



GlobalMediation.com

2014

Global Mediation Rio 2014

Coleção e.ISBN: 978-85-98144-41-2

MEDIAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

MEDIATION AND HUMAN RIGHTS

Organização:
Cássius Guimarães Chai
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Ricardo Goretti Santos

e. ISBN: 978-85-98144-43-6





Parceiros Oficiais



Apoio Institucional



CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI
ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER
RICARDO GORETTI SANTOS
Organizadores Editoriais

Mediação e Direitos Humanos
Mediation and Human Rights

Global Mediation
Rio 2014

Global Mediation Rio**Visão**

Propiciar o debate intercultural e transdisciplinar sobre outras metodologias na resolução de conflitos e uma reflexão crítico-constructiva do acesso à justiça e fortalecimento da cidadania.

Missão

Discutir os mecanismos de resolução de conflitos e fortalecer o sentimento de pertencimento e de identidade constitucional.

CONSELHO ACADÊMICO

Ministro Marco Aurélio Buzzi – STJ
 Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – STJ
 Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – STJ
 Desembargador Fabio Dutra – TJRJ
 Desembargador Guaraci de Campos Vianna – TJRJ
 Desembargador Roberto Guimarães – TJRJ
 Doutor Sylvio Capanema – Desembargador Aposentado - TJRJ – Advogado
 Desembargador Federal Fausto De Sanctis – TRF3
 Desembargador Federal Luiz Stefanini – TRF3
 Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Desembargador Fábio Dutra – TJRJ
 Desembargador Guaraci Vianna – TJRJ
 Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA

CONSELHO CIENTÍFICO EDITORIAL – FORUM GLOBAL MEDIATION RIO 2014

Doutor Adolfo Braga Neto – Brasil, PUC
 Professor Doutor Alberto Manuel Poletti Adorno – Paraguay, Universidad Colombia
 Professor Doutor Alexandre de Castro Coura – Brasil, FDV
 Professor Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia – Brasil, UFOP
 Professor Doutor Anibal Zárate Pérez – Colombia, Universidad Externado

Professora Doutora Artenira da Silva e Silva Sauaia – Brasil, UFMA
 Professora Doutora Bianka Pires André – Brasil, UENF
 Professor Doutor Cássius Guimarães Chai – Brasil, UFMA
 Professor Doutor Christian Djefal – Alemanha, Universidade de Berlim
 Professor Doutor Daury Cesar Fabríz – Brasil, FDV
 Professor Doutorando Décio Nascimento Guimarães - Brasil
 Professora Doutora Elda Bussinguer – Brasil, FDV
 Professora Doutora Herli de Sousa Carvalho – Brasil, UFMA
 Professor Doutor José Manuel Peixoto Caldas – Portugal/Argentina/ Brasil, Universidade do Porto/USP
 Professora Doutoranda Maria do Socorro Almeida de Sousa – Brasil, Universidad de Salamanca
 Professora Mestranda Mariana Lucena – Brasil, UFMA/UFPA
 Doutor Michel Betenjane Romano – Brasil, CNMP
 Professor Doutor Raphael Vasconcelos – Brasil, URFF
 Professor Doutor Samuel Brasil – Brasil, FDV
 Professor Doutor Weliton Sousa Carvalho – Brasil, UFMA

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Dr. Décio Nascimento Guimarães

SECRETÁRIO GERAL

Jornalista Luiz Maurício - Idealizador do Evento e Editor Chefe do Jornal da Justiça

PROJETO GRÁFICO – Cássius Chai**ASSISTENTES EDITORIAIS**

Denisson Gonçalves Chaves
 Heloisa Resende Soares

CATALOGAÇÃO NA FONTE: BIBLIOTECA DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Mediação e Direitos Humanos /Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos (orgs.). – São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA).

Inclui Bibliografia

e.ISBN COLEÇÃO GLOBAL MEDIATION RIO 2014 - ISBN: 978-85-98144-41-2

e.ISBN: 978-85-98144-43-6

1. Mediação. 2. Direitos Humanos. 3. Processo. 4. Educação-direitos humanos. I. Chai, Cássius Guimarães, II. Bussinguer, Elda Coelho de A., III. Santos, Ricardo Goretti. 361p.

