentos e habilidades adquiridos. E continuamos com reciclagens e novas capacitações, de modo que essas e outras pessoas se motivassem a atuar como facilitadores de mediação, assumindo, voluntariamente, a responsabilidade pela implantação, funcionamento e desenvolvimento de Núcleos de Mediação de Conflitos em suas associações, escolas e igrejas.

1. CARACTERÍSTICAS DO PROGRAMA

Público Beneficiário:

Comunidades de baixa renda,
Sociedade Civil Organizada.

Área de Abrangência:

Estado de Pernambuco, a partir de experiência piloto na Região Metropolitana do Recife.

Parcerias:

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Ministério Público do Estado de Pernambuco
Prefeituras Municipais
Secretarias Estaduais e Municipais
Defensoria Pública do Estado de Pernambuco
Instituições de Ensino
Organizações não governamentais.

Justificativa:

Consoante o Preâmbulo da Constituição de 1988, cabe ao Estado assegurar os direitos e as condições necessárias a uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

A violência crescente no Brasil, em parte fruto de seculares desigualdades e em parte consequência das conquistas democráticas, não é matéria a ser resolvida exclusivamente por meio da atuação policial ou jurisdicional do Estado.

Estudos indicam que o avanço democrático em sociedade fortemente consumista como a nossa escancara os efeitos de uma incompatibilidade entre as aspirações populares e os meios de acesso aos bens da vida, agravada pelas nossas históricas desigualdades socioeconômicas.

Com efeito, a era dos conhecimentos socialmente compartilhados por intermédio das modernas tecnologias da informação acentua a contradição entre o sentimento-idéia de equidade e a real possibilidade de acesso equitativo aos bens e direitos. A busca desesperada por tal acesso se expressa num movimento

emancipatório que acomete especialmente os jovens das comunidades de baixa renda. Paradoxalmente, esse fenômeno vem-se acentuando na medida em que se aperfeiçoam as instituições democráticas e se ampliam os instrumentos de defesa e promoção dos direitos humanos.

Embora a conflituosidade não seja um mal em si, a inabilidade em seu trato termina por acarretar desagregação e violência. E essa violência tem envolvido especialmente aqueles jovens de comunidades de baixa renda que, despreparados para lidar com os novos paradigmas da era dos conhecimentos, são induzidos à prática de uma cultura de dominação.

A mediação é o mais destacado dos métodos de solução de conflitos por meio da ação da própria comunidade. O método da mediação põe a comunidade na situação de protagonista da solução dos conflitos. Pela mediação a comunidade aprende a lidar com técnicas de comunicação construtiva e de relações interpessoais, absolutamente necessárias ao aprimoramento das suas ações, quer em relação ao conflito, quer no tocante à emancipação e desenvolvimento sociais.

Desenvolver essas qualidades é uma questão de sobrevivência para as comunidades de baixa renda, envolvidas em uma cultura de violência de feição coercitiva e piramidal, incompatível com a nova sociedade dos conhecimentos em franca expansão, em que se faz necessária a habilidade para lidar com relações horizontais, fundadas na persuasão e na negociação.

Há uma forte demanda das próprias comunidades por conhecimentos em direitos humanos, comunicação construtiva, prevenção e mediação de conflitos. Em sentido mais amplo, há uma demanda pelo reconhecimento do poder comunitário de prevenir violência e transformar, construtivamente, os seus conflitos de vizinhança. Nessa perspectiva, incluem-se entre os objetivos do Estado o estímulo e o oferecimento de apoio para que as lideranças comunitárias e outros voluntários se capacitem nessas práticas restaurativas, como facilitadores comunitários de mediação.

Conforme Pedro Scuro,¹ a sociologia enfrenta limitações teóricas e metodológicas no estudo dos efeitos e causas dos problemas relacionados com o crime e, acima de tudo, a dificuldade de estabelecer um consenso acerca da melhor maneira de resolvê-los. Contudo, enquanto ciência aplicada, a sociologia vem se concentrando na identificação dos *fatores de risco* que contribuem, por exemplo, para transformar crianças e jovens em delinquentes, e dos *fatores de proteção* que ajudam na formação da cidadania. Scuro refere que, na base dessas constatações, atualmente se recomendam as seguintes ações preventivas: “dar prioridade às áreas problemáticas, identificando os fatores aos quais as

¹ SCURO NETO, Pedro. *Sociologia ativa e didática: um convite ao estudo da ciência do mundo moderno*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 214.

crianças e jovens estão expostos; focalizar as populações em situação de risco maior; selecionar desde pronto as áreas problemáticas, assim como os pontos fortes (os que podem servir de apoio para mudanças); enfrentar múltiplos fatores de risco em contextos complexos, como família e escola; intervir de forma integrada nos múltiplos sistemas, como educação e saúde, que influem na vida de crianças e adolescentes; tratamento intensivo, contatos múltiplos com crianças e jovens em situação de risco; concentrar-se nas vantagens comportamentais em vez de nas deficiências; considerar os jovens em seus próprios contextos (de relacionamentos) em vez de individualmente”.

Faz-se necessárias, porém, a sensibilização, a arregimentação e a capacitação de agentes sociais dispostos a atuar voluntariamente, de modo estruturado, como facilitadores comunitários de mediação, com o apoio técnico de mediadores especializados na abordagem da conflituosidade tendencialmente criminogênica.

Objetivos do Programa:

a) Geral:

Contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de paz e direitos humanos, mediante a capacitação e atuação estruturadas de facilitadores comunitários de mediação;

b) Específicos:

Promover a sensibilização e a capacitação das comunidades para a importância das soluções negociadas e não adversariais de conflitos, com ênfase para a mediação;

Cadastrar gestores municipais, lideranças comunitárias, estudantes e profissionais já capacitados pelos Cursos de “Fundamentos de Direitos Humanos, Relações Interpessoais e Mediação de Conflitos”, que manifestem interesse em atuar, voluntariamente, como facilitadores de mediação nas comunidades;

Instalar um Núcleo de Mediação Comunitária de Conflitos na própria sede da Secretaria, em Recife e, subsequente, cadastrar os Núcleos de Mediação Comunitária de Conflitos disponibilizados, sem custo, pelas comunidades e instituições, na Região Metropolitana do Recife;

Em etapas subsequentes, capacitar lideranças que se empenhem na instalação de Núcleos de Mediação Comunitária de Conflitos em outros municípios do Estado;

Atribuir aos mediadores a supervisão dos Núcleos, cabendo-lhes estimular a empatia entre os facilitadores de mediação e os responsáveis pelas instituições onde eles funcionam, esclarecer dúvidas, apoiar a atuação dos

facilitadores, assegurar estrutura satisfatória e procedimentos que concorram para a divulgação e o desenvolvimento das atividades de prevenção e mediação na comunidade correspondente;

Articular essas ações com esforços semelhantes que venham a ser desenvolvidos por outras instituições como o TJPE, o MPPE, Universidades, Defensoria Pública e Municípios;

Estimular e colaborar com o trabalho que venha a ser desenvolvido com objetivos semelhantes por instituições idôneas, sem fins lucrativos, da sociedade civil.

Metas:

Firmar convênio com o Centro de Mediação de Arbitragem de Pernambuco – CEMAPE, entidade sem fins lucrativos com notória especialização, filiada ao Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, que cooperará com o suporte técnico e a disponibilização de mediadores;

Selecionar, progressivamente, entre os alunos dos cursos de capacitação, aqueles que tenham mostrado interesse e aptidão para atuarem, voluntariamente, como facilitadores comunitários nos Núcleos de Mediação Comunitária de Conflitos a serem instalados por iniciativa deles, em espaços das respectivas comunidades;

Promover reuniões de integração e cursos de reciclagem para esses facilitadores comunitários de mediação e novos cursos de capacitação para outros interessados em atuar como facilitadores nas comunidades, estreitando as relações entre os facilitadores de mediação e os mediadores inscritos no Núcleo de Mediação Comunitária de Conflitos instalado na sede da SEJUDH;

Articular, em combinação com os gestores municipais, lideranças comunitárias, igrejas, instituições de ensino e demais parceiros, os Núcleos de Mediação Comunitária de Conflitos, onde os facilitadores de mediação recebem, separadamente, as partes em conflito, realizam as entrevistas de pré-mediação e, quando necessário, direcionam os encaminhamentos ou agendam as mediações com o mediador responsável pela orientação do respectivo núcleo;

A partir de 2007, dar seqüência à progressiva consolidação, diversificação e implantação do projeto em outros municípios do Estado, com ênfase para a juventude nas escolas públicas.

Estratégia de Ação:

A articulação é o eixo fundamental para a execução do projeto. Por intermédio dessa articulação deverão resultar parcerias com órgãos do Governo

Federal, Estadual e Municipal, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, das Universidades e da sociedade civil organizada, para uma ação integrada, em que sejam respeitados os interesses e as diferenças de cada comunidade.

O método interdisciplinar da mediação de conflitos demanda, em princípio, uma capacitação básica de, pelo menos, sessenta horas teórico-práticas e estágio supervisionado de cinquenta horas. Daí por que, para ganhar tempo e eficácia, deu-se início ao projeto com o aproveitamento de mediadores já capacitados ou em fase final de capacitação, indicados pelo Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco, instituição idônea, sem fins lucrativos, filiada ao Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA. Esses mediadores receberão uma remuneração módica por mediação com acordo, por atividades docentes ou por ações de orientação nos Núcleos de Mediação Comunitária, haja vista a necessidade de um trabalho continuado, regular e cada vez mais efetivo.

Os mediadores inscritos no Núcleo de Mediação Comunitária de Conflitos da Secretaria atenderão a comunidade nos respectivos Núcleos de Mediação Comunitária, consoante as suas disponibilidades de agenda;

Esse projeto prevê, pois, uma atuação integrada e uma relação de complementaridade entre facilitadores de mediação voluntários, nas suas respectivas comunidades, e mediadores especialistas, remunerados, que se deslocam entre as comunidades.

Os facilitadores comunitários de mediação, após devidamente capacitados, com um mínimo de vinte horas-aula, desempenharão papel estratégico e voluntário da maior relevância na multiplicação da cultura de paz e direitos humanos, prevenindo a violência nas pré-mediações.

Após as entrevistas de pré-mediação – que devem ser realizadas no respectivo Núcleo de Mediação – o facilitador de mediação solicita, caso necessário, o agendamento das mediações que vão sendo aceitas pelas partes. Escolhido o mediador em combinação com o Núcleo central, é marcada a data e o local para o início da mediação.

Com o desenvolvimento do Programa, os facilitadores de mediação que se tenham destacado pela competência, ética e compromisso com a comunidade poderão ser selecionados para participar de cursos de capacitação em mediação, quando, desde que aprovados, serão cadastrados como mediadores junto à Secretaria.

Em conflitos envolvendo ilícitos de menor potencial ofensivo, as mediações penais serão utilizadas como atividade-meio para a restauração das relações entre vítima, ofensor e comunidade, mediante práticas restaurativas nos próprios Núcleos ou perante Juizados Especiais Criminais. Nesse caso, com caráter voluntário e complementar à atuação judicial.

Essas mediações – que devem ser realizadas na perspectiva de prevenir a criminalização – são especialmente recomendadas para casos em que caibam suspensão do processo, transação penal, medidas e penas alternativas, no contexto de práticas restaurativas, dentre as quais o monitoramento dos acordos (Lei 9.099/1995).

Eis alguns exemplos: acidentes de trânsito; violência doméstica; abuso de autoridade; lesão corporal leve; ameaça; injúria, calúnia, difamação; estelionato e outros delitos para os quais a pena privativa de liberdade não seria superior a dois anos, ou a quatro, no tocante a idosos.

O programa abrange, portanto, as seguintes ações:

Ações de Mediação: atividades voluntárias dos facilitadores de mediação, deslocamentos dos mediadores, atividades de mediação nos Núcleos de Mediação Comunitária de Conflitos e articulações para utilização gratuita dos Núcleos.

Ações de Supervisão: atividades desenvolvidas pelos mediadores distribuídos por Núcleo de Mediação Comunitária de Conflitos, tendo por objetivos a avaliação do trabalho dos facilitadores, a integração, a motivação, a orientação e a estruturação das atividades no Núcleo.

Ações de Reciclagem/Capacitação: atividades docentes de reciclagem e capacitação de facilitadores de mediação e de mediadores comunitários, com vistas ao aprimoramento da equipe e à expansão do programa.

Ações de Divulgação: atividades de edição, impressão, reprodução e distribuição de apostilas, cartilhas, *folders* e cartazes.

Ações de Acompanhamento: atividades desenvolvidas por funcionários e estagiários da própria Secretaria de Justiça e Direitos Humanos na verificação da efetividade dos trabalhos e no apoio logístico e operacional aos Núcleos de Mediação Comunitária.

Monitoramento e Controle das Atividades:

Todas as atividades previstas são cadastradas e reportadas à Gerência de Prevenção e Mediação de Conflitos da Secretaria de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos, consoante formulários próprios. Funcionários vinculados à Secretaria fazem o acompanhamento das ações, com o apoio do Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco, conforme Convênio.

Os mediadores e os Núcleos de Mediação Comunitária dispõem de pasta contendo os seguintes elementos: Código de Ética, Regulamento de Mediação, Formulário do Termo de Acordo, Formulário do Termo de Sigilo, Formulário do Termo de Compromisso de Mediação, Formulário de Solicitação de Mediação, Formulário de Convite ao Solicitado, Formulário de Encaminhamento

(para a Defensoria Pública ou para outras entidades, a exemplo de instituições e conselhos de apoio às crianças e adolescentes, aos idosos, às mulheres e a pessoas em geral necessitadas de atendimento especializado).

Os mediadores que exercem atividades de supervisão em Núcleos de Mediação Comunitária de Conflitos entregam, mensalmente, à Gerência de Prevenção e Mediação de Conflitos da Secretaria, um relato sobre as reuniões e eventos realizados nos respectivos Núcleos, com datas, horários, assuntos tratados, atividades desenvolvidas pelos facilitadores de mediação e as mediações realizadas no Núcleo.

A Gerência de Prevenção e Mediação de Conflitos da Secretaria, com a colaboração do Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco – CEMAPE, escolhe os docentes para os cursos e atividades de reciclagem/capacitação, tendo sempre em vista o aprimoramento e a ampliação da equipe docente. Esses cursos aliam dinâmicas, vivências experimentais e exposições dialogadas com apoio em *datashow*.

Conteúdo programático da capacitação dos facilitadores de mediação:

Curso: “Fundamentos e Relações Interpessoais na Mediação de Conflitos”:

Aula I – Fundamentos de Direitos Humanos.

1.1 – Direitos Fundamentais à Igualdade:

Dudh: Artigos 1.º e 2.º (isonomia).

1.2 – Direitos Fundamentais à Existência Digna:

Dudh: Artigos 3.º, 5.º, 12, 16, 22, 25, 26 e 27 (vida, integridade, vida privada, honra, família, previdência social, educação e cultura).

1.3 – Direitos Fundamentais à Liberdade:

Dudh: Artigos 4.º, 17, 18, 19, 20 e final do art. 23 (não-escravidão, não-servidão, propriedade, liberdade de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, reunião e associação).

1.4 – Direitos Fundamentais à Estabilidade Democrática:

Dudh: Artigos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 13, 14, 15, 21, 23, 24, 28, 29 e 30 (garantias iguais perante a lei e a justiça).

Aula II: Conflito e Comunicação Construtiva:

2.1 – Conflito.

2.2 – Comunicação Construtiva.

Aula III – Procedimento de Mediação:

3.1 – Conceito, Características e Vantagens da Mediação.

3.2 – Entrevista de Pré-mediação.

3.3 – Noções sobre as Etapas do Procedimento de Mediação.

Aula IV – Facilitador, Mediador, Perfis, Ética e Prática Simulada:

4.1 – O Facilitador e o Mediador.

4.2 – Identificação de Perfis.

4.3 – Ética para Facilitadores e Mediadores.

4.4 – Caso(s) Simulado(s) de Entrevista(s) de Pré-mediação.

2. DINÂMICA E EXPERIÊNCIAS COM O PROGRAMA

Algumas questões foram exaustivamente discutidas na fase inicial do programa, sendo objeto de debates nas reuniões públicas e reciclagens com as lideranças comunitárias. Eis algumas dessas questões: a) Os facilitadores de mediação devem ser remunerados? b) Os facilitadores de mediação devem ter uma carteira de identificação fornecida pelo Estado? c) Os Núcleos de Mediação Comunitária devem ser implantados onde a violência é maior? d) Os facilitadores de mediação devem buscar o conflito onde ele estiver ocorrendo? e) Os núcleos devem ser custeados pela própria comunidade? f) Qual deve ser o papel do Estado na dinâmica do programa? g) Como deve ser a interação com a atividade policial? h) Qual deve ser o nível de instrução mínima do facilitador de mediação? i) Como proteger o caráter suprapartidário e supra-religioso do programa? j) Como promover o caráter emancipatório do programa?

Eis, adiante, como esses questionamentos têm sido equacionados:

- a) Os facilitadores de mediação devem ser remunerados? O tema é controverso, especialmente em virtude das carências econômicas e educacionais das comunidades de baixa renda. Remunerar significaria mais pessoas empregadas, mais funcionários a serviço do Estado. Ao serem remuneradas, essas pessoas passariam a ser agentes públicos a serviço da comunidade. Teriam uma autoridade natural e estariam distinguidas das demais pelo destaque dessa função pública. Seria necessário que o Estado providenciasse espaço físico onde elas pudessem exercer essa função junto à comunidade. Seria preciso que o Estado fornecesse infra-estrutura com equipamentos, padrões, manuais e rotinas para prestação de contas. Seria preciso definir critérios técnicos para a contratação desses servidores. Em suma, isto geraria mais um custo fixo no orçamento, a ser assumido pela sociedade. E, ainda pior, colocaria o Estado, mais uma vez, como protagonista e a comunidade como assistida.

As discussões chegaram ao entendimento de que os recursos públicos devem ser direcionados ao aspecto educativo do programa. E que os facilitadores de mediação devem ser pessoas iguais, qual seja, pessoas comuns da comunidade e com ela identificadas, que se dedicam a ela voluntariamente, na convicção de que, ao agirem como voluntárias, tornam-se mais respeitadas e reconhecidas socialmente. Uma das lideranças chegou a afirmar que “No Brasil já temos autoridade demais; precisamos de mais companheirismo”.

- b) Os facilitadores de mediação devem ter uma carteira de identificação fornecida pelo Estado? Várias pessoas manifestaram inquietação nesse sentido. Alegavam que poderiam ser agredidas ou mal-interpretadas ao desempenhar aquele mister sem uma carteira, um documento. O debate foi esclarecendo que esta não era uma questão relevante, uma vez que a atuação dos facilitadores

deve ocorrer nos espaços onde a própria comunidade instala o Núcleo de Mediação. Constatou-se que essa carteira teria apenas a função de satisfazer a vaidade. Além disso, ninguém é, propriamente, um facilitador. Estará sendo, não em função de uma carteira, mas em virtude da sua atuação responsável, efetiva e voluntária. Ademais, os certificados de capacitação, camisas e *botons* já bastariam para caracterizar a atividade.

- c) Os Núcleos de Mediação Comunitária devem ser implantados onde a violência é maior? Entendeu-se que não. A lógica não é a do Estado, mas a da responsabilidade social. A iniciativa é da comunidade. Onde houver comunidade interessada e responsável, haverá Núcleo de Mediação de Conflitos. Isto não impede um esforço de sensibilização das outras comunidades. Na prática, algumas das comunidades mais vitimadas pela violência inauguraram ou pretendem inaugurar o seu Núcleo.
- d) Os facilitadores de mediação devem buscar o conflito onde ele estiver ocorrendo? Não. Concluímos que não deve ser assim. Facilitador de mediação não é bombeiro de violência. Daí a idéia de um lugar conhecido como Núcleo, para onde deve a pessoa se dirigir. E esse núcleo deve estar instalado em lugares conhecidos como associações, escolas e igrejas da comunidade. Um dos facilitadores deve coordenar o Núcleo e organizar um rodízio nos atendimentos. Com o tempo e o reconhecimento da comunidade, essa semente vai produzindo frutos. Portanto, a mensagem é de serenidade e perseverança. Roma não se fez num dia.
- e) Os núcleos devem ser custeados pela própria comunidade? Por que não? São comunidades de baixa renda; portanto, com recursos escassos. No entanto, o nível de sociabilidade é mais intenso do que nos bairros de classe média. Esse tema também foi muito discutido. Alguns diziam que, se algum Poder começar a financiar, vai querer mandar “e fica tudo uma burocracia só”. O bom do programa é que não tem burocracia, dizem as pessoas da comunidade, já achacadas pela burocracia de determinadas repartições. É tudo muito simples. Cadeiras, alguns poucos formulários para facilitar e o trabalho é feito. Sequer se precisa de computador. E tudo isto, qualquer associação, escola ou igreja já dispõe. De qualquer sorte, as comunidades gostariam de contar com o apoio do meio empresarial na viabilização de melhores instalações e equipamentos. Cogita-se o estabelecimento de parcerias com entidades empresariais.
- f) Qual deve ser o papel do Estado na dinâmica do programa? Decidimos que o papel do Estado é eminentemente educativo. Sensibilizar, capacitar, reciclar e disponibilizar os mediadores que apóiam as comunidades e supervisionam o funcionamento dos Núcleos. Ao Estado também cabe disponibilizar formulários técnicos e materiais de divulgação.
- g) Como deve ser a interação com a atividade policial? A comunidade de baixa renda nutre uma relação paradoxal, de amor e ódio, com a polícia. Se, por

um lado, o policial é uma autoridade temida, respeitada e até invejada pelo seu poder explícito e corporativo, por outro, é odiado enquanto autoridade tida como arbitrária, a serviço de interesses não específicos da comunidade. A inexistência de uma polícia comunitária realimenta essas desconfianças. Ocorre que as polícias vêem com bons olhos as iniciativas da comunidade na prevenção primária da violência. Algumas delegacias estão encaminhando casos para os Núcleos de Mediação Comunitária, evitando, assim, a lavratura de “Termos Circunstanciados de Ocorrência”, que iriam sobrecarregar um Judiciário que já não dá conta. Em verdade, essas delegacias se encontram muito ocupadas na investigação de crimes de maior potencial ofensivo. A idéia é a da existência de uma relação de respeito e complementaridade entre a atuação preventiva, persuasiva e confidencial do Núcleo e a ação pública da autoridade policial.