CDD 342.6643

341.1

350

CDU 342.7

343.4

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-98144-43-6



9 788598 144436

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução total ou parcial desta obra, desde que citada a fonte e não se destine à venda ou outra finalidade comercial. **As pesquisas apresentadas refletem as opiniões exclusivamente de seus autores, e não as dos editores.**

copyrights@jornaldajustica2014

Livro Publicado pelo Jornal da Justiça, pelo Ministério Público do Estado do Maranhão e pelo Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA).

Coordenação Acadêmica Internacional:

Cássius Guimarães Chai

Filiação Institucional

Universidade Federal do Maranhão
Ministério Público do Estado do Maranhão

E-mail

academicoordination@globalmediationrio.org

chai@mpma.mp.br

CV

Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, Promotor de Justiça Corregedor, Membro do Caop-DH-MPMA, Mestre e Doutor em Direito Constitucional - UFMG/Cardozo School of Law/Capes. Estudos pós-doutorais junto à Central European University, ao European University Institute, Universidad de Salamanca, The Hague Academy of International Law, Direito Internacional Curso de Formação do Comitê Jurídico da OEA, 2012, Programa Externo da Academia de Haia 2011, Membro da Sociedade Européia de Direito Internacional, Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional e da International Association of Prosecutors. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão, graduação e Mestrado em Direito e Sistemas de Justiça. Coordenador do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade DGP/CNPq/UFMA e Coordenador do Grupo de Pesquisa Multicêntrico Human Rights and Constitutional Challenges IACL-AIDC. www.humanrightschallenges.com

Coordenadores do Grupo de Trabalho II

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Filiação Institucional

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – FDV

E-mail: eldabussinguer@globalmediationrio.org

CV

Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e Professora Doutora do Programa de Pós Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV, Editora Chefe da Revista Direitos e Garantias Fundamentais, Livre Docente pela UNI-RIO- Universidade do Rio de Janeiro. Doutora em Bioética pela UnB - Universidade de Brasília, Mestre em Direito pela FDV. Professora Associada aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES.

Ricardo Goretti Santos

Filiação Institucional

Faculdade de Direito de Vitória – FDV

E-mail: ricardogoretti@globalmediationrio.org

CV

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre e Especialista em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Resolução Alternativa de Disputas, com ênfase em mediação, pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), Argentina. Coordenador do Curso de Direito da FDV. Professor de Resolução Alternativa de Conflitos nos cursos de Graduação e Especialização da FDV. Consultor de órgãos públicos em projetos de mediação, conciliação e negociação. Advogado.

NOTA DOS ORGANIZADORES

O presente volume, *Mediação e Direitos Humanos*, integra a **Coleção Acesso à Justiça** Global Mediation Rio 2014, fórum mundial realizado na cidade do Rio de Janeiro entre os dias 24 e 28 de Novembro de 2014, oportunidade em que se congregaram representantes de vinte e seis países com o objetivo de pensar o Sistema de Justiça a partir da premissa da solução alternativa dos conflitos e sua correlação com a jurisdição: Brasil; Portugal; Estados Unidos; França; Alemanha; Itália; Espanha; Hungria; Egito; Paraguai; Argentina; Uruguai; Chile; Turquia; Suécia; China; Japão; Canadá; Bulgária; Cabo Verde; Moçambique; Inglaterra; Colômbia; Angola; Irlanda e Austrália.

É importante registrar **os impactos** acadêmico e institucional que o Global Mediation Rio 2014 propiciou; e, enquanto programa permanente, passa a integrar o calendário mundial sobre a temática Mediação e Jurisdição em seus mais variados matizes sobre os conflitos sociais.

O enlace com os Poderes Judiciários Estaduais e da União, com o Conselho Nacional de Justiça, com as Cortes Superiores Nacionais e Cortes Estrangeiras, dentre estas com membros da Corte Europeia de Direitos Humanos, do Poder Judiciário da República do Paraguai, do Conselho de Direitos Humanos da República da França, com Instituições essenciais à Administração da Justiça, tais como o Ministério Público Brasileiro, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil seccional RJ, em conjunto com pesquisadores de vários centros de excelência na pesquisa e no ensino Jurídicos, nacionais e estrangeiros, dentre os quais a Universidade de São Paulo, a Universidade Federal de Ouro Preto, a Universidade Externado da Colômbia, o Instituto de Ciências Sociais Chinês, a Faculdade de Direito de Vitória, a Universidade Colômbia do Paraguai, a Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro, a Universidade do Porto, do Grupo de Ensino Devry Brasil, da Universidade do Cairo, da Georgetown University, da American University, da Universidade Católica do Chile, da Universidad O'Higgins do Chile, da Universidad de Salamanca, da Universidad del Chile, da Central European University, da Universidad de Córdoba, da Universidade Nova de Lisboa, da Universidad de Guadalajara, da Universidad Rey Juan Carlos – Madrid, da Universidad de Buenos Aires, da FAPESP, do Instituto Ibero-americano de Saúde e Cidadania, do Grupo de Magistrados Europeus de Mediação, da Universidad de Los Andes – Colombia, da ODR – Latinoamérica, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, do Instituto de Mediação da Irlanda, a Universidade Estadual do Norte Fluminense, e de áreas afins, como a Psicologia, a Educação, as Ciências Políticas, o Serviço Social, bem demonstram as múltiplas possibilidades de inserção, de cooperação e de articulação nascidas no seio do Global Mediation Rio com os setores da sociedade civil e governamentais, a exemplo do Instituto dos Magistrados do Brasil, da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, a Secretaria Extraordinária da Reforma do Poder Judiciário. O Global Mediation Rio sob iniciativa do Jornal da Justiça e com o apoio do Ministério Público do Estado do Maranhão, do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério da Justiça, do Governo do Estado do Rio de Janeiro e da Prefeitura do Rio de Janeiro, pode, no consórcio de toda equipe, cumprir seus objetivos descortinados em sua visão e em sua missão.

O conteúdo de cada texto é de inteira e exclusiva responsabilidade de seus autores, bem como a revisão final individual.

Neste volume, os textos resultam dos trabalhos desenvolvidos no Grupo de Trabalho Mediação e Direitos Humanos, sob coordenação dos insígnos professores Doutores Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Ricardo Goretti Santos.

Há sempre desafios, não se pode esmorecer.

Boa leitura!

Cássius Guimarães Chai
Conselho Científico
Editorial/Conselho Acadêmico

Elda C. de A. Bussinguer
Conselho Científico Editorial

Ricardo Goretti Santos
Conselho Científico Editorial

GLOBAL MEDIATION RIO 2014

GRUPO DE TRABALHO II – “Mediação e Direitos Humanos”

Coordenadores: Profa. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Prof. Ricardo Goretti
santos

AUTORES

BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: UMA
ESTRATÉGIA POTENCIAL DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Shayene Machado Salles

O ACESSO INTEGRAL À JUSTIÇA PELA VIA DOS CENTROS MULTIPORTAS DE
GESTÃO DE CONFLITOS

Ricardo Goretti Santos

JUSTICIA RESTAURATIVA EN DELITOS DE TERRORISMO

Emiliano Carretero Morales

EL JUEZ ANTE LA MEDIACIÓN

Rosa María Freire Pérez

NEW PERSPECTIVES OF CIVIL AND COMMERCIAL MEDIATION IN BRAZIL

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

FUNDAMENTOS DA MEDIAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO À MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO
ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Rogério Luiz Nery da Silva

Daiane Garcia Masson

A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO MARÍTIMO: UMA GARANTIA AO DIREITO
FUNDAMENTAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PELA RAZÃO PRÁTICA
ARISTOTÉLICA

Alexandre Maia

Macelo Obregon

Daury Fabríz

A NEGOCIAÇÃO COMO MÉTODO ADEQUADO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS
DERIVADOS DE MANIFESTAÇÕES SOCIAIS

Lavínia Cavalcanti Lima Cunha

Fábio Silva Calheiros da Rosa

A MEDIAÇÃO PODE SER “ENSINADA” NO CURSO DE DIREITO?

Delton R. S. Meirelles

Isabela Dantas

A LEI MARIA DE PENHA E O PRINCÍPIO DA NÃO-VIOLÊNCIA DE JEAN-
MARIE MULLER: A NECESSIDADE DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA E DA
MEDIAÇÃO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Márcio Káo Yien

MEDIAÇÃO PRIVADA COMO MELHOR FORMA DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS SOB A ÓTICA DA ESCOLA AUSTRIACA

Gustavo Henrique Nitão Pereira

Mariana Silva de Sousa

Mariana Lucena Sousa Santos

O PROCESSO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PRÁTICA DA
MEDIAÇÃO

Karin Kelbert Turra

Matheus De Abreu Acerbi

RESULTADOS DESPROPORCIONAIS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: a comunidade de Santa Rosa dos Pretos e a necessidade de proteger os remanescentes de quilombo