- h) Qual deve ser o nível de instrução mínima do facilitador de mediação? Após meses de programa, percebemos que o facilitador de mediação não deve ser um analfabeto funcional. É necessário que ele saiba ler e interpretar textos. Portanto, de regra, ele deve estar cursando ou haver cursado o segundo grau. Embora os cursos de capacitação sejam ministrados em linguagem simples, deve-se esperar uma compreensão dos problemas concretos e uma razoável capacidade comunicativa da pessoa que pretende colaborar na solução de disputas na comunidade. Embora essa pessoa não vá mediar conflitos, ela terá que discernir os conflitos que podem ser mediados daqueles que precisam de algum outro encaminhamento. Ademais, as entrevistas de pré-mediação demandam sensibilidade e manejo da comunicação construtiva; algo em si complexo e desafiador.
- i) Como proteger o caráter suprapartidário e supra-religioso do programa? Esse é o maior desafio. Estado e comunidade fazem parte de um antigo pacto de manipulação recíproca. Políticos pretendendo ser “donos” e comuns fazendo de conta que aceitam. O resultado é assistencialismo em troca de reciprocidade eleitoral. Vigora uma tendência à fulanização da atuação estatal. Contra isso, o princípio republicano e a modernidade das instituições democráticas. Luta renhida, que as comunidades de baixa renda enfrentam dialeticamente. Daí a grande vulnerabilidade de qualquer programa emancipatório. O poder de cooptação de agentes do Estado corrói a cidadania emergente nas comunidades de baixa renda. Discutimos essas questões e ficou claro que esse não deve ser um programa de governo ou mesmo um programa do estado para a comunidade. Deve ser um programa do estado com a comunidade. Cada qual assumindo as suas responsabilidades. Daí por que deve ser suprapartidário. E como não deve abrir espaço para o proselitismo desta ou daquela denominação religiosa – para que possa contemplar toda a comunidade – também é supra-religioso.
- j) Como promover o caráter emancipatório do programa? A nossa experiência indica que a primeira atitude é a de compreender que muitas pessoas não

querem mesmo ser emancipadas. A pedagogia da dependência as domesticou e elas não querem perder as suas âncoras. Com estas não contaremos. Elas inicialmente comparecem, tentam confundir e se afastam. Isto não deve ser motivo para desânimo, até porque, são justamente estas as pessoas que atraem para as comunidades os tentáculos da cooptação assistencialista.

A segunda atitude é a da paciência e da perseverança. A pedagogia da autonomia demanda princípios éticos e vigor moral. Autonomia e solidariedade se completam. As comunidades de baixa renda estão buscando reconhecimento e este não ocorre em ambiente assistencialista. Muitos desistem, outros são pedintes resistentes, mas são os que assumem o seu protagonismo aqueles que contribuem para romper o círculo vicioso da dependência e do atraso.

A terceira atitude é a da compreensão do desenvolvimento endógeno. Aquele desenvolvimento que não vem de fora, mas que é concebido e implantado no cotidiano da convivência comunitária. O facilitador de mediação se legitima como líder para o desenvolvimento endógeno. Em Cajueiro Seco, município de Jaboatão, a Rua do Cajueiro e adjacências há dez anos enfrentavam inundações e lama. As lideranças do Conselho de Moradores instalaram um Núcleo de Mediação Comunitária. A comunidade se uniu na prevenção e mediação de conflitos e legitimou as lideranças que, com maior legitimidade, ampliaram o poder de persuasão. Seis meses após, as esperadas obras de saneamento e pavimentação estavam em andamento.

Finalmente, a quarta atitude é a de vigilância em relação aos poderes oficiais. Ter a coragem de recusar ordenações institucionais que contemplem a idéia de que tudo que é público tem que ser estatal. Certo conservadorismo de esquerda ainda confunde estas coisas. Melhor construir com recursos escassos que dos mandarins sermos parede em palácios.

3. AVALIAÇÃO DE RESULTADOS

Após aquela capacitação, em 2005, por intermédio da Fundação Joaquim Nabuco, seguiram-se outras ações até dezembro de 2006, como segue: capacitação de mais 700 pessoas, dentre líderes comunitários, guardas municipais, jovens, professores, assistentes sociais, psicólogos e outros; reuniões de reciclagem para cerca de 790 facilitadores e mediadores; palestras de sensibilização, em comunidades, universidades e órgãos estatais, para um público em torno de 3.100 pessoas; visitas de verificação a entidades interessadas na instalação de Núcleos de Mediação Comunitária; 28 inaugurações de Núcleos de Mediação Comunitária, na Região Metropolitana, em Caruaru e em Floresta; 719 mediações realizadas em matéria cível e penal, inclusive no 1.º Juizado Especial Criminal do Recife; 7.200 atendimentos, aproximadamente, à razão de dez atendimentos/encaminhamentos por mediação.

Em torno de duzentas pessoas atuaram de modo consistente, como facilitadores voluntários de mediação ou como mediadores. A média mensal, no final de 2006, era de 50 (cinquenta) mediações com acordo formal. Por espécie de conflito os percentuais são os seguintes: vizinhança, 22%; ameaça, 18%; lesão corporal leve, 16%; difamação/injúria, 14%; gênero, 11%; familiar, 7%; consumo, 5%; trânsito, 2%; desacato, 1%; calúnia, 1%; condomínio, 1%; furto, 0,5%; propriedade e posse, 0,5%; constrangimento, 0,5%; relações trabalhistas, 0,5%.

A atuação dos Núcleos é instável, mas a ação individual, difusa, das pessoas capacitadas, tem produzido um efeito multiplicador. Apenas sete dos núcleos inaugurados vinham apresentando resultados constantes e crescentes. Como qualquer sementeira, a colheita dos resultados depende de cuidados e está sujeita a adversidades.

Um desses núcleos foi instalado em prédio público, no bairro popular de Brasília Teimosa, no Recife, voltado para a segurança e apoio à mulher, com espaços para palestras e capacitações, mediação de conflitos, central de medidas e penas alternativas (Secretaria de Justiça e Direitos Humanos), atendimentos e orientações sobre saúde (Secretaria de Saúde), tráfico de seres humanos e delegacia da mulher (Secretaria de Defesa Social), atendimento psicossocial (Secretaria de Desenvolvimento Social) e atendimento jurídico com a Defensoria Pública.

Um outro Núcleo atuou de modo integrado, mediante parceria entre a Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça de Pernambuco e o Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco. Foi instalado no 1.º Juizado Especial Criminal do Recife, como experiência piloto de práticas restaurativas no âmbito do Judiciário.

4. INDICADORES DE DESEMPENHO

Houve uma redução dos homicídios de proximidade (vizinhança). Em relação a esse tipo de crime, acreditamos que uma das razões dessa diminuição decorra da legislação que restringe o porte de armas e as rondas policiais. Embora não tenhamos elementos para comprovar, estamos seguros da contribuição que o programa trouxe e poderá trazer para a solução pacífica das disputas nas comunidades onde foi instalado.

Principais desafios na área de atuação:

Superar os vícios do clientelismo; desenvolver uma pedagogia de autonomia (Paulo Freire); desmistificar o acesso à justiça e à polícia; construir atitudes de protagonismo e desenvolvimento endógeno; integrar a atuação estatal (capacitação) ao protagonismo responsável das comunidades (coordenação dos Núcleos); agregar as ONGs, Secretarias de Estado, Municípios e

Universidades; articular ações complementares, integradas às da Defensoria Pública e do Poder Judiciário.

Fragilidades:

Falta de um mais consistente suporte político (reconhecimento e contextualização); instabilidade natural do trabalho voluntário nas comunidades, trazendo como consequência a inatividade temporária ou permanente da maioria dos Núcleos inaugurados; graves carências econômicas e educacionais do público apoiado.

Sugestões e recomendações:

Direcionar, prioritariamente, para a juventude, mediante parcerias com as escolas públicas; contemplar, de preferência, as Associações e Conselhos de moradores; verificar os editais da Secretaria Nacional de Direitos Humanos e as diretrizes sobre projetos de Mediação de Conflitos, para fins de Convênio; estudar a possibilidade de verba para custeio da energia elétrica nos Núcleos como forma de apoio institucional e contrapartida; introduzir a mediação em Núcleos de Segurança Comunitária que ofereçam condições de independência e confidencialidade à atuação dos mediandos e mediadores; consolidar junto ao TJPE e ao MPPE as nossas experiências piloto de mediação penal e práticas restaurativas no Juizado Criminal; articular o apoio empresarial na montagem das salas de mediação dos Núcleos: mesa redonda, cadeiras, computador e impressora; integrar a mediação de conflitos e práticas restaurativas aos Fóruns de Direitos Humanos e aos currículos universitários e aos seus respectivos núcleos de prática.

Como alternativa para emprestar a essas atuações comunitárias uma organicidade sustentável, já referimos no capítulo sobre o acesso à justiça que a União, o Distrito Federal e os Estados, devem instituir núcleos comunitários para uma justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras competências que a norma instituidora poderá estabelecer.

Em verdade, essa justiça de paz já está prevista no Capítulo III, Do Poder Judiciário, Disposições Gerais, art. 98, II, da Constituição Federal de 1988. Entendemos, no entanto, que as legislações instituidoras dessa justiça de paz devem estipular, como requisitos para as respectivas candidaturas, conhecimento básico em direitos humanos, em técnicas de conciliação e mediação,

maturidade, aptidão prática, perfil apropriado e reconhecida idoneidade. E que seja priorizada a sua instituição nas comunidades de baixa renda e apenas para candidatos ali residentes há mais de dois anos. Essa limitação teria por fundamento a necessidade de geração de emprego e renda para cidadãos de comunidades com menor poder aquisitivo.

As políticas públicas até aqui referidas, inclusive programas de mediação comunitária, não dispensam outras políticas como aquelas adotadas em Bogotá, na Colômbia, para prevenção das modalidades profissionais de violência e redução da criminalidade urbana. A polícia local é uma só, com jurisdição nacional e administração local. Com formação democrática e atuação comunitária, prioriza a inteligência e a prevenção. Operações de apreensão de armas são sistemáticas nas vias públicas de Bogotá, sem distinção ou privilégios. Motoqueiros e acompanhantes têm que utilizar coletes com indicações ostensivas da placa da respectiva moto. Os pedestres que não obedecem às faixas, nas travessias de vias públicas, são abordados, sob a suspeita de conspiração.

Às comunidades de baixa renda são asseguradas condições ecológicas para uma convivência digna, mediante intervenções urbanísticas e instalação de espaços públicos de cultura e lazer; garantindo-se vias de acesso suficientemente amplas, de modo a viabilizar a manobra de ambulâncias, ônibus, bombeiros, veículos policiais e demais serviços públicos. Os estabelecimentos, bares e espaços em geral de venda e consumo de bebidas alcoólicas sofrem limitação de horário pela madrugada, independentemente do bairro onde estão instalados. As escolas são de tempo integral e as crianças são obrigadas a frequentá-las. Escolas profissionalizantes são priorizadas, ao lado de políticas de emprego e renda para a juventude. As calçadas são desfrutadas como expressões simbólicas do direito de ir e vir do cidadão, no seu espaço urbano.

Foi nesse contexto que o município de Bogotá implantou núcleos de mediação de conflitos. E não é preciso maior poder de análise para perceber que esse complexo de medidas reduziu substancialmente a criminalidade. Recursos são necessários para isto e o Brasil deles dispõe. Talvez nos falte o recurso básico: vontade política menos retórica, mais conseqüente e pragmática. Para nosso alento, em várias regiões do país estão sendo seguidos os exemplos de Bogotá.

Em conclusão, queremos aqui agradecer e reconhecer os méritos das companheiras e companheiros mediadores, que se integraram ao nosso programa de mediação comunitária, a exemplo Adenice Leo, Alcidéa Conde y Martin, André Canuto, Camillo Moutinho, Celiane Barros, Cyntia Gomes, Cláudia Guerra, Helenice Sivini, Júlia Rocha, Lisete Galvão, Márcia Gama, Nair Andrade, Regina Melo, Rosane Pontes, Roseana Maranhão, Suely Cordeiro, Terezinha Tabosa, Valéria Correia e Vilma Pessoa.

Nosso reconhecimento especial a Elias Gomes, por seu compromisso com as políticas públicas de mediação voltadas para o protagonismo e a emancipação social. Também agradecemos as contribuições de Renato Sócrates, presidente do Instituto de Direito Comparado de Brasília e companheiros de estudos sobre justiça restaurativa. Nossos agradecimentos aos colegas de diretoria do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, do Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco – CEMAPE e do Espaço Família. Enfim, os nossos agradecimentos e reconhecimento aos Juízes Luiz Mário Moutinho e Ailton Alfredo de Souza, dentre outros, à promotora Yélena Monteiro e ao trabalho de dezenas de facilitadores comunitários que, com todas as suas carências materiais, se dedicaram e se dedicam à prevenção da violência e à cultura de paz e direitos humanos.



MEDIAÇÃO PENAL E PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Sumário: 1. Por uma justiça restaurativa – 2. Programas de justiça restaurativa – 3. Práticas restaurativas em Juizado Criminal.

1. POR UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O movimento por uma justiça restaurativa, surgida nas últimas décadas do século passado, é um resgate de práticas imemoriais da Nova Zelândia, da Austrália, de regiões do Canadá e de outras tradições, que inspiram várias abordagens e procedimentos de caráter interdisciplinar. A justiça restaurativa tem como paradigmas o protagonismo voluntário da vítima, do ofensor, da comunidade afetada, com a colaboração de mediadores, a autonomia responsável e não hierarquizada dos participantes e a complementaridade em relação à estrutura burocrática oficial, com respeito aos princípios de ordem pública do Estado Democrático de Direito.

A mediação penal é aplicada no campo criminal como instrumento da justiça restaurativa, daí por que também é denominada mediação restaurativa. Em virtude das peculiaridades do campo criminal, em que as ofensas podem ser físicas, morais, patrimoniais e psicológicas, as abordagens transformativas são realizadas por meio de encontros ou círculos restaurativos. Talvez pelo fato do movimento por uma justiça restaurativa estar associado a práticas anteriores ao desenvolvimento de uma teoria científica, ainda não é possível precisar um conceito inequívoco.

A experiência brasileira no campo da justiça restaurativa é recente, sendo o Relatório do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente – ILANUD¹ a fonte mais autorizada

¹ Relatório disponibilizado pelo Dr. Leonardo de Sica, em 20.09.2006, na internet, através do Grupo Justiça Restaurativa Brasília, mediado pelo Prof. Renato Sócrates, para que os interessados pudessem tomar conhecimento, divulgar, ponderar, analisar e debater o seu conteúdo.

para o conhecimento de Projetos já implantados. Segundo o referido Relatório, a definição mais consensual de justiça restaurativa, até porque contemplada pela Organização das Nações Unidas (ONU), é aquela constante da Resolução 2002/12, emitida pelo seu Conselho Econômico e Social (ECOSOC), na qual foram descritos os princípios básicos para o desenvolvimento de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal.

Embora de forma um tanto quanto tautológica, o ECOSOC define como de Justiça Restaurativa todo o programa que se vale de “processos restaurativos para atingir resultados restaurativos”.

Processos restaurativos seriam aqueles nos quais vítimas, ofensores e, quando apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade, afetados pelo crime, participam juntos e ativamente na resolução das questões provocadas pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador (mediador) – uma terceira pessoa independente e imparcial, cuja tarefa é facilitar a abertura de uma via de comunicação entre as partes.

São mencionados como exemplos de processos restaurativos a mediação, a conciliação, as conferências e os círculos de sentença. Resultados restaurativos, por sua vez, seriam os acordos resultantes dos processos restaurativos, que podem incluir a reparação do dano, a restituição de algum bem e a prestação de serviços à comunidade, sempre com o fim de atender as necessidades individuais e coletivas de todas as partes, bem como de demarcar as suas responsabilidades, visando à reintegração da vítima e do ofensor.

Conforme o aludido Relatório ILANUD, a amplitude da conceituação do ECOSOC foi proposital, eis que não se quis tolher o desenvolvimento espontâneo da Justiça Restaurativa com a adoção de parâmetros excessivamente restritivos. Em vista dessa fluidez conceitual, talvez seja mais apropriado, para a efetiva compreensão da Justiça Restaurativa, deslocar o foco da análise da sua conceituação para os fins a que ela se propõe. De modo geral, se peneiradas as diferenças entre as concepções existentes, é possível enquadrá-las em dois grandes grupos, identificados como duas grandes finalidades atribuíveis à Justiça Restaurativa: uma institucional e outra político-criminal.

A finalidade institucional situa a Justiça Restaurativa como um instrumento de aperfeiçoamento do funcionamento da justiça formal. Nesse sentido, a JR representaria um aprimoramento institucional dos órgãos estatais na tarefa de lidar com o ato infracional, significando um acréscimo de eficiência e de humanidade à Justiça Penal.

Essa concepção da Justiça Restaurativa como um mecanismo que adiciona eficiência à coibição do crime é vista, por exemplo, na obra de John Braithwaite, para quem a Justiça Restaurativa figura como um meio menos dispendioso de reação ao crime, já que, quando exitosa, substitui outras medidas mais custosas e costuma ser aceita como mais legítima e, conforme

observa aquele autor, estimulando um maior respeito à lei, pois permite a participação dos envolvidos.²

Já a concepção institucional de Justiça Restaurativa, de Howard Zehr, contempla um elemento francamente religioso, e concebe a JR como um conjunto de procedimentos destinados a introjetar valores espirituais, humanitários, no sistema de justiça.³

Segundo o Relatório do ILANUD em comento, o sistema de justiça brasileiro, bem como as instituições encarregadas da repressão criminal, dentre elas o Poder Judiciário, vivem um momento de descrença perante a opinião pública. E que tal descrença estria relacionada a um sentimento de que a justiça é ineficaz e morosa em dar a resposta esperada pela sociedade.

Considerando esse contexto de crise de legitimidade, a justiça restaurativa pode ser, sob o prisma institucional, um instrumento de aperfeiçoamento da administração da justiça. A Justiça Restaurativa, ao atribuir às partes a possibilidade de uma atuação mais ativa no processo, que se volta para enfrentar as conseqüências do delito, pode contribuir para a mudança da percepção negativa do Poder Judiciário.

A Justiça Restaurativa transforma o paradigma da intervenção penal, uma vez que não está apenas preocupada com a determinação de uma resposta adequada ao comportamento criminal, mas também com a reparação, seja ela material ou simbólica, dos danos causados pelo crime. Encoraja vítima e ofensor a resolverem o conflito por intermédio da discussão e da negociação, reservando para os agentes públicos o papel de facilitadores, dotados de um só instrumento de intervenção: a linguagem, o que os coloca no mesmo nível de poder das partes (uma vez que, aqui, o poder limita-se à comunicação). Mais do que reparação material, pode reparar as relações e a confiança afetadas pelo crime.

A finalidade político-criminal situa-se na idéia de que a Justiça Restaurativa representa uma ferramenta valiosa de intervenção social, voltada para uma transformação, de maneira mais ampla, do tratamento reservado ao fenômeno criminal.

Consoante o Relatório ILANUD, a política criminal de um Estado pode assumir feições das mais variadas, desde as mais repressivas até as mais complacentes, mas todas, indistintamente, necessitam de mecanismos pelos quais possam se efetivar.

Costumam-se reunir as tendências político-criminais em três grupos: 1.º) uma linha conservadora, que prima pelo recrudescimento da intervenção penal; 2.º) uma linha moderada, cujo objetivo é fazer ajustes no sistema penal de

² BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Nova Iorque: Oxford, 2002.

³ ZEHR, Howard. *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Scottdale: Herald, 1995.

modo a evitar excessos punitivos; e, enfim, 3.º) uma linha radical, cuja meta é, em última instância, a abolição do sistema penal.

Consoante o Relatório ILANUD aqui examinado, uma proposta tal como a Justiça Restaurativa somente é consentânea com as duas últimas tendências, quais sejam, a moderada e a radical, eis que é – ou, pelo menos em princípio, deve ser – incompatível com um incremento repressivo do sistema penal, pois o aumento da intervenção estatal pode atingir um ponto de centralização capaz de sufocar qualquer possibilidade de participação da sociedade na solução dos problemas levantados pelo crime; possibilidade essa que fundamenta a própria noção de Justiça Restaurativa.

Nesse sentido, entende-se que é impossível isolar, de modo taxativo, as finalidades institucionais das político-criminais da Justiça Restaurativa. Assim como toda política criminal demanda meios institucionais para a sua efetivação, as concepções de Justiça Restaurativa que acolhem um fim institucional apresentam perspectivas político-criminais a ela subjacentes. Consoante o aludido Relatório, um programa de justiça restaurativa pode buscar um fim institucional sem perder de vista o fim de política criminal a ela inerente.

A adoção de mecanismos restaurativos de Justiça, sob essa perspectiva, implica, obviamente, grandes alterações do sistema de justiça tradicional. Está claro que tais alterações devem, em princípio, visar a dar conta dos aspectos negativos do sistema tradicional, mas, em última análise, põem em xeque também alguns de seus aspectos mais positivos, como aqueles consubstanciados nas garantias penais e processuais. Gera-se, então, um impasse: como efetuar reformas no sistema penal atual, de modo a reduzi-lo, sem, contudo, desfazer-se das suas conquistas?

Segundo o Relatório do ILANUD, a partir da justificativa oferecida por Alessandro Baratta,⁴ para a redução do controle penal, é possível interpretar teleologicamente a sua concepção de Direito Penal Mínimo, no sentido de admitir a Justiça Restaurativa sempre que ela signifique um caminho para a redução das desigualdades sociais. Seria, portanto, questionável a validade da Justiça Restaurativa sempre que ela enseje que a desigualdade entre as partes possa resultar em prejuízo à parte menos favorecida, perpetuando uma situação de desvantagem social. Em um país como o Brasil, tal indicação se faz particularmente importante.

2. PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Com fundamento nesses pressupostos, o Relatório em comento conclui que é possível estabelecer uma diretriz institucional e uma diretriz político-criminal para a avaliação de programas de Justiça Restaurativa.

⁴ BARATTA, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*. Doctrina penal: Teoría y práctica en las ciencias penales. Buenos Ayres, a. 10, n. 40, 1987, p. 623-650.

Como diretriz institucional, um programa de Justiça Restaurativa deve ter como meta institucional o aperfeiçoamento da administração da justiça, a ser aferido pelo grau de satisfação das partes e seu reconhecimento pelos operadores do direito, o que pode contribuir para a mudança na percepção da sociedade sobre a justiça. Como diretriz político-criminal, um programa de Justiça Restaurativa deve ter como meta político-criminal a redução do controle penal formal (política moderada).

No entanto, de modo a evitar que o eventual controle informal seja mais perverso que o próprio controle formal, essa redução de controle penal formal deve estar associada a duas condições: que a redução das garantias penais institucionais não implique a imposição de um gravame maior aos interessados e que essa redução de garantias penais e processuais não corresponda a uma política criminal que implique a perpetuação de desigualdades sociais.

O Relatório ILANUD refere que os programas de Justiça Restaurativa implementados em Porto Alegre, São Caetano e Brasília contemplam tais diretrizes em suas preocupações.

Para que a observância aos parâmetros acima estipulados pudesse ser analisada em pormenores, estruturou-se a avaliação desses projetos a partir das respostas às quatro questões e parâmetros a seguir transcritos:

1. Qual a concepção de Justiça Restaurativa adotada?
Adequação do nicho institucional em que o programa foi implementado.
2. O que se pretende? Objetivos do programa; Papel do facilitador; Definitividade do acordo; Acompanhamento do acordo.
3. Quem participa? Papel da comunidade; Respeito à voluntariedade; Respeito à confidencialidade; Possibilidade de assistência jurídica.
4. Como é feita a gestão? Presença de auto-avaliação; Frequência da capacitação; Adequação do vínculo da equipe.

Após uma detalhada avaliação dos Projetos no que toca a cada uma dessas questões, o Relatório do ILANUD apresenta várias recomendações a seguir comentadas.