Amanda Cristina de Aquino Costa

Klécia Patrícia de Melo Lindoso

A MEDIAÇÃO NO ENSINO UNIVERSITÁRIO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Andressa Branco

Débora Medeiros

Geórgia Laranja

A CONSTRUÇÃO DO CONSENSO E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Luiz Alberto Gomes Barbosa Neto

Marcus Pinto Aguiar

Raphael Franco Castelo Branco Carvalho

A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS NOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ESTABELECIDOS PELA RESOLUÇÃO N. 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Áquila Brenna Lamberti Gumes

Julia Teixeira Ramos

CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DO CEARÁ: UMA NOVA ABORDAGEM DA MEDIAÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA E O FOMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Maria do Carmo Barros

Ítala Botelho de Castro Ribeiro

Ana Paula Araújo de Holanda

APRESENTAÇÃO

A grandeza de uma obra está diretamente relacionada às intenções que determinaram a sua concepção e ao projeto de presente e futuro que ela encerra e com o qual se compromete. Sua importância está, sobretudo, em sua capacidade de disseminar-se como uma proposta virtuosa capaz de contribuir com as reflexões e com o debate acerca da Mediação e dos Direitos Humanos, de forma a constituir-se em uma semente que germine e que se espalhe para além dos limites territoriais nos quais foi produzida.

Inserida em um projeto maior que se constituiu o Global Mediation Rio, a obra que ora chega às mãos dos leitores se apresenta como o resultado de um plano que envolve arcabouços teóricos os mais diversos, muitos olhares, múltiplos saberes, muitas experiências e que, em uma dinâmica interdisciplinar, se apresenta carregado de espaços de aproximação e de acolhimento de ideias que têm em comum a temática da Mediação em sua interface com os Direitos Humanos.

A obra aproxima teóricos, acadêmicos e profissionais que atuam no Sistema de Justiça do Brasil e da Espanha refletindo, e construindo teses e propostas de melhoria. Importante registrar o cuidado de não excluir a visão de doutorandos, mestrandos e graduandos em suas primeiras incursões e contribuições acadêmicas.

Esta publicação se constitui, assim, mais do que uma reunião de textos que tratam de Mediação e de Direitos Humanos e que se organizam como livro em razão de terem sido apresentados no mesmo espaço acadêmico denominado Grupos de Trabalho do Global Mediation. O recorte temático, por si mesmo, contempla uma aproximação teórica e conceitual carregada de intencionalidade prática e direcionada a contribuir com o mundo da vida no qual os direitos são mitigados e o sistema impõe uma dinâmica que exclui, segmenta e põe em aflitiva espera aqueles que precisam ser acolhidos pelo judiciário vendo suas demandas se perderem em um mar de processos e de procedimentos que dificultam o acesso a uma ordem jurídica justa e célere.

A transversalidade da mediação dá à obra sua unidade, coesão e coerência, impondo um compromisso de aproximar pessoas e teses, de forma a trazer um resultado prático que convida a mudança e propõe um novo modo de promover uma justiça mais empenhada com práticas metodológicas e decisórias de cunho mais democrático e promotor dos Direitos Humanos.

Rio Global Mediation 2014, Novembro, 24 a 28 de 2014.

Cássius Guimarães Chai
Coordenador Acadêmico Internacional

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Ricardo Goretti dos Santos
Coordenadores GT Direitos Humanos