Recomendações e Desafios:

Segundo o Relatório ILANUD, todas as experiências avaliadas parecem consentâneas com a finalidade institucional da Justiça Restaurativa, eis que há, em todas, uma preocupação latente de valer-se da Justiça Restaurativa como um meio de aperfeiçoamento do esquema de funcionamento do Poder Judiciário. Nesse sentido, o principal desafio que se apresenta para os programas de Justiça Restaurativa analisados consiste na sua orientação a uma finalidade político-criminal, com uma maior inserção no marco de profundas transformações no sistema

tradicional de justiça. Por assim dizer, seu potencial efetivamente transformador reside na sua finalidade político-criminal de reduzir o controle penal formal. Do contrário, se for ela somente uma opção adicional de que se pode valer o Estado, além do sistema de justiça tradicional, não apresentando com ele alguma interlocução, representará apenas um incremento da intervenção penal.

Portanto, a justiça restaurativa precisa fazer um contraponto com a justiça tradicional, colocando como horizonte um novo modelo que vai além do retributivo e do terapêutico.

No que toca à finalidade institucional, e com o fim de averiguar se a Justiça Restaurativa representa de fato um aprimoramento do sistema de justiça, o Relatório recomenda que sejam realizadas sondagens no que toca à satisfação da vítima e do ofensor e à mudança de percepção dos operadores envolvidos na justiça tradicional. Esse tipo de pesquisa, no entanto, só apresentará resultados confiáveis no futuro, quando os programas já consolidados tiverem reunido um número significativo de casos. Ademais, um indicador representativo, nesse mesmo sentido, é o número de acordos realizados, o que, igualmente, ainda não pode ser aferido em razão da incipiência dos programas.

No que concerne à finalidade político-criminal, a principal recomendação a ser feita, visando a uma política criminal de redução do controle penal formal e a não extensão da rede penal, é aumentar os casos passíveis de entrada na justiça restaurativa. Trata-se de uma ação em longo prazo, mas que deve estar no horizonte dos programas de justiça restaurativa.

Assim, entende-se que não se devem restringir *a priori* os casos em razão da natureza da infração ou da quantidade da pena, pois a adoção de critérios restritivos e rigorosos possibilita a entrada para a justiça restaurativa de casos insignificantes ou de bagatela que sequer deveriam entrar no sistema de justiça, pois contam com a atuação do controle informal.

Segundo o Relatório, um indicador de êxito importante para apurar se a relação da justiça restaurativa com a justiça tradicional é de contraponto, se a justiça restaurativa tem como finalidade político-criminal a redução do controle penal formal, é a diminuição do número de casos que entram na justiça tradicional.⁵ Os programas devem acompanhar essa evolução.

A aplicação da justiça restaurativa nas escolas como forma de resolução de conflitos e vinculada à justiça, se, por um lado, possibilita à justiça tradicional a incorporação da justiça restaurativa, seus princípios e práticas, de outro, corre o risco de ampliar o controle penal formal ao invés de diminuí-lo. Ao trazer, desnecessariamente, para o controle formal, casos que, via de regra, não iriam para a justiça e que, muitas vezes, não se configuram como infração penal, aumenta-se a demanda pelo sistema de justiça.

⁵ LARRAURI, Elena (2004). Tendências actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 51, p. 67-104.

Por um lado, sair da esfera da justiça implica o enfraquecimento da justiça restaurativa, no seu potencial de intervir de forma diferenciada no seio da justiça tradicional. Atrelar-se umbilicalmente à justiça, por outro lado, de modo a obrigar os casos que não são definidos como crime a entrarem na justiça tradicional implica a extensão da rede penal.

Considerando que, em uma perspectiva institucional, deve-se cuidar para que a adoção da Justiça Restaurativa não signifique uma enxurrada de casos ao Poder Judiciário, que pode colocar em xeque a própria vantagem qualitativa que a Justiça Restaurativa representa na solução dos conflitos. Talvez seja melhor optar por manter fora da seara do Poder Judiciário aqueles casos que possam ser satisfatoriamente resolvidos em outra instância.

Outra recomendação do Relatório é a adequação do lugar de aplicação da justiça restaurativa ao nicho institucional mais propício a explorar o contraponto oferecido pela justiça restaurativa à justiça tradicional. Considerando o processo penal brasileiro, os instantes por excelência de aplicação da justiça restaurativa no interior do sistema de justiça são o momento anterior ao início do processo ou o momento inicial do processo.

Outro ponto que precisa ser mais bem trabalhado, buscando sua superação, é a centralidade que assume a justiça tradicional na justiça restaurativa. Uma ação para evitar essa sobreposição é dar mais autonomia aos círculos/encontros restaurativos. O procedimento restaurativo não deve ser paralelo ao procedimento tradicional e nem deve objetivar corrigi-lo.

A suspensão deste último, como ocorre no programa de Brasília, parece ser a melhor forma de se garantir a autonomia da justiça restaurativa. A autonomia também é conquistada com o respeito ao acordo feito por um círculo/encontro restaurativo. Os programas precisam deixar mais claro que em caso de descumprimento, deve-se tentar, via círculo/encontro restaurativo, apurar o motivo do não cumprimento, antes de se tomar qualquer decisão pelos operadores do direito atuantes na justiça tradicional.

Os programas devem ter sempre em conta que o acordo deve ser proporcional ao delito. O fato de impor limites (proporcionalidade, equidade, legalidade) ao acordo restaurativo não retira das partes o seu poder de decisão, nem exclui o seu “empoderamento”. Ainda quanto ao acordo, ressalta-se a importância de prever a realização de uma nova tentativa em caso de descumprimento.

Quanto à participação dos envolvidos, é preciso garantir uma maior colaboração das vítimas (foi recorrente na fala dos programas a dificuldade de trazer a vítima e a dificuldade de a vítima aceitar participar até o final) e também da comunidade. Para a vítima, já é consenso nos programas a necessidade de criação de um serviço de apoio. Com relação à comunidade, é preciso ampliar sua participação nos círculos/encontros restaurativos, por

meio da vizinhança, família, amigos, etc. Outra maneira é buscar facilitadores da comunidade.

Outro ponto, também visando a garantir a voluntariedade da participação de todos e o melhor aproveitamento da oportunidade dada às partes, é dar ênfase também na preparação das partes para o círculo/encontro restaurativo.

No tocante à gestão, os programas apresentaram inúmeros avanços. Criaram mecanismos de auto-avaliação periódica, cumprindo com a previsão inicial do projeto. Privilegiaram a capacitação permanente da equipe. Fica como recomendação e desafio consolidar os instrumentais de coleta de dados que são imprescindíveis para uma avaliação do êxito da justiça restaurativa. Além de consolidar os instrumentos, é importante consolidar uma prática que se preocupe constantemente com coleta dos dados, aproveitando os momentos de contato com as partes para sua realização.

Outra ressalva, com relação à gestão, refere-se a um problema unânime apresentado por todos os programas. Trata-se da consolidação da equipe de trabalho. O vínculo como voluntário dos facilitadores, por diversas vezes, estrangulou o regular funcionamento dos programas, pois implica em restrições de tempo e de disponibilidade para com o programa de Justiça Restaurativa.

Para concluir, pode-se afirmar que os programas de Justiça Restaurativa do Distrito Federal, de Porto Alegre e de São Caetano deram um primeiro passo na consolidação da Justiça Restaurativa no Brasil. E buscaram assim o fazer tendo sempre em vista as particularidades de nossa realidade social. São três programas peculiares que refletem a especificidade de cada cidade e o contexto em que estão inseridos. Essa adaptação é fundamental para o pleno desenvolvimento destas e de outras experiências de Justiça Restaurativa no país.

O Relatório faz as seguintes ressalvas:

A Justiça Restaurativa não deve ser entendida como redução de investimentos por parte do Poder Judiciário: é preciso mais investimentos e apoio estatal para a sua consecução;

A Justiça Restaurativa não deve ser vista como meio de tornar a justiça mais rápida: percebeu-se o quanto é importante o período de preparação para o encontro restaurativo;

Os programas avaliados são ainda incipientes para afirmar que a Justiça Restaurativa potencialmente contribui para a redução da reincidência: de fato, é preciso um tempo maior para qualquer avaliação de resultado.

A Justiça Restaurativa deve ser concebida como um instrumento de política criminal que vise à inovação da intervenção penal. Apresenta um novo olhar e uma nova forma de intervenção sobre o crime. Rompe com os modelos retributivo e terapêutico, que já deram mostras do seu esgotamento.

É nesse ponto que reside seu potencial transformador. É nesse ponto que precisa ser mais bem explorada.⁶

A avaliação do ILANUD aponta pontos fortes e pontos fracos em cada um dos programas, reconhece a importância de todos eles, apresentando, ao final, as seguintes recomendações para os programas de justiça restaurativa em geral:

1. Ter como porta de entrada o momento anterior ao processo ou o início do processo;
2. Não adotar critério restrito de casos que possam ir para a Justiça Restaurativa, baseando exclusivamente na natureza da infração ou na quantidade da pena;
3. Dar mais autonomia à justiça restaurativa, não a adotando como procedimento paralelo ao procedimento da justiça tradicional;
4. Adotar como indicadores de êxito o número de acordos cumpridos, o grau de satisfação das partes e de mudanças na percepção dos operadores do direito e a diminuição dos casos que entram na justiça tradicional;
5. Criar serviço de apoio à vítima;
6. Quanto ao acordo, prever a realização de uma nova tentativa em caso de descumprimento;
7. Ampliar o momento de preparação das partes para o círculo/encontro restaurativo;
8. Ampliar a participação da comunidade nos círculos/encontros restaurativos;
9. Consolidar a equipe, estabelecendo outro vínculo que não o simplesmente voluntário;
10. Atentar para a necessidade de coleta contínua de dados.

3. PRÁTICAS RESTAURATIVAS EM JUIZADO CRIMINAL

Em abril de 2006, numa iniciativa conjunta da então Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado de Pernambuco, por intermédio da sua gerência

⁶ JACCOUD, Mylène (2005). Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) (2005). Justiça restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 163-186.

de prevenção e mediação de conflitos, sob a nossa coordenação, da Promotora Yélena Monteiro pelo Ministério Público Estadual e do Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco – CEMAPE, associação sem fins lucrativos presidida pela advogada Regina Melo, com o apoio do Juiz Coordenador dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Dr. Luiz Mário Moutinho e, posteriormente, do Juiz Coordenador do 1.º Juizado Especial Criminal, Dr. Airton Alfredo, demos início a um projeto piloto de justiça restaurativa, informalmente, perante aquele 1.º Juizado Especial Criminal do Recife.

“Termos Circunstanciados de Ocorrência” previamente selecionados passaram a ser encaminhados para uma equipe de seis mediadores que, em abordagens restaurativas, revezavam-se na utilização das técnicas da mediação transformativa/restaurativa. Experiência que conta com o apoio, acompanhamento e avaliação de equipe interdisciplinar.

Grandes surpresas a experiência nos reservava. A primeira delas em relação aos advogados. Em face das resistências destes, os mediadores lhes prestam os esclarecimentos iniciais sobre o significado das práticas restaurativas e o papel que cabe a cada um dos participantes numa sessão de mediação. Adotaram, portanto, a prática de esclarecer, em conversas prévias com os advogados de ambas as partes, que o procedimento é voluntário, complementar ou preventivo de criminalização; que os assuntos ali tratados são confidenciais; que não se estará buscando culpabilização ou enquadramentos legais, mas construindo, em colaboração com os mediandos, o reconhecimento, a responsabilidade recíproca e as alternativas de reparação restauradora do relacionamento interpessoal.

Tem sido unânime a resposta positiva dos advogados que, na maioria das vezes resistentes e desconfiados, acompanham o procedimento de mediação e saem impressionados e recompensados pela experiência.

Uma segunda surpresa diz respeito à identificação do autor do fato. Dividir as pessoas envolvidas nas situações de infração penal em ofensores e vítimas já nos parece reducionista. Isto porque, em grande parte das queixas, a iniciativa tem sido do próprio ofensor, que se põe na situação de vítima, no intento de se antecipar à vítima maior e se proteger contra possível vingança. Com isto, e por outras razões, tem sido metodologicamente impossível uma prévia identificação e entrevista do verdadeiro ou maior ofensor.

Entrevistamos, inicialmente, quem primeiro se apresenta, porque, na prática, apenas durante o procedimento restaurativo vai ser possível identificar, efetivamente, quem é vítima, quem é ofensor, ou até que ponto esta ou aquela pessoa é, de algum modo, vítima e ofensor, uma vez que os conflitos, especialmente aqueles decorrentes de relações continuadas, são construídos reciprocamente, por constituírem expressões de algum padrão relacional.

Outra surpresa que a prática nos trouxe em relação aos estudos científicos a respeito do tema é que, embora as práticas restaurativas sejam de

extraordinário significado humanista, de muita profundidade em sua dinâmica transformativa, o nível de resposta é muito mais rápido e simples do que imaginávamos, em comparação com as informações científicas disponíveis.

É impressionante como as pessoas, em sua imensa maioria de baixa renda – pois o sistema dos juizados especiais criminais parece ser destinado a esse estamento social – são carentes de escuta e reconhecimento. A simples abordagem restaurativa em ambiente propício e adequadamente mediado faz despertar toda uma condição de diálogo e compartilhamento de emoções e afeições com poderoso efeito restaurativo. Noventa e seis por cento dos conflitos têm sido transformados restaurativamente em menos de uma hora de sessão.

A complexidade está, basicamente, no nível de aptidão do mediador para lidar com as diferenças.

Ao cotejarmos este projeto do Recife com as recomendações do ILANUD, anteriormente relacionadas, verificamos uma grande proximidade com o recomendado.

Temos como porta de entrada o momento anterior ao processo ou o início do processo. A nossa abordagem não transfere para o plano do formal os conflitos que poderiam ser solucionados pela própria comunidade, informalmente. Muito pelo contrário. O Programa Núcleos de Mediação Comunitária, apoiado pela Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado, fundamenta-se na atuação informal, voluntária, preventiva e autônoma de comunidades protagonistas e capacitadas, em suas associações, escolas, igrejas etc.

A nossa experiência não tem o caráter de procedimento paralelo ao procedimento da justiça tradicional. Adotamos como indicadores de êxito o número de acordos cumpridos, o grau de satisfação das partes e de mudanças na percepção dos operadores do direito e a diminuição dos casos que entram na justiça tradicional. Uma equipe psicossocial do Juizado vem de algum modo prestando serviços de apoio à vítima.

Ainda não implementamos a recomendação de que se faça constar do acordo a realização de uma nova tentativa em caso de descumprimento. Temos adotado a prática de preparação das partes para o círculo/encontro restaurativo.

Sempre que necessário adotamos a participação da comunidade nos círculos/encontros restaurativos. Temos uma equipe consolidada, com a combinação de atividades voluntárias assumidas pelos facilitadores de mediação, em suas respectivas comunidades e as mediações remuneradas, por meio dos mediadores que atuam em ambientes variados de prática restaurativa. Enfim, temos procurado aperfeiçoar os nossos sistemas de coleta e organização contínua de dados.

A despeito dessas considerações, a ausência de legislação que efetivamente introduza essas práticas no âmbito do processo penal tem acarretado insegurança e instabilidade à experiência em apreço que, em função de mudança de governo, encontra-se suspensa.



CASOS PARA MEDIAÇÃO SIMULADA

A abordagem pragmática objeto deste livro não estaria completa sem a apresentação de certo número de casos muito recorrentes de conflitos, sintetizados adiante.

E para que servem esses casos? Para a simulação de mediações. Em nossos cursos costumamos apresentar casos com o seguinte formato: O texto do mediando “a”, o texto do mediando “b” e o texto do mediador. Nos textos dos mediandos “a” e “b” repetimos o mesmo histórico do caso, mas, na parte final de cada texto, sob os títulos situação, posição e interesse, cada um deles contém pequenos adendos onde constam as circunstâncias existenciais básicas de cada um, as suas respectivas posições unilaterais e o que poderia constituir o interesse comum.

Como o texto do mediador apenas repete o histórico básico constante dos dois textos dos mediandos e resume-se a recomendar a prática das técnicas ensinadas, não precisaremos, aqui, transcrevê-lo. Esclarecemos, no entanto, que costumamos montar os casos em três páginas, as duas primeiras para cada um dos mediandos e a terceira para o mediador. Cópias adicionais são entregues aos co-mediadores e observadores, para que todos na sala tenham alguma função a desempenhar.

Por ocasião dessas práticas, verificamos como os mediandos estão sendo recebidos pelo mediador, os esclarecimentos iniciais sobre mediação, a utilização das técnicas de comunicação construtiva, a evolução do processo e a avaliação coletiva, consoante as percepções dos observadores.

Eis, portanto, os casos, envolvendo várias espécies de conflito.

1.º CASO – DA DEMARCAÇÃO DO TERRENO

Texto do solicitante Jorge (Você é Jorge)

Histórico do caso:

Paulo tem um terreno ao lado da casa de Jorge. Há um mês ele resolveu murar seu terreno.

Como na rua todas as casas já foram construídas, o seu terreno praticamente está todo murado, restando apenas o muro da frente e o da lateral direita, visto que o seu terreno é o último da rua.

Quando Paulo foi medir o terreno, percebeu que Jorge, ao fazer seu muro, entrou 2m no seu terreno. Foi tomar-lhes satisfações, mas ele disse que, ao murar o seu, mediu certo. E que o problema, provavelmente, vem acontecendo de forma cumulativa desde a construção do muro da 1.^a casa da rua. Ou seja, como o terreno dele é o oitavo da rua, e cada um na construção dos seus muros foi “entrando um pouquinho” para corrigir o erro do vizinho, restou ao último o prejuízo.

Acontece que Paulo não quer saber disso, e quer seus 2m de terreno. Diz que vai derrubar o muro de Jorge e reconstruí-lo de modo a ter seu pedaço de terra de volta.

Josefa, esposa de Jorge, já foi falar com Paulo sobre a saúde abalada do marido, mas ele não cede, e acrescenta dizendo que daqui a dois meses vai fazer o que disse. A demora é só juntar o dinheiro para comprar o material com a finalidade de derrubar o muro de Jorge e construir o seu.

Situação de Jorge:

Jorge é uma pessoa doente, idosa, e está prestes a ter um enfarte por causa da situação.

Não quer ter seu muro derrubado nem tampouco perder seus 2m de terreno. Foi falar com seu vizinho do lado esquerdo, mas este não quis nem saber da história, pois disse que a confusão não é com ele. Os outros moradores também dizem o mesmo.

Ele mora na rua há 10 anos e nunca teve confusão com ninguém. Nem quer pensar na vergonha de ter seu muro derrubado.

Posição de Jorge:

Não quer que derrubem seu muro e nem quer perder seus 2m de terreno.

Interesse de Jorge:

Ter seu muro inteiro e viver em paz com os vizinhos.

Texto do solicitado Paulo (Você é Paulo)

Histórico do caso:

Paulo tem um terreno ao lado da casa de Jorge. Há um mês ele resolveu murar seu terreno.

Como na rua todas as casas já foram construídas, o seu terreno praticamente está todo murado, restando apenas o muro da frente e o da lateral direita, visto que o seu terreno é o último da rua.

Quando Paulo foi medir o terreno, percebeu que Jorge, ao fazer seu muro, entrou 2m no seu terreno. Foi tomar-lhes satisfações, mas ele disse que, ao murar o seu, mediu certo. E que o problema, provavelmente, vem acontecendo de forma cumulativa desde a construção do muro da 1.^a casa da rua. Ou seja, como o terreno dele é o oitavo da rua, e cada um na construção dos seus muros foi “entrando um pouquinho” para corrigir o erro do vizinho, restou ao último o prejuízo.

Acontece que Paulo não quer saber disso, e quer seus 2m de terreno. Diz que vai derrubar o muro de Jorge e reconstruí-lo de modo a ter seu pedaço de terra de volta.

Josefa, esposa de Jorge, já foi falar com Paulo sobre a saúde abalada do marido, mas ele não cede, e acrescenta dizendo que daqui a dois meses vai fazer o que disse. A demora é só juntar o dinheiro para comprar o material com a finalidade de poder derrubar o muro de Jorge e construir o seu.

Situação de Paulo:

Paulo está muito irritado porque perdeu 2m de terreno. Segundo ele, a construção da casa que tinha planejado vai ficar comprometida sem o terreno na sua medição correta. E isso ele não acha justo, assumir sozinho o prejuízo pelo erro dos outros.

Por que ele tem que ceder 2m de seu terreno?

Posição de Paulo:

Derrubar o muro de Jorge e fazer o seu, avançando os 2m de terreno que foi invadido.

Interesse de Paulo:

Recuperar seus 2m de terreno e viver em paz com os novos vizinhos.

2.º CASO – DO CONFLITO FAMILIAR

Texto de Ana:

Histórico do Caso:

Ana e João casaram-se em 1994. Ele, integrante do departamento comercial de uma empresa, ela, bancária. Têm, atualmente, dois filhos: Aninha e Joãozinho, com 8 e 4 anos, respectivamente. Embora inicialmente felizes, começaram a surgir problemas no relacionamento durante a segunda gravidez de Ana. Dois meses

antes de Ana engravidar de Joãozinho, o casal aceitou abrigar em casa um dos irmãos de João, de nome Pedro, que, por estar desempregado e inadimplente, foi despejado do apartamento onde residia sozinho. Passado o primeiro mês, João foi ficando enciumado, suspeitando que estivesse havendo uma aproximação excessiva entre sua mulher e Pedro, seu irmão. Um dos amigos de João lhe confidenciou que teria visto Ana e Pedro juntos, de tarde, no cinema. Quando Ana lhe deu a notícia de que estava novamente grávida, João ficou desconsertado. Não lhe saía da cabeça a idéia de que o filho não era seu.

Não tendo coragem de expor as suas suspeitas para a mulher – até porque ela estava grávida e, afinal de contas, não havia provas –, João determinou ao seu irmão, com certa rispidez, que se mudasse para qualquer outro lugar, sob o pretexto de que precisava preparar o quarto para o novo filho. Joãozinho nasceu e João sempre muito calado e sem ânimo. Vez por outra chegava muito tarde ou viajava para trabalhos pouco prováveis. Tornara-se muito esquecido, constantemente deixando o celular desligado. A relação entre Ana e João nunca mais voltou a ser a mesma. Três anos após o nascimento de Joãozinho, João, inesperadamente e sem dar qualquer satisfação, abandonou a família.

Ana e os filhos começaram a passar por sérias necessidades. Joãozinho está agressivo e Aninha muito deprimida. Ambos com problemas na escola. Ana, desesperada, conseguiu, um ano após o desaparecimento de João, descobrir o seu paradeiro. Este foi recentemente notificado para comparecer perante a Defensoria Pública, onde Ana solicitara apoio.

Situação de Ana:

João foi uma terrível decepção em sua vida. Esse homem se transformou, nos últimos quatro anos, em uma pessoa deprimida, arredia, um fantasma daquele homem bom e empreendedor que ela, apesar de tudo, ainda ama. Quando engravidou de Joãozinho, sentiu-se rejeitada, tal o desinteresse de João por seu segundo filho. Não acreditava no que estava acontecendo. João cada vez mais distante. Teve até que tomar as dores de Pedro, irmão de João, injustamente expulso de casa. Embora nunca tenha tido a oportunidade de comprovar, está convencida de que João deve ter arranjado uma amante desde o tempo em que ela ainda estava grávida do Joãozinho. Embora tenha percebido os ciúmes de João quanto a Pedro, nunca o traiu, embora estivesse muito só. Arrepende-se de ter ido ao cinema com Pedro sem uma prévia comunicação a João. Tem notícia de que tal fato gerou algumas insinuações maldosas. Ana está com raiva da atitude arredia de João e sofre com a sua ausência, inclusive por conta das dificuldades por que passou sozinha durante este último ano.

Posição de Ana:

Quer que seja determinada uma pensão de R\$ 800,00 em favor de cada um dos filhos.

Interesse de Ana:

Salvar o casamento e ter João de volta em casa.

Texto de João:

Histórico do Caso:

Ana e João casaram-se em 1994. Ele, integrante do departamento comercial de uma empresa, ela, bancária. Têm, atualmente, dois filhos: Aninha e Joãozinho, com 8 e 4 anos, respectivamente. Embora inicialmente felizes, começaram a surgir problemas no relacionamento durante a segunda gravidez de Ana. Dois meses antes de Ana engravidar de Joãozinho, o casal aceitou abrigar em casa um dos irmãos de João, de nome Pedro, que, por estar desempregado e inadimplente, foi despejado do apartamento onde residia sozinho. Passado o primeiro mês, João foi ficando enciumado, suspeitando que estivesse havendo uma aproximação excessiva entre sua mulher e Pedro, seu irmão. Um dos amigos de João lhe confidenciou que teria visto Ana e Pedro juntos, de tarde, no cinema. Quando Ana lhe deu a notícia de que estava novamente grávida, João ficou desconsertado. Não lhe saía da cabeça a idéia de que o filho não era seu.

Não tendo coragem de expor as suas suspeitas para a mulher – até porque ela estava grávida e, afinal de contas, não havia provas –, João determinou ao seu irmão, com certa rispidez, que se mudasse para qualquer outro lugar, sob o pretexto de que precisava preparar o quarto para o novo filho. Joãozinho nasceu e João sempre muito calado e sem ânimo. Vez por outra chegava muito tarde ou viajava para trabalhos pouco prováveis. Tornara-se muito esquecido, constantemente deixando o celular desligado. A relação entre Ana e João nunca mais voltou a ser a mesma. Três anos após o nascimento de Joãozinho, João, inesperadamente e sem dar qualquer satisfação, abandonou a família.

Ana e os filhos começaram a passar por sérias necessidades. Joãozinho está agressivo e Aninha muito deprimida. Ambos com problemas na escola. Ana, desesperada, conseguiu, um ano após o desaparecimento de João, descobrir o seu paradeiro. Este foi recentemente notificado para comparecer perante a Defensoria Pública, onde Ana solicitara apoio.

Situação de João:

Ana foi uma terrível decepção. Aquela mulher companheira, sensual e bonita foi capaz de traí-lo com o seu próprio irmão. E justamente com aquele irmão a quem concedeu abrigo em momento de necessidade. Com isto, grande tristeza, solidão e uma profunda mágoa da mulher e do irmão. Foi em decorrência de sua baixa auto-estima que João pediu transferência para outro Estado, na tentativa de se afastar de todos aqueles sofrimentos. De nada

adiantara aquelas noites em que procurara se divertir ou os fins-de-semana em que participou de grupos de terapia. A saudade da sua filha Aninha o atormentava. A namorada que arranjara e com quem desfrutou bons momentos não suportou a sua eterna insatisfação. Constantemente se lamentando de como havia sido infeliz no casamento e como a vida é cruel.

Posição de João:

Não reconhece Joãozinho como seu filho: Ana deve assumir as consequências pela destruição do casamento.

Interesse de João:

Proteger Aninha. Construir um ambiente familiar saudável.

3.º CASO – O CIRURGIÃO E O ANESTESIOLOGISTA

Texto dos pais solicitantes (Pedro e Maria):

Histórico do Caso:

Luíza, de 4 anos de idade, com diagnóstico de hérnia epigástrica (uma patologia congênita, localizada em linha média do abdome, na região entre a cicatriz umbilical e o apêndice xifóide, podendo se localizar em qualquer parte desse trajeto e ser múltipla), foi operada de forma eletiva; qual seja, marcada sem urgência.

A cirurgia é definida como de pequeno porte, com duração em torno de 15 minutos da incisão à sutura. Normalmente, não há necessidade de entubação endotraqueal, sendo os gases (oxigênio e anestésicos) dados ao paciente por meio de máscara facial ou laríngea, feito acesso venoso para infusão de soro e complementação anestésica.

A operação transcorria sem anormalidade até que, no final da sutura, ouviu-se o alarme do monitor cardíaco. O anestesiolegista, Dr. Jorge, vem conferir o que está acontecendo e verifica que a paciente está com uma frequência cardíaca de 30 bpm (batimentos por minuto), o que significa, nesta faixa etária, uma real parada cardíaca, pois, nesta frequência, não há oxigenação adequada do cérebro.

Ao se aperceber do que estava acontecendo, o cirurgião, Dr. João, suspendeu a sutura e iniciou imediata massagem cardíaca, enquanto o anestesiolegista tentava realizar, com dificuldade, uma entubação traqueal, pois até o momento a paciente estava com máscara.

Somente após concluída a entubação traqueal, o anestesiolegista inicia a oferta de oxigênio, enquanto o cirurgião continua tentando, com massagem cardíaca, aumentar o fluxo sanguíneo. Cerca de quinze minutos após, a paciente

volta a apresentar frequência cardíaca e oxigenação adequadas. O restante da sutura é realizado e a paciente encaminhada, ainda sem apresentar nível de consciência satisfatório, para a UTI (Unidade de Terapia Intensiva).

Na UTI a paciente não recupera seu estado normal, permanecendo em coma vígil, ou seja, olhos abertos, porém sem responder a outros estímulos. A avaliação neurológica realizada na paciente demonstrou que ela não deverá recuperar o seu estado normal, necessitando, pois, doravante e permanentemente, de alguém para lhe fazer companhia, efetuar a higiene e ministrar a alimentação. Os pais, na busca de solução rápida, procuram uma Câmara de Mediação.

Situação dos pais: Pedro e Maria:

A filha Luíza, de 4 anos de idade, com diagnóstico de hérnia epigástrica (uma patologia congênita, localizada em linha média do abdome, na região entre a cicatriz umbilical e a fúrcula), foi operada em data previamente marcada, no hospital Saúde.

Os médicos informaram que se tratava de cirurgia simples, com duração de quinze minutos. Quando Luíza sai da sala de cirurgia, quase uma hora após ali ingressar, vai direto para a UTI e lhes é informado que houve uma parada cardíaca durante a operação, estando a criança a correr sério risco.

Na UTI Luíza não recupera seu estado normal, permanecendo em coma vígil, ou seja, olhos abertos, porém sem responder a outros estímulos. A avaliação neurológica realizada na paciente demonstrou que ela não deverá recuperar o seu estado normal, necessitando, pois, doravante e permanentemente, de alguém para lhe fazer companhia, efetuar a higiene e ministrar a alimentação. Pedro é motorista e Maria cabeleireira, de modo que um dos dois terá que abandonar o trabalho para cuidar de Luíza.

Todos os procedimentos anteriores ao internamento foram efetuados e Luíza estava apta a ser operada. Comenta-se que o cirurgião, o anestesiológico, ou ambos, cometeram algum erro.

É quase insuportável o sofrimento de Pedro e Maria. Ambos revoltados com esse fato tão chocante e inesperado. A vida de ambos, com sua única filha nesse estado, fica limitada, e todo o futuro que se esperava promissor de Luíza foi brutalmente estancado. São muitos os prejuízos morais e materiais. Estão indignados.

Posição de Pedro e Maria:

Atribuem a culpa por igual ao médico e ao anestesiológico. Pretendem receber, de cada um, de imediato, uma indenização de R\$ 20.000,00, totalizando R\$ 40.000,00 e uma pensão mensal de dois salários mínimos, totalizando quatro salários mínimos mensais, até a paciente completar 60 anos.

Interesse:

Identificar os responsáveis e obter a reparação devida.

Texto do Dr. João Barbalho (Cirurgião):

Histórico do Caso:

Luíza, de quatro anos de idade, com diagnóstico de hérnia epigástrica (uma patologia congênita, localizada em linha média do abdome, na região entre a cicatriz umbilical e a fúrcula, ou seja, subindo do umbigo até chegar ao osso, podendo se localizar em qualquer parte desse trajeto e ser múltipla), foi operada de forma eletiva; qual seja, marcada sem urgência.

A cirurgia é definida como de pequeno porte, com duração em torno de 15 minutos da incisão à sutura. Normalmente, não há necessidade de entubação endotraqueal, sendo os gases (oxigênio e anestésicos) dados ao paciente por meio de máscara facial ou laríngea, feito acesso venoso para infusão de soro e complementação anestésica.

A operação transcorria sem anormalidade até que, no final da sutura, ouviu-se o alarme do monitor cardíaco. O anestesiológista, Dr. Jorge, vem conferir o que está acontecendo e verifica que a paciente está com uma frequência cardíaca de 30 bpm (batimentos por minuto), o que significa, nesta faixa etária, uma real parada cardíaca, pois, nesta frequência, não há oxigenação adequada do cérebro.

Ao se aperceber do que estava acontecendo, o cirurgião, Dr. João, suspendeu a sutura e iniciou imediata massagem cardíaca, enquanto o anestesiológista tentava realizar, com dificuldade, uma entubação traqueal, pois até o momento a paciente estava com máscara.

Somente após concluída a entubação traqueal, o anestesiológista inicia a oferta de oxigênio, enquanto o cirurgião continua tentando, com massagem cardíaca, aumentar o fluxo sanguíneo. Cerca de quinze minutos após, a paciente volta a apresentar frequência cardíaca e oxigenação adequadas. O restante da sutura é realizado e a paciente encaminhada, ainda sem apresentar nível de consciência satisfatório, para a UTI (Unidade de Terapia Intensiva).

Na UTI a paciente não recupera seu estado normal, permanecendo em coma vígil, ou seja, olhos abertos, porém sem responder a outros estímulos. A avaliação neurológica realizada na paciente demonstrou que ela não deverá recuperar o seu estado normal, necessitando, pois, doravante e permanentemente, de alguém para lhe fazer companhia, efetuar a higiene e ministrar a alimentação. Os pais, na busca de solução rápida, procuram uma Câmara de Mediação.

Situação do cirurgião, Dr. João Barbalho:

O procedimento inerente à sua função dentro da equipe (o ato cirúrgico) se deu sem anormalidades.

Iniciados os procedimentos anestésicos preparatórios, com a instalação, pelo anestesiológista, de monitor cardíaco e oxímetro de pulso, os quais medem o funcionamento do coração e o nível de oxigenação do sangue, fez-se a preparação do campo operatório em que há uma separação entre a área da cirurgia e o restante do corpo, ficando, portanto, a equipe cirúrgica sem a visão do rosto da paciente e dos procedimentos tomados pelo anestesiológista.

A cirurgia transcorria sem nenhuma anormalidade quando, no final da sutura, ouviu-se o alarme do monitor cardíaco. O anestesiológista não estava ao lado da paciente, como deveria, pois se encontrava junto da porta da sala de cirurgia, conversando com outro colega.

Ocorreu, certamente, algum problema na instalação ou regulagem do oxímetro de pulso e do monitor cardíaco, procedimentos esses de responsabilidade do anestesiológista, e que antecedem a infusão dos gases anestésicos. Tanto que os alarmes não estavam nas medidas adequadas, o que, segundo laudo técnico idôneo, em poder do cirurgião, teria acarretado o incidente, haja vista que os alarmes apenas soaram quando a frequência cardíaca da paciente estava em 30 bpm; que, para uma criança de quatro anos, equivale a parada cardíaca. Dr. João Barbalho alega que iniciou a cirurgia logo que foram concluídos os procedimentos iniciais do anestesiológista, mas lamenta o seu afastamento da cabeceira da paciente.

Portanto, Dr. João Barbalho procura demonstrar que não tem qualquer responsabilidade no caso e levanta os seguintes problemas:

- 1 – Os alarmes, monitorados pelo anestesiológista, não estavam adequadamente regulados para os níveis ideais;
- 2 – O anestesiológista estava fora da cabeceira da paciente, conversando com alguém na porta;
- 3 – O anestesiológista tentou inicialmente entubar a paciente, quando na verdade deveria oxigená-la a todo custo e, só então, se necessário, entubá-la.

Posição do Dr. João Barbalho:

Sob nenhuma hipótese aceita responder pelas consequências do incidente, pois, tão logo surgiu o problema, iniciou os procedimentos de reanimação. Está disposto a provar a correção do seu trabalho perante o Conselho de Medicina ou junto a qualquer juízo ou tribunal. Evita acusar, diretamente, o colega anestesiológista.

Interesse:

Ser excluído da questão. Ser excluído de um conflito que não lhe diz respeito.

Texto do Dr. Jorge Furtado (Anestesiologista):

Histórico do Caso:

Luíza, de quatro anos de idade, com diagnóstico de hérnia epigástrica (uma patologia congênita, localizada em linha média do abdome, na região entre a cicatriz umbilical e a fúrcula, ou seja, subindo do umbigo até chegar ao osso, podendo se localizar em qualquer parte desse trajeto e ser múltipla), foi operada de forma eletiva; qual seja, marcada sem urgência.

A cirurgia é definida como de pequeno porte, com duração em torno de 15 minutos da incisão à sutura. Normalmente, não há necessidade de entubação endotraqueal, sendo os gases (oxigênio e anestésicos) dados ao paciente por meio de máscara facial ou laríngea, feito acesso venoso para infusão de soro e complementação anestésica.

A operação transcorria sem anormalidade até que, no final da sutura, ouviu-se o alarme do monitor cardíaco. O anestesiologista, Dr. Jorge, vem conferir o que está acontecendo e verifica que a paciente está com uma frequência cardíaca de 30 bpm (batimentos por minuto), o que significa, nesta faixa etária, uma real parada cardíaca, pois, nesta frequência, não há oxigenação adequada do cérebro.

Ao se aperceber do que estava acontecendo, o cirurgião, Dr. João, suspendeu a sutura e iniciou imediata massagem cardíaca, enquanto o anestesiologista tentava realizar, com dificuldade, uma entubação traqueal, pois até o momento a paciente estava com máscara.

Somente após concluída a entubação traqueal, o anestesiologista inicia a oferta de oxigênio, enquanto o cirurgião continua tentando, com massagem cardíaca, aumentar o fluxo sanguíneo. Cerca de quinze minutos após, a paciente volta a apresentar frequência cardíaca e oxigenação adequadas. O restante da sutura é realizado e a paciente encaminhada, ainda sem apresentar nível de consciência satisfatório, para a UTI (Unidade de Terapia Intensiva).

Na UTI a paciente não recupera seu estado normal, permanecendo em coma vígil, ou seja, olhos abertos, porém sem responder a outros estímulos. A avaliação neurológica realizada na paciente demonstrou que ela não deverá recuperar o seu estado normal, necessitando, pois, doravante e permanentemente, de alguém para lhe fazer companhia, efetuar a higiene e ministrar a alimentação. Os pais, na busca de solução rápida, procuram uma Câmara de Mediação.

Situação do anestesiológico, Dr. Jorge Furtado:

Antes do início da infusão dos gases anestésicos, instalou o oxímetro de pulso e o monitor cardíaco, e regulou os seus alarmes.

Providenciou, como sempre faz, o acesso venoso, logo após leve sedação da paciente já com o anestésico.

Não sabe por que os alarmes apenas soaram quando a frequência cardíaca da paciente estava inadequadamente em 30 bpm.

Reconhece que deveria ter ficado todo o tempo na cabeceira da paciente até seu despertar, mas alega que, de onde estava, conversando com um colega anestesiológico, podia acompanhar o andamento dos trabalhos.

Alega que, em um outro caso semelhante, preferiu, imediatamente, entubar a paciente, porque entendeu que uma simples oxigenação pela máscara facial poderia falhar, tendo obtido, naquele caso, resultado positivo.

Argumenta que, de fato, no caso em exame, tentou inicialmente entubar a paciente, no que enfrentou algumas dificuldades, o que pode haver acarretado aquela situação. Caso seja questionado, será capaz de reconhecer que teria sido mais correto primeiro oxigenar a paciente, a todo custo e, só então, se necessário, entubá-la.

Confessa-se surpreso em ter acontecido fato como este em uma operação tão corriqueira. Mas insiste que agiu com responsabilidade e que fez o possível para salvar Luíza. Compareceu à sessão de mediação acompanhado da sua esposa Joana, que é psicóloga atuante. Jorge auferia uma renda mensal de R\$ 3.000,00. O jovem casal tem dois filhos menores, e não dispõe de poupança ou patrimônio.

Posição do Dr. Jorge:

Assumir o pagamento de um valor mensal compatível com a sua renda, até que Luíza atinja a maioridade.

Interesse:

Resolver, sigilosamente, este conflito, para que não seja afetado o seu conceito profissional.

4.º CASO – DO CONFLITO DE FUNÇÕES

Texto de Nabuco:

Histórico do Caso:

O Grupo Empresarial Álvares Cabral, fabricante de artefatos de papel, continua empenhado no aumento da sua competitividade. Tem reduzido, drasti-

camente, a sua estrutura piramidal, na perspectiva de uma administração cada vez mais cooperativa e integrada. Resolveu, também, descentralizar para as suas várias Unidades Industriais as atividades administrativas que melhor se prestem a ser ali desenvolvidas. Os diretores afirmam que cada Unidade deve assumir responsabilidades e adotar a atitude que teria se fosse uma empresa independente; devendo ser avaliada consoante critérios objetivos, inclusive mediante a comparação dos seus resultados com os das demais unidades. Ocorre que, em passado recente, o Grupo Industrial era muito centralizado. Quase tudo que não era atividade propriamente industrial se resolvia no Escritório Central.

Nos últimos anos os quadros e atividades do Escritório Central foram sendo reduzidos, enquanto as Unidades iam assumindo novas responsabilidades. As pessoas do Escritório Central continuam se comportando como se fora a própria elite da organização. Mas as pessoas das Unidades se vêm em vantagem no contato direto com a alta administração. Há um conflito latente nas relações entre os executivos das Unidades e os do Escritório Central. Embora o Departamento Jurídico seja central e, portanto, lotado no Escritório Central, algumas atividades de advogado são exercidas no âmbito da Unidade. É o caso da advocacia trabalhista. Cada Unidade cuida dos seus processos trabalhistas. No entanto, o Departamento Jurídico central é responsável pela orientação técnica. Assim, os advogados trabalhistas lotados na Unidade estão hierarquicamente subordinados à administração da Unidade, mas estão tecnicamente subordinados à orientação do Departamento Jurídico.

Eis o conflito que surgiu: em pleno corredor da Justiça do Trabalho, na presença de pessoas do Grupo Concorrente, o advogado Joaquim Nabuco, do Departamento Jurídico do Escritório Central do Grupo, repreendeu, rispidamente, o advogado Chico Veloso, designado pelo Gerente da Unidade Fábrica Papel I. Segundo Nabuco, Veloso teria desacatado a sua orientação na condução de processo trabalhista. Na audiência de conciliação, Chico Veloso, nas palavras de Nabuco, teria se precipitado no fechamento de um acordo altamente lesivo aos interesses da empresa.

Nabuco, de modo incisivo, afirmou que Chico Veloso era um despreparado e que a sua precipitação teria comprometido a obtenção de um melhor resultado para o Grupo Empresarial. Revoltado, Chico Veloso replicou, afirmando que estava ali obedecendo à orientação do Gerente da Unidade, vez que a Unidade estava muito insegura quanto à atuação dos integrantes do Departamento Jurídico, que não conheciam a realidade laboral dos empregados lotados na Unidade. Na troca de insultos que se seguiu, Chico Veloso chegou a qualificar Joaquim Nabuco de “preguiçoso e arrogante”. No que foi chamado de “rábula insolente”.

Situação de Nabuco:

Está há vinte e cinco anos no Departamento Jurídico da empresa e costuma afirmar que não estaria há tanto tempo em tão conceituada organização se não fosse competente. Especialmente porque, inicialmente com vinte advogados, o Departamento Jurídico estava, agora, com apenas oito e o boato era de que o objetivo era deixá-lo com apenas cinco. Acentua que, embora esteja ocorrendo uma descentralização das atividades de acompanhamento de processos, as orientações conceituais, as estratégias de ação jurídica, devem emanar do Departamento Jurídico, vinculado, diretamente, ao Diretor Administrativo do Grupo. Consoante o costume da casa, sempre que surge fato jurídico novo – fato que ultrapassa a rotina processual –, o Departamento Jurídico é consultado. Assim – alega Nabuco –, há uma evidente ascendência do Departamento Jurídico sobre os advogados e prepostos indicados pelas Unidades Industriais para acompanhamento dos processos do seu particular interesse.

Afinal de contas, o Presidente do Grupo costuma cobrar do Diretor Administrativo qualquer insucesso nas causas trabalhistas. Em todos os processos trabalhistas, o Diretor Administrativo continua exigindo que, na medida do possível, um advogado do Departamento Jurídico acompanhe o seu andamento, mesmo quando haja advogado da unidade designado para o mesmo fim. Essa medida é tomada por razões de segurança, haja vista que os advogados das Unidades são, por definição, menos experientes.

Alega, também, Nabuco, que os problemas trabalhistas na Unidade Fábrica Papel I têm estado acima da média das demais unidades similares, o que denota a existência de uma situação que exige especial cuidado do Departamento Jurídico, inclusive na investigação das possíveis causas. Tudo indica que o Gerente da Unidade, cioso na busca de melhores resultados, entra facilmente em conflito com os seus subordinados. Nabuco não está disposto a perdoar a ofensa e comunica o fato ao seu Diretor que solicita uma mediação do conflito entre Nabuco e Veloso. Nabuco quer uma punição para Veloso.

Posição de Nabuco:
exigir a punição a Veloso.

Interesse de Nabuco:
ter reconhecida a sua competência profissional.

Texto de Veloso:

Histórico do Caso:

O Grupo Empresarial Álvares Cabral, fabricante de artefatos de papel, continua empenhado no aumento da sua competitividade. Tem reduzido, drasticamente, a sua estrutura piramidal, na perspectiva de uma administração cada

vez mais cooperativa e integrada. Resolveu, também, descentralizar para as suas várias Unidades Industriais as atividades administrativas que melhor se prestem a ser ali desenvolvidas. Os diretores afirmam que cada Unidade deve assumir responsabilidades e adotar a atitude que teria se fosse uma empresa independente; devendo ser avaliada consoante critérios objetivos, inclusive mediante a comparação dos seus resultados com os das demais unidades. Ocorre que, em passado recente, o Grupo Industrial era muito centralizado. Quase tudo que não era atividade propriamente industrial se resolvia no Escritório Central.