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Sumário

NOTA DOS ORGANIZADORES	6
AUTORES	7
APRESENTAÇÃO.....	10
BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: UMA ESTRATÉGIA POTENCIAL DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA	20
BIOÉTICA, DERECHOS HUMANOS Y LA MEDIACIÓN COMUNITARIA: UN POTENCIAL ESTRATEGIA DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA.....	20
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer	20
Shayene Machado Salles.....	20
INTRODUÇÃO	21
1 BASES HISTÓRICAS, CONCEITUAIS E PRINCIPIOLÓGICAS DA BIOÉTICA	23
2 APROXIMAÇÃO DA BIOÉTICA COM OS DIREITOS HUMANOS: UMA POSSIBILIDADE DE POTENCIALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA?	29
3 A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA PRÁTICA DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	39
O ACESSO INTEGRAL À JUSTIÇA PELA VIA DOS CENTROS MULTIPORTAS DE GESTÃO DE CONFLITOS	42
FULL ACCESS TO JUSTICE THROUGH MULTI-DOOR CENTERS OF CONFLICT MANAGEMENT	42
Ricardo Goretti Santos	42
INTRODUÇÃO	44
1 ACESSO À JUSTIÇA E CRISE DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA	47
2 OS TRIBUNAIS MULTIPORTAS NORTE-AMERICANOS: CONTRIBUIÇÕES DE UM SISTEMA MULTIPORTAS DE GESTÃO DE CONFLITOS	54
3 ETAPAS DO PROCESSO DE GESTÃO DE CONFLITOS POR VIAS PLURAIS:.....	57
3.1 VIRTUDES RACIONAIS QUE DEVEM GUIAR AS CONDUTAS DOS GESTORES DE CONFLITOS: PRUDÊNCIA E JUSTIÇA.....	57
3.2 CRITÉRIOS RACIONAIS DE OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA NAS TRÊS FASES DO PROCESSO DE GESTÃO DE CONFLITOS NOS CENTROS MULTIPORTAS: DIAGNÓSTICO DO CONFLITO; FALSEAMENTO DAS ALTERNATIVAS DISPONÍVEIS; EXECUÇÃO DA MEDIDA ADEQUADA.....	61
3.2.1 Diagnóstico do conflito: o que a demanda vela e revela?	62

3.2.2 Realização de testes de falseamento das alternativas disponíveis.....	64
3.2.3 Aplicação do método adequado	68
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS.....	71
JUSTICIA RESTAURATIVA EN DELITOS DE TERRORISMO	75
Emiliano Carretero Morales	75
1.- INTRODUCCIÓN.....	75
2.- PROCESO PENAL: JUSTICIA RETRIBUTIVA Y JUSTICIA RESTAURATIVA.....	78
3.- ¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE MÉTODOS RESTAURATIVOS EN DELITOS GRAVES Y, EN PARTICULAR, EN DELITOS DE TERRORISMO?.....	83
4.- LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA: ENCUENTROS RESTAURATIVOS ENTRE VÍCTIMAS DE ATENTADOS DE ETA Y LOS TERRORISTAS.....	87
Llegados a este punto	91
5.- BIBLIOGRAFÍA.....	93
EL JUEZ ANTE LA MEDIACIÓN.....	96
Rosa María Freire Pérez.....	96
NEW PERSPECTIVES OF CIVIL AND COMMERCIAL MEDIATION IN BRAZIL.....	111
Humberto Dalla Bernardina de Pinho	111
1. EVOLUTION OF BRAZILIAN LAW ON MEDIATION	111
2. LEGAL INITIATIVES.....	113
2.1 The Project of the Civil Procedure Code.....	113
2.2. The Project of the Mediation Bill	115
3. NEW PERSPECTIVES FOR BRAZILIAN LAW.....	119
4. REFERENCES	122
FUNDAMENTOS DA MEDIAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS	125
Ricardo Almagro Vitoriano Cunha.....	125
RESUMO	125
ABSTRACT.....	125

1 INTRODUÇÃO	125
2 A CRISE DA HUMANIDADE E OS DIREITOS HUMANOS.....	126
3 CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS.....	138
UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO À MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS	139
A FIRST APPROACH TO MEDIATION CONFLICT AS AN ALTERNATIVE TO JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS	139
Rogério Luiz Nery da Silva.....	139
Daiane Garcia Mass	139
INTRODUÇÃO	140
1. O ACESSO À JUSTIÇA	142
2. A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA GERAÇÃO.....	144
3. A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	147
CONCLUSÃO	151
REFERÊNCIAS.....	152
A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO MARÍTIMO: UMA GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PELA RAZÃO PRÁTICA ARISTOTÉLICA	155
Alexandre Maia.....	155
Macelo Obregon.....	155
Daury Fabriz.....	155
INTRODUÇÃO	155
1 DIREITOS HUMANOS E MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS MARÍTIMAS.....	156
A MEDIAÇÃO	159
ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO.....	161
A MEDIAÇÃO E O DIREITO MARÍTIMO	162
DIREITO FUNDAMENTAL A RAZOAVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	165
CONCLUSÃO	165