Nos últimos anos os quadros e atividades do Escritório Central foram sendo reduzidos, enquanto as Unidades iam assumindo novas responsabilidades. As pessoas do Escritório Central continuam se comportando como se fora a própria elite da organização. Mas as pessoas das Unidades se vêem em vantagem no contato direto com a alta administração. Há um conflito latente nas relações entre os executivos das Unidades e os do Escritório Central. Embora o Departamento Jurídico seja central e, portanto, lotado no Escritório Central, algumas atividades de advogado são exercidas no âmbito da Unidade. É o caso da advocacia trabalhista. Cada Unidade cuida dos seus processos trabalhistas. No entanto, o Departamento Jurídico central é responsável pela orientação técnica. Assim, os advogados trabalhistas lotados na Unidade estão hierarquicamente subordinados à administração da Unidade, mas estão tecnicamente subordinados à orientação do Departamento Jurídico.

Eis o conflito que surgiu: em pleno corredor da Justiça do Trabalho, na presença de pessoas do Grupo Concorrente, o advogado Joaquim Nabuco, do Departamento Jurídico do Escritório Central do Grupo, repreendeu, rispidamente, o advogado Chico Veloso, designado pelo Gerente da Unidade Fábrica Papel I. Segundo Nabuco, Chico Veloso teria desacatado a sua orientação na condução de processo trabalhista. Na audiência de conciliação, Chico Veloso, nas palavras de Nabuco, teria se precipitado no fechamento de um acordo altamente lesivo aos interesses da empresa.

Nabuco, de modo incisivo, afirmou que Chico Veloso era um despreparado e que a sua precipitação teria comprometido a obtenção de um melhor resultado para o Grupo Empresarial. Revoltado, Chico Veloso replicou, afirmando que estava ali obedecendo à orientação do Gerente da Unidade, vez que a Unidade estava muito insegura quanto à atuação dos integrantes do Departamento Jurídico, que não conheciam a realidade laboral dos empregados lotados na Unidade. Na troca de insultos que se seguiu, Chico Veloso chegou a qualificar Joaquim Nabuco de “preguiçoso e arrogante”. No que foi chamado de “rábula insolente”.

Situação de Veloso:

Como consequência da descentralização das atividades do Grupo Álvares Cabral, Veloso foi contratado para integrar o núcleo jurídico da Unidade Fá-

brica Papel I. Dita unidade opera, a exemplo das demais, como uma empresa independente. Tem a responsabilidade de, mensalmente, apresentar os resultados obtidos. Superávit ou perda. E o passivo trabalhista concorre para reduzir os ganhos operacionais. Assim, em vista de tantas reclamações, o Gerente da Unidade está muito atento no acompanhamento das causas trabalhistas. Chico Veloso, apesar de novo na Unidade, tem-se revelado um profissional dedicado, ativo e competente, sempre atento a prazos e habilidoso no trato com os juizes. Graças a ele e aos outros colegas advogados lotados na Unidade, o passivo trabalhista vem sendo reduzido.

Ademais, com a redução dos advogados do Departamento Jurídico do Escritório Central, não é mais possível confiar na disponibilidade de alguém dali em todas as situações. Enfim, é voz corrente que não cabe ao Departamento Jurídico o acompanhamento desses processos, muito embora as dúvidas e questões jurídicas novas devam ser esclarecidas com o seu apoio.

Daí por que Veloso, como de costume, tomou as iniciativas que lhe cabiam e, com a rapidez e esperteza que o caracterizam, encaminhou a negociação, concretizando um acordo bastante razoável. Está perplexo e preocupado com as repercussões do seu desentendimento com o colega Nabuco. Afinal, Nabuco é ligado à diretoria da empresa e isto pode custar a perda do emprego de Veloso. Embora entre os colegas, lá na Unidade, se comente que Nabuco é preguiçoso e prepotente, Veloso está convencido de que errou ao afirmar isto em público. Após contar o fato ao seu Gerente, foi convencido a aceitar uma Mediação.

Posição de Veloso:

atuar livremente, sem a ingerência de Nabuco.

Interesse de Veloso:

manter o seu bom conceito dentro da organização e garantir uma convivência harmônica com os colegas.

5.º CASO – PEDRO, O FILHO

Texto do solicitante Sílvio (Você é Sílvio)

Histórico do Caso:

Sílvio foi casado com Telma por algum tempo, com quem teve um filho, Pedro. Separou-se, e formou outra família, tendo inclusive já outro filho.

Por diversas vezes quis divorciar-se, mas Telma não quer nem ouvir falar em divórcio, pois diz que não vai dar esse gostinho “à outra”.

Sílvio paga regularmente a pensão de Pedro, porém Telma não permite que ele leve o menino para passar o final de semana em sua casa. Ela diz

que não permite que seu filho frequente a casa de uma mulher que toma o marido dos outros, e muito menos que ele brinque com um “bastardo”.

Sílvio, por pouco não foi às tapas com ela, pois não aceita a situação de não poder levar seu filho para sua casa, até porque queria muito aproximá-lo do seu meio-irmão.

Situação de Sílvio:

Sílvio está aflito com a situação, pois gosta muito do filho e quer acompanhar melhor seu crescimento. Além do mais, quer muito que ele tenha uma convivência, e um bom relacionamento com o meio-irmão.

Não acha justo não poder desfrutar da companhia do filho no seu espaço familiar.

Posição de Sílvio:

Não abre mão de levar Pedro para sua casa, pois para ele, esse é o lugar ideal para os dois se relacionarem nos finais de semana.

Interesse de Sílvio:

Poder passar os finais de semana com Pedro na sua casa, e manter uma relação amigável com Telma.

Texto da solicitada Telma (Você é Telma)

Histórico do Caso:

Sílvio foi casado com Telma por algum tempo, com quem teve um filho, Pedro. Separou-se, e formou outra família, tendo inclusive já outro filho.

Por diversas vezes quis divorciar-se, mas Telma não quer nem ouvir falar em divórcio, pois diz que não vai dar esse gostinho “à outra”.

Sílvio paga regularmente a pensão de Pedro, porém Telma não permite que ele leve o menino para passar o final de semana em sua casa. Ela diz que não permite que seu filho frequente a casa de uma mulher que toma o marido dos outros, e muito menos que ele brinque com um “bastardo”.

Sílvio, por pouco não foi às tapas com ela, pois não aceita a situação de não poder levar seu filho para sua casa, até porque queria muito aproximá-lo do seu meio-irmão.

Situação de Telma:

Telma está angustiada. Pedro é louco pelo pai e sabe que faz o filho sofrer ao proibir suas visitas. Reconhece que Sílvio tem o direito de ver Pedro, mas não admite que este seja levado a conviver com a outra mulher do seu

“marido”, e muito menos de vê-lo brincando com aquele menino: o “filho bastardo”. Acha que este não é um ambiente sadio para o filho.

Posição de Telma:

Telma não admite que Sílvio leve Pedro para a casa da “outra”, e muito menos admite que ele brinque com seu meio-irmão.

Interesse de Telma:

Viver em paz; e principalmente que Sílvio jamais deixe de visitar Pedro, pois sabe como é importante a figura do pai na vida do filho.

6.º CASO – DO MÓVEL

Texto da solicitante Joana (Você é Joana)

Histórico do Caso:

Joana contratou com Sérgio um serviço de marcenaria.

Deu-lhe 50% do valor adiantado para confecção de uma estante de livros.

Ao receber a estante pronta, Joana alega que esta não veio de acordo com o que foi tratado.

O modelo é totalmente diferente e o material usado é de péssima qualidade.

Ela agora exige que Sérgio devolva-lhe o dinheiro. Mas Sérgio diz que não devolve, porque gastou tempo e material para fazer a estante e, por isso, se devolver o dinheiro terá prejuízo. E isso ele não quer ter.

Situação de Joana:

Joana está muito brava, pois fez muitos planos para ter essa estante. Economizou dinheiro com muito sacrifício, desenhou a estante conforme o espaço que dispõe em casa, e agora recebe uma estante totalmente diferente do que combinou com Sérgio.

O valor que dispõe não é suficiente para mandar fazer em outro lugar, e além do mais, não acha justo perder dinheiro assim.

Joana ameaça fazer propaganda negativa da Marcenaria de Sérgio e ir para Juizado Especial de Pequenas Causas.

Posição de Joana:

Ter seu dinheiro de volta para mandar fazer sua estante.

Interesse de Joana:

Ter uma estante conforme o planejado.

Texto de Sérgio (Você é Sérgio)

Histórico do Caso:

Joana contratou com Sérgio um serviço de marcenaria.

Deu-lhe 50% do valor adiantado para confecção de uma estante de livros.

Ao receber a estante pronta, Joana alega que esta não veio de acordo com o que foi tratado.

O modelo é totalmente diferente e o material usado é de péssima qualidade.

Ela agora exige que Sérgio devolva-lhe o dinheiro. Mas Sérgio diz que não devolve, porque gastou tempo e material para fazer a estante e, por isso, se devolver o dinheiro terá prejuízo. E isso ele não quer ter.

Joana ameaça fazer propaganda negativa da Marcenaria de Sérgio e ir para Juizado Especial de Pequenas Causas.

Situação de Sérgio:

Sérgio está revoltado com Joana, pois ela já anda pela vizinhança falando mal da sua marcenaria.

Segundo ele, fez tudo conforme o combinado: tipo de madeira, o tamanho do móvel, as divisórias, etc.; inclusive, pelo preço que foi acertado, era impossível fazer melhor do que fez.

O problema, ao que parece, afirma ele, é que ela pensa uma coisa e diz outra.

Posição de Sérgio:

Não devolver o dinheiro, pois não pode ter prejuízo.

Interesse de Sérgio:

Que Joana receba a estante satisfeita, e assim possa resgatar a imagem da sua marcenaria na comunidade.

7.º CASO – DO MURO

Texto de José (Você é José)

Histórico do Caso:

A Comunidade de Cima está situada em um terreno em declive e apresenta dificuldades no escoamento das águas pluviais. José, que é pintor, mora na casa logo acima, ao lado da casa de Antônio, que é marceneiro. São vizinhos há

muito tempo. Sem qualquer aviso, Antônio resolveu construir um muro entre as duas casas. Esse muro está represando as águas da chuva, o que acarreta o alagamento da sala da casa de José. Este já tentou que Antônio derrubasse o muro. Antônio não concordou. As suas mulheres romperam relações. Ambos aceitaram tentar uma solução para este conflito por intermédio da mediação. Foi escolhida Fátima Lins como mediadora.

Situação de José:

José está revoltado. As águas que constantemente alagam a sua casa já deixaram doentes o seu filho de dois anos e a sua mulher. Ambos com bronquite. Essas águas contaminadas poderão trazer outras complicações de saúde, além do terrível desconforto da eterna molhação e umidade. Exige José, para início de conversa, que o muro seja imediatamente derrubado. E ainda exige que Antônio pague R\$ 200,00 (duzentos reais) a título de indenização pelos incômodos causados à sua família e para fazer face às despesas com remédios.

Posição de José:

Antônio deve derrubar o muro e indenizá-lo.

Interesse de José:

Resolver o problema da água em sua sala e restaurar a relação com Antônio.

Texto de Antônio (Você é Antônio)

Histórico do Caso:

A Comunidade de Cima está situada em um terreno em declive e apresenta dificuldades no escoamento das águas pluviais. José, que é pintor, mora na casa logo acima, ao lado da casa de Antônio, que é marceneiro. São vizinhos há muito tempo. Sem qualquer aviso, Antônio resolveu construir um muro entre as duas casas. Esse muro está represando as águas da chuva, o que acarreta o alagamento da sala da casa de José. Este já tentou que Antônio derrubasse o muro. Antônio não concordou. As suas mulheres romperam relações. Ambos aceitaram tentar uma solução para este conflito por intermédio da mediação. Foi escolhida Fátima Lins como mediadora.

Situação de Antônio:

Antônio vinha tendo problemas com o desaparecimento de ferramentas do terraço onde realiza os seus serviços de marcenaria. Além disso, a sua mulher está pretendendo criar galinhas no quintal. Para evitar outros proble-

mas de furto de ferramentas e proteger as galinhas, construiu um muro em torno de sua casa em seu terreno, tendo o cuidado de não invadir os terrenos dos vizinhos. Está convencido de que não tem qualquer responsabilidade por problemas que possam acontecer na casa do vizinho José.

Posição de Antônio:

Manter o muro e não responder pelos problemas alegados por José.

Interesse de Antônio:

Proteger a sua casa e restaurar as boas relações com o vizinho.

8.º CASO – DO SOM

Texto da solicitante Amélia (Você é Amélia)

Histórico do Caso:

Amélia é vizinha de Denise. Denise tem um filho chamado Artur, que é fã de rock pesado.

Ele vive escutando suas músicas, a toda hora do dia e da noite, num volume tão alto, que está impedindo Amélia de dormir, assistir televisão; e sua filha de estudar.

Amélia chegou a ir à casa de Denise para falar com Artur, mas Denise tomou as dores do filho, e ainda disse para ela que “os incomodados é que se mudem”. Amélia então partiu para agredir Denise, inclusive ameaçou entrar na casa dela para quebrar o som. Acalmados os ânimos, as duas agora vivem como gato e cachorro em meio ao som de Artur, que continua, segundo Amélia, cada vez mais alto.

Situação de Amélia:

Amélia não agüenta mais o barulho da música, chegando a ficar, às vezes, até com dor de cabeça. Não pode dormir, assistir televisão, nem sua filha estudar.

Sua casa é muito pequena, por isso não existe nenhum ambiente em que a música não a incomode.

Posição de Amélia:

Amélia não quer ser incomodada pelo som de Artur.

Interesse de Amélia:

Viver em paz em sua casa, e manter boas relações com a vizinhança.

Texto da solicitada Denise (Você é Denise)

Histórico do Caso:

Amélia é vizinha de Denise. Denise tem um filho chamado Artur, que é fã de rock pesado.

Ele vive escutando suas músicas, a toda hora do dia e da noite, num volume tão alto, que está impedindo Amélia de dormir, assistir televisão; e sua filha de estudar.

Amélia chegou a ir à casa de Denise para falar com Artur, mas Denise tomou as dores do filho, e ainda disse para ela que “os incomodados é que se mudem”. Amélia então partiu para agredir Denise, inclusive ameaçou entrar na casa dela para quebrar o som. Acalmados os ânimos, as duas agora vivem como gato e cachorro em meio ao som de Artur, que continua, segundo Amélia, cada vez mais alto.

Situação de Denise:

Denise está irritada com as agressões de Amélia. A toda hora ela faz escândalos e ameaça invadir sua casa para quebrar o som do menino. Artur não pode mais escutar músicas em paz.

Posição de Denise:

Denise quer que seu filho possa continuar a escutar o seu som, no volume, dia e hora que quiser.

Interesse de Denise:

Acabar com as brigas da vizinha; e que seu filho possa escutar o som em paz.

9.º CASO – DOS GATOS

Texto da solicitante Márcia (Você é Márcia)

Histórico do Caso:

Márcia é vizinha de Socorro. Socorro gosta muito de animais, por isso cria dez gatos.

Márcia queixa-se dos gatos de Socorro, que vivem em cima do seu telhado, a quebrarem e afastarem suas telhas; e a miarem de madrugada, não deixando ninguém dormir.

Sua casa está cheia de goteiras, ela já consertou, mas os gatos fizeram tudo de novo. Ela agora quer que Socorro mande consertar.

Márcia falou com Socorro, mas de nada adiantou. Ela diz que cria quantos gatos quiser, e que ninguém tem nada a ver com isso, pois o dinheiro para sustentá-los é dela.

Márcia, então, ameaçou colocar veneno para matar os gatos. Socorro diz que se ela fizer isso, vai ter que se ver com seu filho, pois ela vai contar tudinho para ele, e aí a confusão vai estar armada.

Situação de Márcia:

Márcia está aflita, pois sua casa está ficando, a cada dia que passa, mais cheia de goteiras, consequentemente úmida, e com mofo nas paredes e móveis.

Seus filhos são alérgicos, e por isso só vivem gripados e cansados. Além dos mais, à noite, é uma zoadeira danada. Os bichanos ficam namorando no telhado e ninguém consegue dormir direito.

Posição de Márcia:

Márcia quer que Socorro mande consertar seu telhado e não quer ver mais nenhum gato por perto.

Interesse de Márcia:

Telhado sem goteiras, livre de gatos, e viver em paz com os vizinhos.

Texto da solicitada Socorro (Você é Socorro)

Histórico do Caso:

Márcia é vizinha de Socorro. Socorro gosta muito de animais, por isso cria dez gatos.

Márcia queixa-se dos gatos de Socorro, que vivem em cima do seu telhado, a quebrarem e afastarem suas telhas; e a miarem de madrugada, não deixando ninguém dormir.

Sua casa está cheia de goteiras, ela já consertou, mas os gatos fizeram tudo de novo. Ela agora quer que Socorro mande consertar.

Márcia falou com Socorro, mas de nada adiantou. Ela diz que cria quantos gatos quiser, e que ninguém tem nada a ver com isso, pois o dinheiro para sustentá-los, e a casa são dela.

Márcia, então, ameaçou colocar veneno para matar os gatos. Socorro diz que se ela fizer isso, vai ter que se ver com seu filho, pois ela vai contar tudinho para ele, e aí a confusão vai estar armada.

Situação de Socorro:

Socorro está angustiada, porque gosta muito dos seus gatos e não admite que ninguém faça mal a eles. Ela é viúva, vive muito sozinha, e os gatos são as suas únicas companhias.

Acha que não foram os seus gatos que danificaram o telhado da vizinha e diz que, mesmo que tenham sido eles, não teria como pagar o conserto.

Posição de Socorro:

Manter a criação de gatos, e não consertar o telhado de Márcia.

Interesse de Socorro:

Poder criar seus gatos em paz e acabar com as brigas da vizinha.

10.º CASO – PARTILHA DE BENS

Texto de Ricardo (Você é Ricardo)

Histórico do Caso:

Ricardo, que é advogado e Romilda Maia, procuradora municipal, após 15 anos de casamento em comunhão de bens, decidiram requerer o divórcio em juízo, ficando a guarda dos dois filhos com a mãe, cabendo a Ricardo pagar uma pensão alimentícia de R\$ 1.000,00. Mas não chegaram a um acordo quanto à partilha dos bens. Em virtude desse impasse, comunicaram aos respectivos advogados que haviam decidido procurar uma instituição especializada em administração de mediações, onde escolheram, de comum acordo, um mediador de confiança e capacitado.

Na reunião inicial, após recebidas as orientações do mediador, fizeram-lhe a entrega de uma relação dos bens que estavam dando origem à discórdia, como segue:

- a) Uma casa de quatro quartos e demais dependências, em bairro nobre, onde a divorciada continuava morando com os três filhos, que, segundo Ricardo, vale R\$ 240.000,00 e que, segundo Romilda, vale R\$ 180.000,00.
- b) Uma pequena casa, de dois quartos, em bairro popular, que pertencera aos pais de Ricardo, e onde ele se encontra enquanto não se resolve o problema da partilha, e que, segundo este, vale R\$ 10.000,00, mas que, conforme Romilda, vale R\$ 20.000,00.
- c) A biblioteca jurídica, herdada por Ricardo de seu pai, também advogado, abrangendo 2.000 exemplares que ele estimava em R\$ 20.000,00, enquanto Romilda lhe atribuía o valor de R\$ 40.000,00.

- d) O título de sócio do Clube Náutico, avaliado em R\$ 10.000,00.
- e) Um automóvel Honda Civic, modelo 2002, avaliado em R\$ 30.000,00.
- f) Uma aplicação financeira em banco oficial, no montante de R\$ 35.000,00.

Além das divergências quanto aos valores atribuídos por cada um aos bens comuns, constatam-se toda uma má vontade, todo um ambiente de acusações de parte a parte, o que dificulta o trabalho do mediador. Mas o fato de haverem procurado a mediação denotava que, no fundo, ambos gostariam de obter a solução para aquele impasse.

Situação de Ricardo:

Exige Ricardo, para início de conversa, que a casa de maior valor seja vendida, dividindo-se por igual o produto dessa venda. E que fique para ele tanto a casa pequena, onde se encontra provisória e precariamente residindo, quanto a biblioteca, herdadas dos seus pais, desde que pelos valores por ele atribuídos de R\$ 10.000,00 e R\$ 20.000,00, respectivamente. Aceita que, em compensação, Romilda fique com o Honda, de igual valor. Propõe que Romilda, a quem coube a guarda dos filhos, vá com eles para a casa dos pais dela, até que seja adquirido, com metade do valor da casa a ser vendida, um apartamento em nome dos filhos, onde mãe e filhos residirão. Continuará pagando a pensão alimentícia, ajustada judicialmente, aos dois filhos e, com o produto que lhe couber da casa, acrescido do produto da venda de outros bens que lhe couberem, espera comprar uma casa ou apartamento decente para ele próprio morar.

Posição de Ricardo:

A sua proposta deve ser aceita.

Interesse de Ricardo:

Resolver o problema da melhor maneira possível.

Texto de Romilda (Você é Romilda)

Histórico do Caso:

Ricardo, que é advogado e Romilda Maia, procuradora municipal, após 15 anos de casamento em comunhão de bens, decidiram requerer o divórcio em juízo, ficando a guarda dos dois filhos com a mãe, cabendo a Ricardo pagar uma pensão alimentícia de R\$ 1.000,00. Mas não chegaram a um acordo quanto à partilha dos bens. Em virtude desse impasse, comunicaram aos

respectivos advogados que haviam decidido procurar uma instituição especializada em administração de mediações, onde escolheram, de comum acordo, um mediador de confiança e capacitado.

Na reunião inicial, após recebidas as orientações do mediador, fizeram-lhe a entrega de uma relação dos bens que estavam dando origem à discórdia, como segue:

- a) Uma casa de quatro quartos e demais dependências, em bairro nobre, onde a divorciada continuava morando com os três filhos, que, segundo Ricardo, vale R\$ 240.000,00 e que, segundo Romilda, vale R\$ 180.000,00.
- b) Uma pequena casa, de dois quartos, em bairro popular, que pertencera aos pais de Ricardo, e onde ele se encontra enquanto não se resolve o problema da partilha, e que, segundo este, vale R\$ 10.000,00, mas que, conforme Romilda, vale R\$ 20.000,00.
- c) A biblioteca jurídica, herdada por Ricardo de seu pai, também advogado, abrangendo 2.000 exemplares que ele estimava em R\$ 20.000,00, enquanto Romilda lhe atribuía o valor de R\$ 40.000,00.
- d) O título de sócio do Clube Náutico, avaliado em R\$ 10.000,00.
- e) Um automóvel Honda Civic, modelo 2002, avaliado em R\$ 30.000,00.
- f) Uma aplicação financeira em banco oficial, no montante de R\$ 35.000,00.

Além das divergências quanto aos valores atribuídos por cada um aos bens comuns, constata-se toda uma má vontade, todo um ambiente de acusações de parte a parte, o que dificulta o trabalho do mediador. Mas o fato de haverem procurado a mediação denotava que, no fundo, ambos gostariam de obter a solução para aquele impasse.

Situação de Romilda:

Não admite e considera uma ofensa essa atitude de Ricardo em querer, a qualquer custo, vender a casa da família. Ali ela se encontra bem instalada, ao lado dos filhos. Alega que os filhos, os maiores prejudicados, não querem sair da casa. Entende que, mantendo os filhos na casa, o trauma da separação dos pais é minimizado. Defende que, com a partilha dos bens, metade da casa seja doada aos filhos, com usufruto vitalício em seu favor, ficando em seu nome a outra metade.