REFERÊNCIAS.....	166
A NEGOCIAÇÃO COMO MÉTODO ADEQUADO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DERIVADOS DE MANIFESTAÇÕES SOCIAIS	168
Lavínia Cavalcanti Lima Cunha.....	168
Fábio Silva Calheiros da Rosa	168
INTRODUÇÃO	168
1. A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONFLITOS SOCIAIS E OS CUSTOS DO USO DA FORÇA... ..	170
2. OS MÉTODOS TRADICIONALMENTE USADOS PELO ESTADO NA INTERVENÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS - UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	173
3. A MUDANÇA DE PARADIGMA – OS MÉTODOS EXTRAJUDICIAS	174
4. A UTILIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO NO CONFLITO SOCIAL	176
4.1 FUNDAMENTOS DA NEGOCIAÇÃO PELO ESTADO	176
4.1.1 Princípio da solução pacífica dos conflitos.....	178
4.1.2 Princípio da intervenção mínima do direito penal.....	179
4.2. BENEFÍCIOS DA NEGOCIAÇÃO E A CONSTATAÇÃO DE SUA EFICIÊNCIA.....	180
4.3 RESULTADOS OBTIDOS COM A NEGOCIAÇÃO.....	182
4.4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO USO DA NEGOCIAÇÃO PELO ESTADO	183
4.5. OBSTÁCULOS À NEGOCIAÇÃO	185
4.5.1. A pouca difusão da negociação.....	186
4.5.2 A falta de um protocolo para aplicação do uso da força	187
CONCLUSÃO	189
REFERÊNCIAS.....	190
A MEDIAÇÃO PODE SER “ENSINADA” NO CURSO DE DIREITO?.....	192
CAN MEDIATION BE “TAUGHT”AT THE LAW SCHOOL?	192
Delton R. S. Meirelles.....	192
Isabela Dantas	192
INTRODUÇÃO	193
1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MEDIAÇÃO NO CENÁRIO DE CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO E EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA ESTATAL	194
2. MEDIAÇÃO COMO PROPOSTA ALTERNATIVA E EMANCIPATÓRIA	196
Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)	

3. MEDIAÇÃO NOS CURSOS DE DIREITO	199
3.1. A mediação pode ser “disciplinada”?	201
3.2. Mediação como saber interdisciplinar	203
3.3. Mediação como disciplina curricular	205
3.4. Mediação como prática	208
CONCLUSÃO	210
REFERÊNCIAS	212
A LEI MARIA DE PENHA E O PRINCÍPIO DA NÃO-VIOLÊNCIA DE JEAN-MARIE MULLER: A NECESSIDADE DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA E DA MEDIAÇÃO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	215
Márcio Káo Yien	215
INTRODUÇÃO	216
1 A CRIMINALIZAÇÃO DO HOMEM E A DUPLA VITIMIZAÇÃO DA MULHER EM SEDE DA LEI 11.340/2006 E DA ADI 4424 DO STF.	218
2 A NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS E DE MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS DE GÊNERO	222
3 O PRINCÍPIO DA NÃO-VIOLÊNCIA DE JEAN-MARIE MULLER E A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NAS DISCUSSÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	226
CONCLUSÕES FINAIS	230
REFERÊNCIAS	232
MEDIAÇÃO PRIVADA COMO MELHOR FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB A ÓTICA DA ESCOLA AUSTRIACA.....	235
PRIVATE MEDIATION AS THE BEST WAY OF SOLVING CONFLICTS IN THE AUSTRIAN SCHOOL’S POINT OF VIEW	235
Gustavo Henrique Nitão Pereira	235
Mariana Silva de Sousa	235
Cássius Guimaraes Chai	235
Mariana Lucena Sousa Santos.....	235
INTRODUÇÃO	236
1. GENEALOGIA DA ESCOLA AUSTRIACA.....	237

1.1 AS RAÍZES ESPANHOLAS	237
1.2 O NASCIMENTO	239
1.3 O DESENVOLVIMENTO DA ESCOLA AUSTRIACA E SEUS FRUTOS CONTEMPORÂNEOS.....	240
2. O PENSAMENTO AUSTRIACO E O DIREITO.....	242
2.1 A LEI NATURAL E A ÉTICA ROTHBARDIANA.....	242
2.2 OS PILARES FUNDAMENTAIS.....	243
2.2.1 PRIMAZIA DA LIBERDADE.....	244
2.3 CRÍTICA AO MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO	245
3. MEDIAÇÃO À LUZ DA ESCOLA AUSTRIACA.....	247
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	249
REFERÊNCIAS.....	250
O PROCESSO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO	253
THE PROCESS OF EFFECTIVATION OF HUMAN RIGHTS AND THE PRACTICE OF MEDIATION ...	253
Karin Kelbert Turra.....	253
Matheus De Abreu Acerbi.....	253
INTRODUÇÃO	254
1 MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	255
2 DIREITOS HUMANOS.....	258
3 A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	259
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	262
REFERÊNCIAS.....	263
RESULTADOS DESPROPORCIONAIS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: a comunidade de Santa Rosa dos Pretos e a necessidade de proteger os remanescentes de quilombo.....	265
Amanda Cristina de Aquino Costa.....	265
Klécia Patrícia de Melo Lindoso.....	265
INTRODUÇÃO	266
1 A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	267
1.1 Mediação e Tutela dos Direitos Fundamentais.....	268
Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)	