Não se importa que o restante dos bens fique com Ricardo. Segundo ela, quanto ao futuro, Ricardo, homem e advogado que é, tem muito mais condições de ganhar dinheiro do que ela, mulher e Procuradora Municipal.

Além do mais, a pensão dos filhos, no montante de R\$ 1.000,00, seria insuficiente.

Posição de Romilda:

Não sai da casa e quer uma pensão maior para os filhos.

Interesse de Romilda:

Preservar o bem-estar e garantir uma boa educação para os filhos.

11.º CASO – DA CRENÇA RELIGIOSA

Texto da solicitante Helena (Você é Helena)

Histórico do Caso:

Alice e Helena são vizinhas há muito tempo. Até meses atrás freqüentavam juntas terreiros de Umbanda, chegando, inclusive, a fazerem alguns despachos numa encruzilhada, próxima à casa delas.

Alice, no entanto, há cerca de dois meses, tornou-se evangélica e não admite, de forma alguma, que Helena continue a fazer os despachos naquela encruzilhada, que é esquina com a casa dela.

Foi falar-lhe, mas ao fazê-lo, xingou-a várias vezes dizendo que aquilo era coisa de Satanás, e ainda ameaçou destruir “O Trabalho” e dar-lhe uma surra, caso ela continue.

Agora a situação está insuportável, pois toda vez que Helena passa pela casa de Alice, é insultada por ela e pelos seus filhos. Além do mais, montaram uma guarda para não deixar Helena fazer seus despachos.

Situação de Helena:

Helena está indignada, pois acha que tem todo o direito de fazer seus “trabalhos” naquela encruzilhada, já que a outra mais próxima, situa-se a três quarteirões de sua casa, ficando, dessa forma, inviável sua prática.

Ela acha que cada um tem a religião que quer. Se ela é umbandista, ninguém tem nada a ver com isso.

Posição de Helena:

Helena está irredutível, pois quer continuar a fazer seus despachos, e naquela encruzilhada.

Interesse de Helena:

Helena deseja viver em paz com a vizinha, mas quer que seja respeitada a sua crença.

Texto da solicitada Alice (Você é Alice)

Histórico do Caso:

Alice e Helena são vizinhas há muito tempo. Até meses atrás freqüentavam juntas terreiros de Umbanda, chegando, inclusive, a fazerem alguns despachos numa encruzilhada, próxima à casa delas.

Alice, no entanto, há cerca de dois meses, tornou-se evangélica e não admite, de forma alguma, que Helena continue a fazer os despachos naquela encruzilhada, que é esquina com a casa dela.

Foi falar-lhe, mas ao fazê-lo, xingou-a várias vezes dizendo que aquilo era coisa de Satanás, e ainda ameaçou destruir “O Trabalho” e dar-lhe uma surra, caso ela continue.

Agora a situação está insuportável, pois toda vez que Helena passa pela casa de Alice, é insultada por ela e pelos seus filhos. Além do mais, montaram uma guarda para não deixar Helena fazer seus despachos.

Situação de Alice:

Alice, por ser evangélica, não admite ver, praticamente na sua porta, despachos de Umbanda, pois acha que isso é coisa de Satanás e que, sendo assim, só atrai coisa ruim. Está até desconfiada que, ultimamente, Helena está fazendo despachos para lhe prejudicar, pois anda meio adoentada.

Posição de Alice:

Impedir que Helena faça seus trabalhos de Umbanda na esquina de sua casa.

Interesse de Alice:

Viver em paz com a vizinhança e não encontrar mais despachos de Umbanda na esquina de sua casa.



CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito na modernidade deste início de século XXI, tendo que lidar com a complexificação funcional, é levado a aumentar os seus encargos, o que significa mais legalização, burocratização e judicialização, ao passo que a sociedade complexa que o justifica demanda a diferenciação funcional, que contemple uma pluralidade de meios e a co-responsabilidade, no ambiente de uma moral pós-convencional.

Estamos, pois, em face de novos e renovados valores. Os novos procedimentos do direito, no sentido da efetividade do acesso à justiça, não dispensam o campo normativo e coativo. Mas comportam um espaço de estruturação e atuação jurídica, preventiva e multidisciplinar, desenvolvido com instrumentos relativamente autônomos, que suplementem o sistema formal e coativo do Estado.

Em suma, sem se excluir do sistema político-jurídico estatal, impõe-se, cada vez mais, aquela atuação multidisciplinar, mediadora, situada no mundo da vida, no plano da persuasão de uma consciência moral emancipatória (em rede), algo que se antecipe ou complemente (ou suplemente) o jurídico-formal, fruto do protagonismo de seres humanos livres, iguais e responsáveis, sob instituições democráticas.

Neste livro esperamos haver demonstrado a relevância da mediação de conflitos como instrumento do poder comunicativo em sociedade democrática, especialmente como instrumento de prevenção da violência por meio da comunicação construtiva e da restauração instrumental, permanente, dos vínculos afetivos comunitários, familiares, corporativos, ambientais e internacionais. E que esta é uma das vias de concretização do acesso efetivo à justiça e à segurança, direitos humanos fundamentais.

Tudo isto no âmbito de uma mudança paradigmática das instituições vinculadas à condução de conflitos – incluídos aí os operadores do direito e os membros do Poder Judiciário – que supere a cultura de dominação patrimonialista, elitista, em direção a uma cultura emancipatória, de paz e direitos humanos.

Propomos o estudo e a discussão desses novos programas, modelos, princípios e processos de mediação e justiça restaurativa, com vistas a incorporá-los, efetivamente, à nossa prática quotidiana e às políticas de Estado.

Acreditamos que, à medida que saibamos lidar com os nossos conflitos, estaremos habilitados a contribuir para a abertura dos espaços para essa cultura emancipatória, de paz e direitos humanos, imprescindível ao desenvolvimento e ao nosso futuro ecológico sobre a terra.

Jean-François Six expressa, poeticamente, esse espaço mediador, no seu livro *Dinâmica da mediação*:¹ “Como fazer para que aqueles que são marcados pela solidão, pela indiferença do outro, possam reintegrar-se à sociedade? Como manter os valores do individualismo moderno, fundados sobre o primado do privado, ao mesmo tempo estabelecendo a ligação, a coerência e a coesão sociais? Como conciliar os valores da República, os valores cidadãos, com esse individualismo? Estão ali os desafios colocados à nossa sociedade, na aurora do novo milênio. Individualizar e integrar: levar junto os dois dinamismos; pois há aqui um dinamismo que distingue impedindo a confusão, ao mesmo tempo em que há um dinamismo que aproxima, suscitando a ligação. E os dois dinamismos têm, não somente de coexistir, mas de concertar-se. Para que eles possam assegurar sua dupla tarefa, precisam de um terceiro, de um espaço onde se confrontar livremente. Espaço necessário para que eu possa discernir, me decidir; esse espaço, eu posso empregá-lo numa reflexão solitária, posso vivê-lo também com um terceiro, do qual a presença discreta, aberta, respeitosa, não virá preencher meu espaço, mas virá, ao contrário, multiplicá-lo”.

Enfim, esperamos que este livro, de algum modo, possa contribuir para o aprendizado de um novo agir comunicativo, que previna a violência, capacite os mediadores de conflitos e flexibilize a atuação estatal.

¹ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Roberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 278-279.

ANEXOS

ANEXO I

PROJETO DE LEI DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL – COMENTÁRIOS

O Projeto de Lei 4.827 – C, de 1988, de iniciativa da Deputada Zulaiê Cobra, que redundou numa versão consensuada, aprovada na Câmara dos Deputados em 30 de outubro de 2002, foi apreciado pelo Senado que, em 12 de julho de 2006, consoante Parecer 2106 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania,¹ aprovou Substitutivo que comentaremos adiante, artigo por artigo ou conjuntos de artigos.

¹ Eis o Parecer 2106, de 12 de julho de 2006, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara 94, de 2002 (n. 4.827, de 1998, na Casa de Origem), que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

“I – Relatório:

Vem ao exame desta Comissão o Projeto de Lei da Câmara 94, de 2002 (n. 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.

A proposição traz a disciplina jurídica da mediação – judicial ou extrajudicial –, definida como atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

O projeto contempla a possibilidade de mediação em toda matéria que a lei civil ou penal admita conciliação, reconciliação ou transação, apontando como mediadores, tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, que, nos termos de seu objeto social, se dediquem ao exercício da mediação.

Na Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação, não tendo sido interposto o recurso a que alude o inciso I, do § 2.º do art. 58 da Constituição Federal, sendo então remetido a esta Câmara Alta para revisão, a teor do que dispõe o art. 65 da Constituição da República.

Nesta Casa, a proposição não recebeu emendas. Entretanto, o Senador Eduardo Suplicy apresentou na última reunião da CCJ (08/03/2006) Voto em Separado, que também constituirá objeto desta análise.

II – Análise:

Os requisitos formais e materiais de constitucionalidade são atendidos pelo Projeto de Lei da Câmara 94, de 2002, merecendo registro que é competência privativa da União legislar

Comentários ao Projeto de Lei da Câmara 94, de 2002 (n. 4.827, de

sobre direito processual (CF/1988, art. 22, inciso I). Da mesma forma, no que concerne à juridicidade, a proposta se revela isenta da necessidade de reparos.

Quanto ao mérito, porém, cremos que o avanço trazido pela proposição afigura-se tímido. Cabe salientar que, hoje, se vive no Brasil momento especialmente favorável às iniciativas que buscam desafogar o Poder Judiciário, trazendo à luz mecanismos modernos de solução alternativa de conflitos.

Não podemos nos furtar à menção do novíssimo inciso LXXVIII do art. 5.º da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004 – Reforma do Judiciário), que estatui que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ora, essa norma programática é que nos anima a perseguir avanços ainda maiores na legislação acerca da mediação.

Nesse sentido, mantivemos intenso diálogo com instituições públicas e representantes da sociedade civil, e recebemos diversas sugestões de aperfeiçoamento da proposta ora relatada, merecendo destaque as sugestões do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil e do Centro de Administração de Conflitos.

As sugestões diferem parcialmente do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, justamente por avançar na disciplina jurídica da mediação, classificando-a em judicial ou extrajudicial e prévia ou incidental. Outrossim, as sugestões contemplam a formação e seleção dos mediadores, trazendo linhas gerais sobre o Registro de Mediadores, que dará aos interessados – e à sociedade, em última análise – a indispensável segurança para eleger mediadores, com a garantia de que a pessoa ou instituição escolhida goza de reputação ilibada e vasta experiência na atividade.

Como fruto dessa interação, apresentamos substitutivo, que entendemos disciplinar de forma mais abrangente o instituto da mediação, avançando em alguns pontos que o projeto original aprovado pela Câmara dos Deputados não contemplava, mas sem atentar contra o seu espírito, ressalva feita à mediação penal, que não concordamos deva integrar o texto.

Especificamente quanto à mediação em matéria penal, deve ser feito o registro de que vige nesta seara o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que, embora sofra temperamentos, merece um detalhamento incompatível com o texto aprovado pela Câmara dos Deputados. Em verdade, o membro do Ministério Público, que é o dominus litis da ação penal pública, dispõe de ‘discrecionabilidade vinculada’ quanto à transação penal ou à suspensão condicional do processo, de modo que, para o seu efetivo exercício, é indispensável que a lei traga de forma minuciosa as suas hipóteses de cabimento.

Nosso substitutivo é estruturado em seis capítulos: I – modalidades de mediação; II – dos mediadores; III – do registro dos mediadores e da fiscalização e controle da atividade de mediação; IV – da mediação prévia; V – da mediação incidental; e VI – disposições finais.

No Capítulo I, definimos a atividade de mediação, e estabelecemos suas modalidades em prévia ou incidental e judicial ou extrajudicial (art. 3.º), assentando que ela será sempre sigilosa, salvo convenção das partes (art. 6.º) e que o termo de transação lavrado pelo mediador e assinado por ele e pelos interessados poderá ser homologado pelo juiz e consistirá em título executivo judicial (art. 7.º).

No Capítulo II, trouxemos a disciplina jurídica dos mediadores, assentando quem pode ser mediador judicial (art. 10), extrajudicial (art. 11) e co-mediador (art. 15), outorgando atribuições à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às instituições especializadas previamente credenciadas pelos Tribunais de Justiça para treinar e selecionar candidatos à função de mediador (art. 14).

Este, sem dúvida, é ponto sensível para o sucesso da mediação, pois é fundamental a habilidade pessoal do mediador para apaziguar os ânimos e buscar uma solução consensual do conflito.

1998, na origem), na forma do Substitutivo aprovado pela Comissão de

O Capítulo II, outrossim, equipara os mediadores, quando no exercício de suas atribuições, aos funcionários públicos para fins penais (art. 12, *in fine*), e aos auxiliares da justiça, para todos os fins (art. 12), impondo-lhes os deveres de imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade (art. 13).

No Capítulo III, tratamos do Registro de Mediadores, mantido pelos Tribunais de Justiça (art. 16), a quem caberá normatizar o processo de inscrição dos mediadores que atuarão no âmbito de sua jurisdição (art. 16, § 1.º). Ademais, inserimos disposição que impõe aos Tribunais de Justiça a sistematização dos dados dos mediadores e a sua publicação para fins estatísticos (art. 16, § 4.º).

Neste ponto, optamos por tornar a inscrição no Registro de Mediadores obrigatória para o exercício da atividade de mediação, seja judicial ou extrajudicial. Tal fato se deve à necessidade de se ter o efetivo controle do trabalho dos mediadores, de modo a assegurar aos que optarem pela prevenção ou solução de seus conflitos pela mediação, que o terceiro que escolherem para conduzir os trabalhos gozará dos atributos que a lei exige. Tal providência será útil, ainda, para que haja rigoroso controle estatístico.

Além disso, com o controle do Registro de Mediadores pelo Tribunal de Justiça do Estado, será possível punir efetivamente os mediadores que apresentarem desvios de conduta e banílos do exercício da atividade de mediação, impedindo que maus mediadores inviabilizem a incorporação da mediação na cultura dos brasileiros.

Ademais, está descrita a forma de fiscalização e controle da atividade de mediação. Aqui, arrolamos hipóteses de impedimento dos mediadores e condutas passíveis de censura (arts. 20 a 24), trazendo linhas gerais sobre o processo administrativo a que se submeterão os mediadores (art. 25). Cabe registrar a disciplina especial trazida para os mediadores judiciais, que submeter-se-ão ao controle efetuado pela Ordem dos Advogados do Brasil (art. 18).

Outrossim, no Capítulo III estão enumeradas as hipóteses de exclusão do Registro de Mediadores, e a cláusula de vedação de recadastramento do mediador excluído por conduta inadequada, em qualquer local do território nacional (art. 24, § 2.º).

No Capítulo IV, acolhendo quase integralmente as propostas da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul e do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, disciplinamos a mediação prévia.

No Capítulo V, contribuiu a solidez dos argumentos esposados nas sugestões da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, no sentido de tornar obrigatória a tentativa de mediação incidental. Neste sentido, a obrigatoriedade da mediação incidental pode ter o condão de estimular a autocomposição e desafogar as varas de primeira instância.

Por fim, o Capítulo VI traz disposições finais, de caráter geral, estatuinto que a atividade do mediador será sempre remunerada e estabelecendo o prazo de 180 dias para os Tribunais de Justiça expedirem as normas regulamentadoras que viabilizem o início das atividades.

Como já foi dito, foi apresentado, na última reunião desta Comissão, relatório substitutivo de autoria do ilustre senador Eduardo Suplicy, espelhando posicionamento do Ministério da Justiça e, conforme acordado com o nobre colega, reapresento meu parecer com nova redação contemplando e acatando em parte as propostas ora apresentadas.

III – Voto:

Com as considerações precedentes de que ressaltam a constitucionalidade, juridicidade, oportunidade e conveniência da proposta, votamos pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara 94, de 2002 (n. 4.827, de 1998, na origem), na forma do substitutivo...

IV – Decisão da Comissão:

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em Reunião Ordinária realizada nesta data, decide pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara 94, de 2002, na forma da Emenda n. 1-

Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências.

1. Disposições Gerais

Art. 1.º Esta Lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.

Comentário: uma primeira questão se apresenta ao intérprete. O enunciado refere que a lei “institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências”. Já o art. 1.º refere que a lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil. Em verdade, a mediação, grosso modo, é uma negociação com a colaboração de um terceiro, denominado mediador. As negociações e mediações – desde que compatíveis com os princípios de ordem pública e os bons costumes – ocorrem no campo da autonomia da vontade, e, como tais, são realizadas independentemente de legislação específica. Assim, instituições da sociedade civil, entre nós o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, há muito vêm recomendando regulamentos e códigos de ética para mediadores. E nesses modelos de códigos de ética sempre se reconheceu a necessidade de uma capacitação dos mediadores, para que princípios pudessem ser protegidos, a exemplo dos princípios da independência, da aptidão e da credibilidade.

Nesse sentido, a lei, conforme se verá adiante, além de enunciar os princípios, prevê a fixação de critérios de capacitação, avaliação e cadastramento de mediadores. Pergunta-se, então: os dispositivos da lei aplicam-se, apenas, como parece dispor o art. 1.º, à mediação paraprocessual, qual seja, aquela que se pratica com vistas e sob o controle do Poder Judiciário e, portanto, paraprocessualmente, ou também se aplicam à mediação independente, aquela que é realizada pura e simplesmente, no âmbito da autonomia negocial?

Será razoável entender-se como atividade irregular ou ilegal, a mediação realizada por alguém capaz, apto, imparcial e idôneo, livremente escolhido por pessoas capazes ou empresas em conflito e que por esse trabalho receba alguma remuneração, só pelo fato de esse mediador não estar cadastrado perante o Tribunal de Justiça? O acordo que se obtenha, na presença de testemunhas e devidamente formalizado, poderia estar inquinado de nulidade na hipótese

CCJ (Substitutivo), e das Emendas n. 1 a 3, de autoria do Senador Juvêncio da Fonseca, e da Emenda n. 4, de autoria do Senador Aloizio Mercadante, consolidadas no Substitutivo...”

de, em seu corpo, constar que foi obtido com o apoio de um terceiro, não cadastrado, que atuou como mediador? Não vemos como, pois a prática da mediação, no mundo das comunidades e dos negócios, não constitui ou supõe profissão ou regulação. Na hipótese aqui referida, as pessoas não incidem em proibição ou obrigação, estando sob o modal permitir, qual seja naquela situação jurídica que protege a expressão de liberdades.

Entendemos, pois, que a lei efetivamente regula, e somente regula, a atividade de mediação definida como paraprocessual.

Art. 2.º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Comentário: a definição de mediação contida neste artigo é incompleta. Com efeito, a mediação é uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial, previamente escolhido ou aceito pelas partes interessadas. De fato, esse terceiro escuta e estimula as partes, sem apresentar soluções. A orientação deve resumir-se à transmissão das técnicas e posturas que os mediandos devem observar para garantir uma boa dinâmica. Portanto, a orientação a que se refere o artigo 2.º deve limitar-se às informações a propósito do que consiste a mediação e de como deve ser a comunicação entre os mediandos.

Deve-se destacar, também, que esse artigo, ao contemplar os primados da liberdade de escolha, da escuta e ao vedar a apresentação de soluções pelo mediador, afasta-se da conciliação. Mas não exige este ou aquele modelo de mediação, podendo, o mediador adotar abordagem satisfativa (focada no acordo) ou transformativa (focada na relação), consoante as circunstâncias do conflito.

Lembramos que, para as pessoas que mantêm vínculos de relações continuadas e complexas, a mediação transformativa, focada na relação, será mais recomendável.

Art. 3.º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Comentário: sobre a qualidade dos mediadores veremos, adiante, que se trata da distinção entre mediador advogado (mediador judicial), indicado pela OAB, ou mediador independente cadastrado (mediador extrajudicial), pessoa de qualquer outra procedência ou profissão.

Art. 4.º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Comentário: em se tratando de construção de consensos, os acordos obtidos podem ser submetidos à homologação judicial. Com isto, nada impede que se adote a mediação para facilitar a solução de questões envolvendo matéria de ordem pública, desde que respeitados os limites da ordem pública. A aplicabilidade da mediação é, desenganadamente, mais ampla do que a da arbitragem (Lei 9.307/1996).

Art. 5.º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Comentário: é muito importante este dispositivo, não apenas porque acolhe o princípio da autonomia da vontade, mas porque afirma, indiretamente, a possibilidade da mediação no tocante a matérias que envolvem, ao mesmo tempo, direitos disponíveis, que podem ser objeto de negociação e indisponíveis, aqueles que decorrem de normas imperativas.

Art. 6.º A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13 e 14.

Comentário: o princípio da confidencialidade, objeto do art. 14, é essencial à mediação. No procedimento de mediação, os mediandos precisam estar seguros de que as revelações, desabafos e proposições apresentadas não serão divulgados ou utilizados, a qualquer título, em qualquer outro ambiente judicial ou não. A confidencialidade também se aplica ao mediador, sob pena do que dispõe o art. 13.

Art. 7.º O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Comentário: constata-se aqui a inclusão do advogado como presença obrigatória na mediação prévia ou incidental e, paralelamente, a dispensa da assinatura

de testemunhas. Mas o advogado ali não atuará como representante da parte. Durante a sessão de mediação, os advogados das partes atuam como assistentes ou consultores jurídicos, que poderão eventualmente subsidiá-las com informações técnicas necessárias à tomada de decisões. É fundamental que os advogados compreendam seu papel durante a sessão de mediação, pois, naquele momento, não se está litigando, mas restabelecendo a comunicação e construindo um diálogo afastado dos padrões coercitivos e adversariais. Caberá ao mediador esclarecer, de plano, o sentido e os papéis dos participantes do procedimento de mediação.

O presente artigo parece confirmar o entendimento de que a presente lei apenas dispõe a respeito de mediação paraprocessual, sem interferência nas mediações independentes (extraprocessuais), situadas na esfera da autonomia privada (negocial).

Art. 8.º A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

Comentário: com efeito, enquanto não homologado pelo juiz, o termo de mediação prévia ou incidental tem, em princípio, eficácia de título executivo extrajudicial.

2. Dos Mediadores

Art. 9.º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.

Comentário: Quanto a ser pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica, estes são requisitos efetivamente necessários. No entanto, experiência prática adequada à natureza do conflito é matéria polêmica. O mediador com adequada formação técnica estará, em princípio, habilitado a atuar em qualquer espécie de mediação. A natureza do conflito não é tão relevante. Relevante é a capacidade do mediador em lidar com as emoções dos mediandos e com o conflito propriamente dito, independentemente do seu objeto. Pois o mediador não precisa ser um especialista na matéria objeto da mediação. Os dados de realidade, a exemplo de critérios técnicos e normas jurídicas a serem consideradas, são elementos de responsabilidade dos mediandos, que poderão contar com o apoio de consultores especializados. Reuniões de mediação poderão ser

suspensas e remarcadas para a obtenção desses dados de realidade. Assim, a experiência prática a que alude esse artigo deve ser entendida como formação técnica suficiente para a atuação em mediações de maior complexidade. Do ponto de vista da mediação, será mais complexa aquela que envolva maior dificuldade transformativa da relação conflituosa.

Art. 10. Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Comentário: ao examinar os artigos 10 a 14, constatamos que a distinção entre mediadores judiciais ou extrajudiciais está no fato de o mediador extrajudicial ser pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação específica em mediação e o mediador judicial ser pessoa com esses mesmos predicados, desde que advogado com, pelo menos, três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, indicado pela OAB. Os demais requisitos, princípios e implicações para o exercício da mediação paraprocessual (judicial ou extrajudicial) são comuns, salvo diferença de procedimento na formalização da mediação prévia (vide comentários aos arts. 29 a 32).

Portanto, judicial ou extrajudicial, o mediador não é aquele especialista que vai resolver determinado problema técnico, elaborar parecer ou proferir decisão. Advogado é advogado, em sua profissão, porém mediador é mediador, independente da profissão. A mera designação de judicial seria o bastante para se dispensar um tratamento distinto ao mediador judicial? Estará aí subjacente a idéia de alguma distinção em eventual tabela de custas?

Há como se inferir que um advogado “com, pelo menos, três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas” será melhor mediador do que um recém inscrito na OAB ou um psicólogo?

Ademais, entende-se, classicamente, como mediação extrajudicial a praticada no mundo da vida, no campo da autonomia da vontade, entre pessoas capazes

de contratar, que livremente confiam a alguém, que lhes pareça idôneo e apto, a incumbência de mediar o seu conflito. Ao denominar como extrajudicial a mediação paraprocessual conduzida por não advogado inscrito no Registro de Mediadores do Tribunal, a nova lei nos induz a chamar de extraprocessuais as mediações independentes, que prescindem desse registro.

Ao considerar, no art. 13, os mediadores judiciais, extrajudiciais e co-mediadores como auxiliares da justiça, que, no exercício de suas funções, e em razão delas, estão equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal, esses mediadores tornam-se sujeitos passíveis de responder por prevaricação e corrupção. Trata-se de previsão semelhante à contida no art. 17 da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), no tocante aos árbitros.

A lei faz referência a co-mediadores, mas não define o seu papel. Deve-se esclarecer que a técnica comumente utilizada para essa distinção é a seguinte: o co-mediador tudo observa e se reporta ao mediador sempre que percebe algum encaminhamento ou questionamento que possa contribuir para a fluidez da mediação. E, desde que previamente autorizado pelo mediador, colabora diretamente com os mediados, tendo o cuidado de não enfraquecer a liderança do mediador.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, nos termos de seu estatuto social, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Comentário: inicialmente, convém mais uma vez observar que a lei em comento restringe-se a regular a mediação paraprocessual. Ela não estabelece um padrão específico de curso de formação, resumindo-se a exigir que sejam cursos apropriados e que, em se tratando de instituição especializada em mediação, esteja ela autorizada pelo respectivo Tribunal de Justiça a ministrar os referidos cursos. O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, <www.conima.org.br>, há muito expediu recomendações sobre o conteúdo dos cursos de capacitação em mediação, havendo, em vários Estados da Federação, instituições especializadas que oferecem formação ou, melhor dizendo, capacitação, abrangendo módulo teórico-prático e estágio supervisionado.

O que seriam, então, cursos apropriados? Entendemos que, em se tratando de mediação paraprocessual, regulada nesta lei, necessariamente do referido curso deverá constar o estudo da lei. No entanto, a parte mais substancial do curso deverá consistir no aprendizado dos métodos, técnicas e habilida-

des do mediador de conflitos. Esses métodos, técnicas e habilidades devem abranger conhecimentos de direitos humanos, teoria do conflito, comunicação construtiva, paradigmas, modelos, pré-mediação, processo de mediação, perfis comportamentais, negociação, exercícios simulados, ética e redação de acordos. Conforme se constata, a abordagem é interdisciplinar.

Deve-se destacar que os conhecimentos referidos acima não significam uma imersão em abordagens por um lado terapêuticas ou, por outro, formalistas, haja vista que o mediador não trata terapeuticamente ou enquadra formalmente as pessoas em conflito, pois a ele apenas cabe lidar com as pessoas em conflito, em relações horizontais de colaboração não-adversarial. Especialmente os psicólogos e os advogados devem ter o cuidado de não emprestar ao procedimento, respectivamente, caráter terapêutico ou formalista, pois o mediador nem deve tratar das pessoas terapeuticamente, nem as pode enquadrar ou assessorar legalmente.

Ao mediador não cabe tratar das pessoas em conflito, mas do conflito entre as pessoas.

Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1.º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2.º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

Comentário: no caput deste artigo e em seu § 2.º contempla-se a autonomia da vontade das partes ou do mediador no tocante à participação ou não de co-mediador. No entanto, o § 1.º estabelece a obrigatoriedade da co-mediação e exige a presença de psiquiatra, psicólogo ou assistente social nas mediações que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família.

Cabe esclarecer o seguinte questionamento: também será obrigatória a co-mediação quando o mediador, ele próprio, for psiquiatra, psicólogo ou assistente social? Não vemos razão para isto. Já estando assegurada a participação de algum desses profissionais na qualidade de mediador, fica sem efeito o comando que obriga a co-mediação. Ademais, a lei não veda a atuação de psiquiatras, psicólogos ou assistentes sociais, como mediadores, nessas mediações que versem sobre estado da pessoa e Direito de Família.

Não será, no entanto, demasiado destacar que, para essas mediações familiares, em virtude dos fortes componentes emocionais, valores e interesses matrimoniais, parentais e patrimoniais, ou em mediações outras circunstancialmente complexas, se costuma recomendar a participação de co-mediador de apoio ou de observador que possa, nos intervalos das sessões, compartilhar com o mediador as suas percepções.

Mediadores em período de experiência também poderão atuar como co-mediadores ou se fazerem presentes como observadores, desde que mediante prévia e expressa autorização dos mediandos e assumindo o compromisso de sigilo.

3. Registro de Mediadores, Fiscalização e Controle

Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

§ 1.º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.

§ 2.º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.

§ 3.º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 4.º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.

Comentário: constata-se aqui que a lei não prevê qualquer distinção, para efeito do Registro de Mediadores nos Tribunais de Justiça, entre os mediadores indicados pela OAB, tidos como mediadores judiciais e os mediadores indicados por instituições especializadas devidamente credenciadas, denominados, impropriamente, mediadores extrajudiciais. Assim, as normas regulamentares a serem expedidas pelos Tribunais de Justiça não podem estabelecer quotas ou qualquer outro sistema de reserva de mercado em favor desta ou daquela profissão.

Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.

Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador serão feitos pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.

Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Comentário: a OAB fiscaliza os seus indicados e o próprio Tribunal de Justiça fiscaliza os demais, inclusive os co-mediadores.

É imprópria essa fiscalização direta atribuída ao juiz nas mediações incidentais, em face do princípio da independência do mediador. Em nada contribui para a segurança dos mediados atribuir ao juiz, em geral desconhecedor dos métodos, técnicas, valores e habilidades próprios da mediação, o poder de avaliar como inadequada a atuação do mediador ou do co-mediador e afastá-lo das suas atividades ligadas ao processo.

É tecnicamente inadequado, sim, o estabelecimento de uma hierarquia entre o juiz e o mediador, pois este atua no plano de relações horizontais de persuasão, de colaboração e autocomposição, durante o período em que estará suspensa a atuação do Estado-juiz.

Ademais, seria inaceitável a presença do Juiz nas sessões de mediação, pois o mediador está a um só tempo sujeito e protegido pelos princípios a que alude o art. 14, notadamente os da independência e da confidencialidade. Somente aos mediados cabe, pois, a iniciativa de denunciar alguma irregularidade, mesmo assim invariavelmente junto à OAB ou ao Tribunal de Justiça, conforme se trate de mediador judicial ou de mediador extrajudicial/co-mediador. Ao Juiz apenas caberá – desde que cientificado pelos mediados de eventual irregularidade – tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Apenas em situações que caracterizem o impedimento do mediador estaria o juiz autorizado a afastá-lo, quando este não tenha tempestivamente procedido conforme o art. 21.

Art. 21. Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

§ 1.º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2.º O referido relatório conterá: a) nomes e dados pessoais das partes envolvidas; b) indicação da causa de impedimento ou suspeição; c) razões e provas existentes do impedimento ou suspeição.

Comentário: o artigo 21 reforça as observações que formulamos a propósito do artigo 18. A independência do mediador e do co-mediador merece as mesmas garantias e proteções previstas para os juízes, conforme os arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil.²

A rigidez do texto do CPC extrapola os limites da razoabilidade. Para que tanto garantismo se ao mediador apenas cabe facilitar o entendimento entre os mediandos? Para que tanta exigência se o mediador ou o co-mediador nada decide, estando inclusive impedido de apresentar sugestão ou recomendação, assessoramento ou aconselhamento, bem como exercer qualquer forma implícita de coerção, conforme corretamente disposto no art. 24?

Pode a lei interferir na livre escolha que duas pessoas capazes fazem de um terceiro, parente de uma delas, para atuar apenas como mediador, com vistas a ajudá-las na solução consensual de um conflito?

Entendemos que não. E sendo assim, tratando-se de atuação voluntária, situada no campo da autonomia negocial, os mediandos podem, de comum acordo, elidir a suposta nulidade, sendo esta relativa (*juris tantum*), diferen-

² “Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de que for parte; II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V – quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II – alguma das partes credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”

temente do impedimento do juiz no processo civil, quando a nulidade é de natureza objetiva, caracterizando presunção absoluta (*juris et de jure*).

Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça, para que, durante o período em que subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.

Comentário: aqui sim, uma cautela eticamente sustentável, haja vista que o impedimento tem por objetivo evitar que o mediador utilize a mediação para promover captação de clientela. O impedimento restringe-se a matéria correlata à mediação. Isto não impede que o mediador atue como árbitro em subsequente procedimento arbitral sobre a matéria objeto da mediação, eis que ali ele não estará a serviço do mediando, mas da jurisdição arbitral.

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Comentário: o artigo em comento está plenamente conforme com as técnicas da mediação, que não contemplam interferência do mediador no campo de decisão dos mediados. Já referimos anteriormente que cabe aos mediados a obtenção, junto a seus advogados, defensores e demais assessores e consultores, dos dados de realidade necessários à tomada de decisões.

Art. 25. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;

II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;

III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;

IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;

V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;

VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

§ 1.º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.

§ 2.º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador.

Comentário: parece que o legislador realmente não entendeu o caráter persuasivo, não impositivo e voluntário da mediação. E continua a supervalorizar os castigos e punições, sem perceber que o mediador é aquele profissional que inviabilizará a sua atividade, independentemente desses castigos e punições, ao não se conduzir com aptidão e de modo confiável. De qualquer maneira, fica a ressalva de que a punição prevista no n. IV não prevalece quando provado que os mediados, voluntária e conscientemente, escolhem determinado mediador, a despeito de saberem do impedimento.

Art. 26. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

Art. 27. O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei 8.906, de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do Registro de Mediadores.

Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o caput será concluído em, no máximo, noventa dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento, conforme o caso.

Art. 28. O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos.

Comentário: o Tribunal de Justiça de cada Estado da Federação, ao redigir o respectivo regulamento disciplinar para averiguação de conduta inadequada do mediador, fundamentar-se-á nas normas sobre fiscalização e controle da atividade de mediação, contidas nesta lei, e em normas de direito administrativo, eventualmente aplicáveis. E deverá considerar que o mediador não é um julgador, dotado do poder de decidir, mas um facilitador da negociação que se

estabelece entre os participantes, consoante os princípios da autocomposição e da autonomia dos mediandos para a obtenção do seu próprio acordo.

Deve-se, portanto, evitar uma regulamentação inspirada na idéia de que o mediador teria poder de decisão.

4. Mediação Prévia

Art. 29. A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único. O requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de 90 dias.

Comentário: a redação do parágrafo único é confusa. Uma coisa é a interrupção da prescrição por noventa dias, outra coisa é o lapso de tempo que restará à mediação. De qualquer sorte, a mediação deverá estar concluída antes de atingido o termo final daquele prazo.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial. Neste caso, o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu advogado, sendo, neste caso, indispensável a juntada do instrumento de mandato.

§ 1.º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 2.º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3.º A cientificação ao requerido conterá a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4.º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

§ 5.º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Comentário: numa leitura menos atenta poderia parecer que existe uma relação causal entre mediação judicial e mediador judicial. Qual seja, que na

mediação judicial o mediador será judicial. É importante esclarecer que estas são designações que não devem ser confundidas. A mediação judicial prévia é aquela em que a indicação do mediador é requerida pelo interessado ou por seu advogado, junto ao Poder Judiciário. Na mediação judicial o mediador será judicial ou extrajudicial, indiferentemente. Portanto, o Juiz pode designar mediador judicial (advogado cadastrado pela OAB) ou mediador extrajudicial (profissional cadastrado por instituição especializada), conforme prefira. Mas nada impede, conforme o § 4.º, que os interessados, de comum acordo, possam escolher outro mediador, seja ele judicial ou extrajudicial.

O § 3.º dispõe que a recomendação de comparecimento do mediando acompanhado de advogado deve ser efetuada quando a presença deste for indispensável. E quando é indispensável a presença de advogado? Em princípio, é dispensável a presença de advogado nas sessões de mediação, até porque, se os mediandos precisarem de algum apoio jurídico ou de outra qualquer especialidade, as sessões poderão ser suspensas e reiniciadas em outra ocasião. Muitas vezes os dados de realidade realmente necessários nem são propriamente jurídicos, podendo ser econômicos, técnicos, estéticos, etc.

Não é demasiado esclarecer que, durante a mediação, trabalha-se o conflito na perspectiva da construção do diálogo, até porque essa restauração é importante na busca de um acordo de ganhos mútuos, com ampla liberdade. O advogado, quando presente numa mediação, não atua como advogado, representante de qualquer dos mediandos, mas como assessor ou consultor jurídico, para um apoio eventual, a critério do seu constituinte. Quais circunstâncias, então, fundamentariam a indispensabilidade do advogado numa sessão de mediação? Talvez quando um dos mediandos estiver acompanhado de advogado e o outro não; talvez quando se constate uma desigualdade manifesta e um dos mediandos se revele hipossuficiente, justificando a indispensabilidade de uma assistência judiciária? A jurisprudência deverá esclarecer essas questões.

Art. 31. Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

Parágrafo único. O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.

Art. 32. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.

Comentário: a mediação prévia extrajudicial não é um imperativo categórico. Será sempre possível a realização de mediação extrajudicial sem que os medianos tenham interesse em obter a interrupção de prescrição ou a homologação

judicial do respectivo termo. Esta não seria uma mediação prévia extrajudicial. Seria uma mediação independente. No entanto, quando a mediação é realizada por mediador extrajudicial devidamente cadastrado, precedida do requerimento a que alude o parágrafo único do art. 29, tendo os mediandos interesse em obter a sua homologação judicial, estará aí caracterizada a mediação prévia extrajudicial.

Assim, a mediação prévia judicial distingue-se da mediação prévia extrajudicial pelo fato de que, nesta última, o requerimento a ser formulado para interromper a prescrição não inclui pedido para que o Juiz designe mediador. Daí por que, a nosso ver, para a mediação prévia extrajudicial, esse requerimento deverá ser subscrito por ambos os mediandos ou por seus advogados.

Art. 33. Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

Comentário: sobre este artigo, reportamo-nos aos comentários já formulados no tocante ao art. 16.

5. Mediação Incidental

Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I – na ação de interdição;

II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;

III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;

IV – no inventário e no arrolamento;

V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;

VI – na ação de retificação de registro público;

VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;

VIII – na ação cautelar;

IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo.

Comentário: a obrigatoriedade da mediação incidental, conforme o art. 34, afronta o princípio da autonomia da vontade. Tal obrigatoriedade, no entanto, tem sido justificada enquanto política necessária ao desenvolvimento de uma cultura de mediação de conflitos e, também, sob o argumento de que a mediação é obrigatória, mas não é obrigatório o acordo. Seria uma exigência aceitável, haja vista ainda não existir, entre nós, essa prática da efetiva busca do consenso, que nos liberte de uma vetusta conflituosidade processual. No entanto, diferentemente do caso Argentino – que optou pela obrigatoriedade da mediação prévia e por tempo limitado – a obrigatoriedade da mediação incidental, em nosso caso, não contempla limitação temporal.³

Quanto aos processos elencados nos n. I a IV, a lei nem obriga nem proíbe a mediação. No entanto, eventuais mediações sobre tais matérias não serão obrigatórias e deverão, naturalmente, respeitar os limites de ordem pública.

Referimo-nos, especificamente, ao n. II, que excepciona a obrigatoriedade quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis. A propósito, esse conceito de indisponibilidade de direito tem sofrido derrogações circunstanciais. Em vários países, a exemplo da Inglaterra e, mais recentemente, da Espanha, pratica-se a mediação em matéria tributária. Em verdade, um mediador idôneo, apto e focado no interesse público, pode colaborar com as partes na solução amigável de conflitos tributários, em que o interesse governamental por uma arrecadação maximizada se choca com o interesse do contribuinte pela economia tributária.

Entendemos como razoável o prazo de 90 dias de interrupção prescricional, a que alude o parágrafo único do artigo 34; idêntico ao previsto para a mediação prévia, conforme o parágrafo único do art. 29. Esse prazo não é improrrogável. Embora a mediação deva ser concluída nesse entretempo, os mediandos podem, de comum acordo, solicitar maior prazo; cabendo ao juiz deferir o pedido, ou indeferi-lo fundamentadamente.

³ Mediacion y conciliacion – Ley 24.573, de 25 de outubro de 1995 – Clausulas transitorias – Artículo 30 – La obligatoriedad de la etapa de la mediación establecida en el artículo 1, primer párrafo de la presente ley, regirá por un plazo de cinco (5) años, contados a partir de la puesta en funcionamiento del régimen de mediación de conformidad con lo establecido en el artículo 28.

Art. 35. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.

§ 1.º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§ 2.º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Comentário: em se tratando de mediação incidental não há – salvo a hipótese do art. 37, § 2.º, ou a iminência de prescrição intercorrente – que se cogitar de interrupção da prescrição, pois esta já está interrompida desde a distribuição da petição inicial, induzindo litispendência e produzindo os demais efeitos previstos no art. 263 do CPC.

Merece destaque o disposto nos §§ 1.º e 2.º. Em havendo pedido liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão. Em havendo recurso contra a decisão liminar, tal iniciativa não prejudica o “processo” de mediação.

Com efeito, sendo a mediação uma alternativa processual a cujo acordo as partes não estão vinculadas, não teria sentido que a interposição do recurso contra alguma decisão liminar prejudicasse o seu andamento.

Art. 36. A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

Comentário: mais uma vez se constata que a designação do mediador não está vinculada a qualquer critério que o distinga enquanto judicial ou extrajudicial. Ademais, mesmo quando o juiz entenda que o mediador deveria ser um advogado, designando, então, um mediador judicial, as partes poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial. Verifica-se, pois, que a lei corretamente contemplou os primados da autonomia, da aptidão e da credibilidade.

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1.º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

§ 2.º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3.º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3.º do art. 30.

§ 4.º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Comentário: em se tratando de mediação incidental obrigatória, em vez de convite, o mediador intimará as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, o que não exclui a utilização de *e-mail* com prova de recebimento. Recomenda-se que o mediador, em sua sessão inicial, firme com as partes termo de mediação que preveja a possibilidade, se for o caso, desse meio informativo.

Quanto à presença de advogados, o § 1.º apenas reconhece como necessária quando indispensável à assistência judiciária. Mas, quais seriam as circunstâncias que poderiam justificar a indispensabilidade de uma assistência judiciária durante a mediação? O que caracterizaria a necessidade da assistência judiciária? A desigualdade entre as partes? Quando uma das partes está acompanhada de advogado ou defensor público e a outra não? Quando o mediador não é, ele mesmo, um advogado?

À falta de uma jurisprudência a respeito, somos inclinados a entender que o legislador se preocupa em assegurar condições de igualdade entre os mediandos. Mas a responsabilidade por assegurar esse equilíbrio não cabe ao próprio mediador? Entendemos que, em face da natureza persuasiva e, portanto, voluntária, da mediação, e desde que não esteja em discussão a capacidade civil dos mediandos ou relações jurídicas de consumo, de emprego ou alguma outra legislação de caráter protetivo, o mediador não deve deixar de realizar a mediação pelo fato do não comparecimento do advogado de ambos ou de algum dos mediandos. Já destacamos que o advogado, quando presente na mediação, comporta-se como um assessor ou consultor e não como representante da parte, e que tal ausência não impede que o seu cliente o consulte quando julgar necessário, para o que poderá ser suspensa a sessão.

Art. 38. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação.

Parágrafo único. O valor pago a título de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.

Comentário: consoante o art. 19 do CPC, cabe às partes, salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até a plena satisfação do direito declarado na sentença. Na hipótese de mediação incidental, essa antecipação de despesas fica sobrestada. Com efeito, consoante o art. 38, caput em comento, o provimento das despesas relativas aos atos realizados ou requeridos no processo fica sobrestado até a retomada do seu curso, na hipótese dos mediandos não chegarem a um acordo.

Os Tribunais de Justiça devem ajustar com a OAB e com as entidades credenciadas a adoção de tabelas uniformes, para que sirvam de referência aos interessados na instalação das mediações. Essas tabelas poderão estabelecer percentuais sobre o valor da causa ou valores fixos por hora de mediação, com ou sem acordo. Devem-se considerar a complexidade do trabalho e a responsabilidade do mediador, sendo legítimo que se atribua maior peso às mediações que tenham resultado em acordo, haja vista a economia e satisfação que acarretará às partes e o benefício social resultante do arquivamento do processo judicial.

De qualquer sorte, o valor pago a título de honorários do mediador, na forma do art. 19 do CPC, será abatido das despesas do processo. É consabido que constituem despesas do processo as custas processuais, os honorários periciais, as custas periciais, as multas impostas às partes, as despesas do oficial de justiça, as indenizações de viagem, as diárias e condução de testemunhas, etc.

Art. 39. Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1.º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

§ 2.º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial.

Comentário: chamamos a atenção para o fato de que, conforme o art. 7.º desta lei, o acordo resultante da mediação se denominará Termo de Mediação e deverá ser subscrito por mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial. Portanto, o Termo de Mediação é o instrumento do acordo.

No entanto, mesmo quando frustrado o acordo, o mediador tem a obrigação de lavrar um Termo de Mediação, neste caso, um instrumento no qual ele não precisa nem deve fundamentar as razões porque a mediação não resultou em algum acordo. Basta-lhe consignar a sua impossibilidade, conforme dispõe a parte final do caput deste artigo.

Art. 40. Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.

Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

Comentário: verifica-se que, nessas mediações paraprocessuais, a homologação do acordo é regra. Já o parágrafo único deste artigo contempla acordos obtidos quando o processo judicial já se encontra em grau de recurso, caracterizando a relevância que a lei atribui à mediação incidental, inclusive quando já não seria obrigatória.