1.2 O Princípio da Horizontalidade e a Justiça na Mediação	269
1.3 Direito e as Relações de Poder	270
2 IDENTIDADE E RECONHECIMENTO	272
2.1 Etnicidade e a Questão Quilombola	273
3 O QUILOMBO DE SANTA ROSA DOS PRETOS	274
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	277
REFERÊNCIAS.....	278
A MEDIAÇÃO NO ENSINO UNIVERSITÁRIO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA	281
Andressa Branco	281
Débora Medeiros	281
Geórgia Laranja.....	281
INTRODUÇÃO	282
1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	282
1.1 BREVECONTEXTUALIZAÇÃO DA TENDÊNCIA DO CRESCIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL	286
1.2 A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	288
2 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: A LACUNA NA FORMAÇÃO DOS PROFISSIONAIS OPERADORES DO DIREITO.....	291
3 PROPOSTAS QUE SURGEM PARA RESOLVER O PROBLEMA: AS INOVAÇÕES NA GRADE CURRICULAR.....	295
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	296
REFERÊNCIAS.....	297
A CONSTRUÇÃO DO CONSENSO E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	299
Luiz Alberto Gomes Barbosa Neto	299
Marcus Pinto Aguiar	299
Raphael Franco Castelo Branco Carvalho.....	299
INTRODUÇÃO	301
1 PROCESSOS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	302

2 DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO E O INSTITUTO DA “SOLUÇÃO AMISTOSA”	305
3 A CONSTRUÇÃO DE CONSENSO POR MEIO DE RELAÇÕES DIALÓGICAS	311
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	318
REFERÊNCIAS.....	319
A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS NOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ESTABELECIDOS PELA RESOLUÇÃO N. 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	323
Áquila Brenna Lamberti Gumes	323
Julia Teixeira Ramos	323
INTRODUÇÃO	324
1 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	325
2 UMA BREVE ABORDAGEM VOLTADA À RESOLUÇÃO N. 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	327
2.1 FORMAÇÃO DOS MEDIADORES E CONCILIADORES À LUZ DA RESOLUÇÃO N. 125 E UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A “QUARENTENA”	327
3 A RIGIDEZ FÁTICA E EMOCIONAL ARQUETÍPICA DOS JUÍZES E SEU REFLEXO NA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO COMO MEDIADOR DE SITUAÇÕES CONFLITUOSAS	330
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	332
REFERÊNCIAS.....	332
CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DO CEARÁ: UMA NOVA ABORDAGEM DA MEDIAÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA E O FOMENTO DOS DIREITOS HUMANOS.....	335
CENTER OF REFERENCE IN THE STATE OF HUMAN RIGHTS CEARÁ: A NEW APPROACH TO MEDIATION FOR ACCESS TO JUSTICE AND THE PROMOTION OF HUMAN RIGHTS.....	335
Maria do Carmo Barros.....	335
Ítala Botelho de Castro Ribeiro	335
Ana Paula Araújo de Holanda.....	335
INTRODUÇÃO	336
1 DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	340

2 A MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA	341
3 O CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DO CEARÁ.....	344
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	346
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	347
PROGRAMAÇÃO GLOBAL MEDIATION RIO 2014	349
24/11	349
25/11	349
26/11	350
27/11	353
28/11	355
CARTA RIO GLOBAL MEDIATION DE ACESSO À JUSTIÇA E FORTALECIMENTO DA CIDADANIA	358

BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: UMA ESTRATÉGIA POTENCIAL DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA*

BIOÉTICA, DERECHOS HUMANOS Y LA MEDIACIÓN COMUNITARIA: UN POTENCIAL ESTRATEGIA DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer**