6. Disposições Finais

Art. 41. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O Tribunal de Justiça local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Comentário: as mediações poderão ser realizadas em salas no âmbito do Poder Judiciário, em instalações de instituições especializadas em mediação e arbitragem, em ambientes de Conselhos Profissionais ou de universidades, ou mesmo em entidades particulares de advogados, psicólogos e de outros profissionais, desde que os responsáveis sejam cadastrados como mediadores junto ao Tribunal de Justiça e atendam as condições mínimas por ele fixadas. A lei não exclui as entidades que tenham fins lucrativos, ampliando, assim, o leque de possíveis administradoras de mediação.

Art. 42. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

§ 1.º Nas hipóteses em que for concedido o benefício da assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.

Comentário: no tocante a critérios que os Tribunais de Justiça podem adotar a respeito da remuneração de mediadores, já apresentamos as nossas sugestões ao comentar o art. 38. Cabe, porém, destacar a discricionariedade atribuída ao Tribunal para dispor sobre a remuneração dos mediadores.

Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1.º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental.

§ 2.º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§ 3.º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§ 4.º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 5.º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

§ 6.º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”. (NR)

Comentário: essas alterações apontam no sentido de uma ressignificação da conciliação por ocasião do saneamento do processo. Consoante o § 1.º, “o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou

incidental”. A redação alterada do art. 331 limitava a mediação às hipóteses de direito patrimonial disponível e não destacava a importância da escuta das partes.

Para o bom desempenho daquela atuação conciliadora, o Juiz deverá ser preparado para o enfrentamento e superação de duas resistências culturais. Primeiramente, a sua própria, uma vez que foi educado nas faculdades a priorizar o poder impositivo e a considerar a conciliação como algo menos nobre, como instrumentalização de hierarquia inferior. Em seguida, a resistência dos advogados conservadores, eufóricos, em face dessa nova contenda, para os quais, muitas vezes, mais valem os seus “brilhantes” argumentos do que as soluções eventualmente obtidas pelos constituintes, por meio do diálogo.

Conforme o § 3.º, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, e a avaliação neutra de terceiros. A avaliação neutra destes é a novidade. É geralmente realizada por um especialista voluntariamente escolhido ou aceito para dar o seu parecer a respeito da matéria objeto do litígio. Bastante utilizada no mundo empresarial, não tem o poder impositivo de decisão, mas induz as partes a chegarem a um acordo com fundamento em dados de realidade supostamente confiáveis.

Art. 44. Fica acrescentado à Lei 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, o art. 331-A, com a seguinte redação:

“Art. 331 – A. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências no artigo anterior”.

Comentário: a redação do art. 331-A do CPC, consoante a redação introduzida pelo art. 44 da Lei em comento, acolhe um novo princípio processual: o do primado do diálogo (em qualquer fase do processo). Em verdade, é dever do julgador, doravante, em qualquer grau de jurisdição, privilegiar e estimular a conciliação e, segundo as peculiaridades do caso, a mediação, a arbitragem e/ou a avaliação de terceiros.

Art. 45. Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de 180 dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.

Art. 46. O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterà expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou do co-mediador, se for o caso.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.

Comentário: ao expedirem as normas indispensáveis à efetivação da lei em comento, os Tribunais de Justiça poderão aprovar, conforme já comentado, tabelas de honorários de mediadores para suprir eventual falta de estipulação direta de honorários entre o mediador e os mediandos.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, 21 de junho de 2006. – Presidente e Relator

Comentário final: o Juiz, em função do seu poder coativo, não pode atuar, coordenar ou acompanhar as mediações. A sua presença na mediação tenderia a confundir o persuasivo com o coativo. Essa influência poderia inibir as narrativas auto-afirmadas e o protagonismo dos mediandos. É importante, pois, que os juízes não confundam a atuação do mediador (paradigma da persuasão) com a atuação jurisdicional (paradigma do poder de império). São atuações qualitativamente diversas e, pois, independentes, embora complementares.

Algo diferente é a atitude que se espera do Juiz quando procura exercer a conciliação, a qual é uma espécie de mediação (focada no acordo) em que se admite uma ascendência hierárquica de quem está a conciliar. Assim, a conciliação é compatível e inerente à atuação do Juiz. Daí por que a lei, acertadamente, ampliou as oportunidades e possibilidades da conciliação; estando o Juiz em posição vantajosa para sensibilizar, diretamente ou por intermédio de conciliadores, os advogados e as partes, no sentido da conciliação.

ANEXO II

PROJETO DE LEI DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO PENAL – COMENTÁRIOS

Conforme já exposto neste livro, experiências de mediação e outras práticas restaurativas estão sendo desenvolvidas no Brasil. No entanto, tem sido identificada a necessidade de normas jurídicas que, expressamente, contemplem o uso desses procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Daí a razão de ser do Projeto de Lei que recebeu, originalmente, o n. 7.006/2006,⁴ em tramitação

⁴ Propõe alterações no Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, no Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, e na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 1.º Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 2.º Considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

Art. 3.º O acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção.

Art. 4.º Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 5.º O núcleo de justiça restaurativa funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente.

Art. 6.º O núcleo de justiça restaurativa será composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada.

§ 1.º À coordenação administrativa compete o gerenciamento do núcleo, apoiando as atividades da coordenação técnica interdisciplinar.

na Câmara dos Deputados, cuja origem decorreu de iniciativa do Instituto

§ 2.º À coordenação técnica interdisciplinar, que será integrada por profissionais da área de psicologia e serviço social, compete promover a seleção, a capacitação e a avaliação dos facilitadores, bem como a supervisão dos procedimentos restaurativos.

§ 3.º Aos facilitadores, preferencialmente profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função, cumpre preparar e conduzir o procedimento restaurativo.

Art. 7.º Os atos do procedimento restaurativo compreendem:

a) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento; b) entrevistas preparatórias com as partes, separadamente; c) encontros restaurativos objetivando a resolução dos conflitos que cercam o delito.

Art. 8.º O procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos.

Art. 9.º Nos procedimentos restaurativos deverão ser observados os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinaridade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé.

Parágrafo único - O princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes.

Art. 10. Os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos.

Art. 11. É acrescentado ao artigo 107, do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, com a seguinte redação:

X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo.

Art. 12. É acrescentado ao artigo 117, do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso VII, com a seguinte redação:

VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento.

Art. 13. É acrescentado ao artigo 10, do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, o parágrafo quarto, com a seguinte redação:

§ 4.º A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo.

Art. 14. São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação:

§ 3.º Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§ 4.º Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Art. 15. Fica introduzido o artigo 93 A no Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

Art. 93-A. O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas.

Art. 16. Fica introduzido o Capítulo VIII, com os artigos 556, 557, 558, 559, 560, 561 e 562, no Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

CAPÍTULO

VIII

Do Processo Restaurativo.

Art. 556. Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar

de Direito Comparado e Internacional de Brasília. Referido PL foi objeto da Sugestão 99/2005, perante a Comissão de Legislação Participativa.

Portanto, o referido PL propõe alterações de dispositivos do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal.

Em seu Relatório, o Deputado Leonardo Monteiro lembra, em sua justificativa, que a Justiça Restaurativa é um novo modelo de justiça criminal,

os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

Art. 557. Os núcleos de justiça restaurativa serão integrados por facilitadores, incumbindo-lhes avaliar os casos, informar as partes de forma clara e precisa sobre o procedimento e utilizar as técnicas de mediação que forem necessárias para a resolução do conflito.

Art. 558. O procedimento restaurativo consiste no encontro entre a vítima e o autor do fato e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou contravenção, com auxílio de facilitadores.

Art. 559. Havendo acordo e deliberação sobre um plano restaurativo, incumbe aos facilitadores, juntamente com os participantes, reduzi-lo a termo, fazendo dele constar as responsabilidades assumidas e os programas restaurativos, tais como reparação, restituição e prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes, especialmente a reintegração da vítima e do autor do fato.

Art. 560. Enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual.

Art. 561. O facilitador poderá determinar a imediata suspensão do procedimento restaurativo quando verificada a impossibilidade de prosseguimento.

Art. 562. O acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final.

Parágrafo único. Poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

Art. 17. Fica alterado o artigo 62, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 62. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas.

Art. 18. É acrescentado o parágrafo segundo ao artigo 69, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a seguinte redação:

§ 2.º A autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo.

Art. 19. É acrescentado o parágrafo sétimo ao artigo 76, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com o seguinte teor:

§ 7.º Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá oficiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 20. Esta lei entrará em vigor um ano após a sua publicação.

recomendado pela ONU, diante da evidente necessidade de que a justiça ofereça a resposta mais adequada para o delito.

Destaca que a justiça restaurativa lança um novo olhar sobre o crime, para vê-lo na perspectiva da violação das relações do infrator com a vítima e com a comunidade. Refere que, implementado já em alguns países, esse novo modelo diminuiu os índices de violência e aumentou a participação da comunidade na resolução de seus próprios problemas.

Assevera que esse novo modelo de justiça criminal pode ser um caminho para diminuir os altos índices de violência que assolam a sociedade brasileira.

Em seu voto, quanto ao mérito, observa não ser segredo que o atual modelo de justiça criminal não tem conseguido atingir de maneira eficaz seus objetivos. Não só os índices de violência aumentaram consideravelmente nos últimos anos, como também a ressocialização dos condenados pela atual justiça criminal tem se revelado uma utopia.

Refere que o Brasil possui hoje uma das maiores legislações penais do mundo. “Temos crime para tudo”. Basta forçar um pouco que se encontra um delito ou uma contravenção. Nos anos noventa, o Congresso Nacional aprovou cerca de cem leis criminais e em boa parte das leis promulgadas, tínhamos um aumento de rigor na aplicação e execução da sanção penal.

Se o aumento das penas fosse a solução para o problema da criminalidade, poderíamos dizer que, hoje, o Brasil seria um paraíso de segurança e tranquilidade. Apesar disso, quando se fala em justiça criminal, não há como negar uma forte sensação de impunidade e ineficácia.

O Sr. Relator acentua que esse modelo de justiça foi criado na Nova Zelândia e já funciona também na Austrália, na Inglaterra e no Canadá. Traz, em seu cerne, técnicas especiais para a reparação de todo o dano causado pelo crime, no âmbito do infrator, da vítima e da comunidade. Cuida-se da participação efetiva do Estado na tentativa de construir acordo com real capacidade para criar pacificação entre os envolvidos no cenário do delito.

O modelo prevê encontro entre vítima, infrator e integrantes da comunidade da qual fazem parte. Técnicas de mediação são usadas, de preferência, por assistentes sociais e psicólogos, nas reuniões de mediação. O paradigma da Justiça Restaurativa, diz o Relator, tem como princípio fundamental a voluntariedade: ninguém é obrigado a participar. Os assistentes sociais primeiro conversam com as partes envolvidas. Se obtiverem respostas positivas sobre o encontro, agendam a reunião longe de tribunais ou varas de Justiça, de preferência em algum local do próprio bairro. Quando há menores envolvidos, são convidados os familiares.

Nesse processo, o infrator ouve da vítima e da comunidade como o crime por ele cometido prejudicou a sociedade. Por sua vez, expõe as razões

que o levaram a cometer o delito. Em comum acordo, vítima, infrator e comunidade delimitarão as formas de punição e reparação do delito. O resultado do encontro entre vítima e infrator é remetido ao juiz, que poderá acatar ou não a definição dos envolvidos para a punição pelo crime. Se negar, terá de justificar a decisão.

Segundo os defensores desse modelo, destaca o Relator, a punição do delito, obtida por meio de uma solução negociada na comunidade, evita a criação de novas rixas e produz um enorme potencial de pacificação social. É um modelo muito inovador. O objetivo é diminuir a criminalidade pelo restabelecimento dos laços comunitários.

Diante dos efeitos positivos obtidos nos países que aplicam esse novíssimo paradigma de conteúdo eminentemente humanístico, entendeu o Relator que será salutar para o País a sua discussão pela Câmara dos Deputados, por ser a proposta pertinente, devendo ser acatada para o devido trâmite legislativo.

A proposta em apreço, hoje convertida no PL 7.006, de 2006, fixa, em seu art. 1.º, o objetivo da norma: regular o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Dois princípios já estão aí contemplados: voluntariedade e complementaridade.

O art. 2.º dispõe que o procedimento de justiça restaurativa se realiza mediante um conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participam coletivamente e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado, denominado núcleo de justiça restaurativa.

O acordo restaurativo, conforme o art. 3.º, estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção.

Segundo o art. 4.º, quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

O núcleo de justiça restaurativa deverá funcionar, consoante o art. 5.º, em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente.

Conforme o art. 6.º, o núcleo de justiça restaurativa deverá ser composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada. À coordenação administrativa compete o gerenciamento do núcleo,

apoando as atividades da coordenação técnica interdisciplinar (§ 1.º). À coordenação técnica interdisciplinar, que será integrada por profissionais da área de psicologia e serviço social, compete promover a seleção, a capacitação e a avaliação dos facilitadores, bem como a supervisão dos procedimentos restaurativos (§ 2.º). Aos facilitadores, preferencialmente profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função, cumpre preparar e conduzir o procedimento restaurativo (§ 3.º).

Dispõe o art. 7.º do PL que os atos do procedimento restaurativo compreendem: a) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento; b) entrevistas preparatórias com as partes, separadamente; c) encontros restaurativos objetivando a resolução dos conflitos que cercam o delito.

O art. 8.º do PL dispõe que o procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos que, consoante o art. 9.º, são os seguintes: voluntariedade, dignidade humana, imparcialidade, razoabilidade, proporcionalidade, cooperação, informalidade, confidencialidade, interdisciplinaridade, responsabilidade, mútuo respeito e boa-fé. Esclarece o Parágrafo único que o princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes.

Os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos (art. 10).

Alterações pretendidas no Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940:

O art. 11 acrescenta ao artigo 107, que relaciona as hipóteses de extinção da punibilidade, o inciso X, com a seguinte redação: “X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo”.⁵

O art. 12 acrescenta ao artigo 117, que relaciona as hipóteses de interrupção da prescrição, o inciso VII, com a seguinte redação: “VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento”.⁶

⁵ Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (*Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984*) I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII – (*Revogado pela Lei 11.106, de 2005*); VIII – (*Revogado pela Lei 11.106, de 2005*); IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

⁶ Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (*Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984*) I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (*Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984*) II – pela pronúncia; (*Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984*) III – pela decisão confirmatória da pronúncia; (*Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984*) IV – pela sentença

Alterações pretendidas no Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941:

O art. 13 acrescenta ao artigo 10 o parágrafo quarto, com a seguinte redação: “§ 4.º A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo”.⁷

O art. 14 acrescenta ao artigo 24 os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação: “§ 3.º Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo. § 4.º Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo”.⁸

O art. 15 introduz o artigo 93-A, com a seguinte redação: “Art. 93-A. O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas”.⁹

condenatória recorrível; (*Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984*) V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (*Redação dada pela Lei 9.268, de 1.º.04.1996*) VI – pela reincidência. (*Redação dada pela Lei 9.268, de 1.º.04.1996*) § 1.º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. (*Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984*) § 2.º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

⁷ Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. § 1.º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente. § 2.º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas. § 3.º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

⁸ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. § 1.º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (*Parágrafo único renumerado pela Lei 8.699, de 27.08.1993*). § 2.º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública. (*Incluso pela Lei 8.699, de 27.08.1993*).

⁹ Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente. § 1.º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão,

O art. 16 introduz um Capítulo VIII ao DL 3.689/1941 (do Processo Restaurativo), com sete artigos numerados de 556 a 562, em substituição aos respectivos artigos revogados,¹⁰ como segue: “Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo (art. 556); Os núcleos de justiça restaurativa serão integrados por facilitadores, incumbindo-lhes avaliar os casos, informar as partes de forma clara e precisa sobre o procedimento e utilizar as técnicas de mediação que forem necessárias para a resolução do conflito (art. 557); O procedimento restaurativo consiste no encontro entre a vítima e o autor do fato e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou contravenção, com auxílio de facilitadores (art. 558); Havendo acordo e deliberação sobre um plano restaurativo, incumbe aos facilitadores, juntamente com os participantes, reduzi-lo a termo, fazendo dele constar as responsabilidades assumidas e os programas restaurativos, tais como reparação, restituição e prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes, especialmente a reintegração da vítima e do autor do fato (art. 559); Enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual (art. 560); O facilitador poderá determinar a imediata suspensão do procedimento restaurativo quando verificada a impossibilidade de prosseguimento (art. 561); O acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final (art. 562)”. O parágrafo único do art. 562 faculta ao Juiz “deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos”.

o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa. § 2.º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso. § 3.º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

¹⁰ Título III

Dos Processos de Competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação (Revogado pela Lei 8.658, de 26.05.1993) Capítulo I – Da Instrução (Revogado pela Lei 8.658, de 26.05.1993) Arts. 556 a 560. (Revogados pela Lei 8.658, de 26.05.1993) Capítulo II – Do Julgamento (Revogado pela Lei 8.658, de 26.05.1993) Arts. 561 e 562. (Revogados pela Lei 8.658, de 26.05.1993)

Alterações pretendidas na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995:

O art. 17 altera o artigo 62, que passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 62. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas”.¹¹

O art. 18 acrescenta parágrafo segundo ao artigo 69, com a seguinte redação: “§ 2.º A autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo”.¹²

O art. 19 acrescenta parágrafo sétimo ao artigo 76, com o seguinte teor: “§ 7.º Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá oficiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa”.¹³

“Art. 20. Esta lei entrará em vigor um ano após a sua publicação”.

Comentário: constitui, sem dúvida, o PL 7.006/2006, importante instrumento jurídico, que acolhe e formaliza, no campo criminal, os princípios

¹¹ Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

¹² Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. *(Redação dada pela Lei 10.455, de 13.05.2002)*.

¹³ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1.º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2.º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3.º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4.º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5.º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6.º A imposição da sanção de que trata o § 4.º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

e as práticas restaurativas. No entanto, parece-nos que seria apropriada uma previsão de que o procedimento restaurativo é aplicável a delitos de menor e médio potencial ofensivo, utilizando-se o critério da pena cominada, para abranger os crimes da Lei 9.099 e os que permitam aplicação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade. A norma também poderia prever cooperação técnica com faculdades, municípios e instituições especializadas para a realização plena ou parcial do procedimento restaurativo. Com isto seria ampliada a rede de atendimento, estimulando o desenvolvimento da cultura restaurativa.

A lei também poderia prever a possibilidade de retomada do procedimento restaurativo, para mais uma tentativa, caso as partes desejem, na hipótese de não cumprimento do acordo, enviando-se relatório ao Juiz, Promotor e advogados, para as respectivas atuações. Embora o descumprimento do acordo enseje medidas tanto cíveis (execução do acordo) como penais (reinício ou início mesmo da ação penal, conforme o caso), seria recomendável a retomada, uma única vez, do procedimento restaurativo. É recomendável a introdução de dispositivo no sentido de que a qualquer momento pode ser designada audiência judicial, de ofício ou a pedido das partes, para algum esclarecimento ou acompanhamento. Também convém que se disponha a respeito do programa de capacitação dos facilitadores ou mediadores penais, seu cadastramento e remuneração. Para a elaboração desse programa devem ser ouvidas as instituições especializadas em mediação e práticas restaurativas, a exemplo do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA e do Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa – IBJR.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996. 244 p.
- BARATTA, Alessandro. *Princípios del derecho penal mínimo (para una teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal)*. Doctrina penal: Teoria y práctica en las ciencias penales. Buenos Ayres, a. 10, n. 40, 1987, p. 623-650.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 601 p.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. 693 p.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Nova Iorque: Oxford, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2000. 256 p.
- CARVALHAL, Eugênio do. *Negociação – fortalecendo o processo: como construir relações de longo prazo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vision, 2002. 154 p.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 716 p.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim. A negociação de acordos sem concessões* (Projeto de Negociação da Harvard Law School). Rio de Janeiro: Imago, 1994. 216 p.

- FOLGER, P. Joseph; BARUCH BUSH, Robert. *Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador*. *Novos paradigmas em mediação*, organizado por Dora Schnitman e Stephen Littlejohn. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 85-100.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006. 295 p.
- . *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. 262 p.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005. 148 p.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. II, 352 p.
- JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: Slakmon, C.; de Vito, R.; Gomes Pinto, R. (org.). *Justiça restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 163-186.
- LARRAURI, Elena. Tendências actuais de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 51, 2004. p. 67-104.
- LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy. *Objetivos e métodos de comunicação na mediação*. *Novos paradigmas em mediação*, organizado por Dora Schnitman e Stephen Littlejohn. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 209-223.
- MATURANA, Humberto. *O que se observa depende do observador*. Gaia – Uma teoria do conhecimento. Organizado por William Irvin Thompson. Tradução de Sílvio C. Leite. 3. ed. São Paulo: Gaia, 2001.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Trad. Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. 368 p.
- MORIN, Edgard. *Introdução ao pensamento complexo*. Traduzido do francês por Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006. 120 p.
- NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, 2006, p. 129-133.

- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 354 p.
- PRIGOGINE, Ilya. *As leis do caos*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2002. 109 p.
- RATTON JR., José Luiz de Amorim. Racionalidade, política e normalidade do crime em Émile Durkheim. *Revista Científica Argumentum da Faculdade Marista do Recife*, Recife: Faculdade Marista, vol. 1, p. 111-129, 2005.
- RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 259 p.
- RENATO SÓCRATES, Gomes Pinto. *Justiça restaurativa. Justiça restaurativa é possível no Brasil?* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. 477 p.
- ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aperfeiçoar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006. 285 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. Conflito e transformação social*. Uma paisagem das justiças em Moçambique. Boaventura de Sousa Santos e João Carlos Trindade (organizadores). Porto: Edições Afrontamento, 2003. 1.º vol.
- SCURO NETO, Pedro. *Sociologia ativa e didática: um convite ao estudo da ciência do mundo moderno*. São Paulo: Saraiva, 2004. 420 p.
- SEN, Amartya. *O desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 2003. 382 p.
- SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal. O novo modelo de Justiça Criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 263 p.
- SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Roberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 300 p.
- SOUTO, Cláudio. *Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 156 p.
- SUARES, Marínés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. 1. ed. 5. reimp. Buenos Aires: Paidós, 2005. 320 p.

- URY, William. *Chegando à paz – Resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia-a-dia*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 222 p.
- VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: O novo paradigma da ciência*. Campinas, São Paulo: Papirus, 2002. 268 p.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Problemas da arbitragem por equidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese: Comitê Brasileiro de Arbitragem, n. 9, p. 40–61, 2006.
- . *Relações interpessoais e mediação de conflitos. Educação para a paz – formação de agentes sociais para a prevenção da violência*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2006.
- VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006. 158 p.
- WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet; JACKSON, Don. *Pragmática da comunicação humana. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1993. 263 p.
- ZAPPAROLLI, Célia Regina. *Mediação de conflitos. Pacificando e prevenindo a violência. A experiência pacificadora da mediação*. São Paulo: Summus, 2003. 254 p.
- ZEHR, Howard. *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Scottsdale: Herald, 1995.

Produção Gráfica

Método editoração eletrônica e editora Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 692/694
Tel.: (11) 3215-8350 – Fax: (11) 3262-4729
01325-000 – Bela Vista – São Paulo – SP
metodo@editorametodo.com.br