Shayene Machado Salles***

RESUMO

O saber bioético transpõe os estritos limites da consideração científica, no âmbito da academia, para alcançar, no pluralismo moral que caracteriza as sociedades contemporâneas, os inúmeros conflitos éticos que dela emergem. Diante disso, pretende-se identificar a importância da relação entre Bioética, Direitos Humanos e Democracia, visando esclarecer as contribuições da(s) bioética(s), enquanto saber(es) capaz(es) de fomentar o diálogo entre diferentes perspectivas, para a prática democracia participativa. Para tanto, a mediação comunitária é identificada como um método alternativo capaz de fomentar, do ponto de vista teórico e prático, a participação democrática. Objetiva-se responder ao seguinte questionamento: a utilização dos princípios bioéticos na mediação comunitária possui potencial para o alcance de uma maior participação democrática no enfrentamento de conflitos sociais?

PALAVRAS-CHAVE: Bioética. Direitos Humanos. Participação democrática. Mediação comunitária.

RESUMEN

* Pesquisa desenvolvida no Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética, do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

** Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (Unb); livre-docente pela UniRio; mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); coordenadora de Pesquisa da FDV; coordenadora do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à saúde e Bioética (Biogepe); professora associada aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo – Ufes. E-mail: elda.cab@gmail.com.

*** Aluna especial do mestrado do programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: shayenemachado@gmail.com.

El saber bioético traspone los límites estrictos de la consideración científica para llegar a los numerosos conflictos éticos que surgen de ella en la Acedemia, em el contexto del pluralismo moral que caracteriza las sociedades contemporáneas. Por lo tanto, tenemos la intención de identificar la importancia de la relación entre Bioética, Derechos Humanos y Democracia, para aclarar la(s) contribución(s) de la(s) bioética(s) como conocimiento que pueda fomentar el diálogo entre las diferentes perspectivas de democracia participativa. Con este fin, la mediación comunitaria se identifica como un método alternativo capaz de impulsar la participación democrática, desde los puntos de vista teórico y práctico. Su objetivo es responder a la siguiente pregunta: ¿el uso de los principios bioéticos en la mediación comunitaria tiene el potencial de lograr una mayor participación democrática en la lucha contra los conflictos sociales?

PALABRAS CLAVE: Bioética. Derechos Humanos. Participación democrática. Mediación comunitaria.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Bases conceituais e principiológicas da bioética. 2 Aproximação entre Direitos Humanos e bioética: uma possibilidade de potencialização democrática? 3 A participação democrática na prática da mediação comunitária. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A expressão democracia comporta múltiplos significados, de modo que, a depender da acepção adotada, a perspectiva do intérprete pode ser mais ou menos abrangente. Diante disso, convém esclarecer que o conceito de democracia que orienta este estudo é o de “democracia participativa”, tendo em vista a necessidade de promover um aprofundamento teórico acerca de um modelo de sociedade capaz de concretizar uma cultura da participação popular que transcenda os limites do formal e do simbólico.

Diante disso, considerando a dimensão ampliativa da democracia e visando identificar no contexto jurídico contribuições para a construção de espaços efetivamente democráticos, isto é, fomentadores da consciência participativa dos sujeitos sociais,¹ propõe-se direcionar esta pesquisa para o estabelecimento de uma alternativa concreta, a saber: a prática da mediação comunitária.

¹ Propositamente, não utilizei a expressão “cidadãos” e sim “sujeitos sociais”, visando impedir o restritivismo conceitual dos destinatários e da incidência da democracia.

Para além de um compromisso científico metodológico, essa delimitação teórica decorre da constatação de que, diante das crises atuais (de representatividade, do Estado e da Constituição), o âmbito do Direito não deve se restringir a seara do judicializável, uma vez que a sobrecarga processual demanda, cada vez mais, pelo estímulo a utilização de métodos alternativos, isto é, extrajudiciais, para a resolução de controvérsias.

Torna-se importante destacar que a construção de espaços institucionalmente democráticos implica em assegurar a voz, destituindo-se de mecanismos explícitos ou implícitos de coação, aos afetados pelas decisões, levando em consideração as demandas dos grupos heterogêneos que integram a pluralidade, a diversidade e a multiculturalidade da sociedade.

Nesse contexto, propõe-se uma aproximação entre o Direito (os Direitos Humanos) e a Bioética visando à concretização de medidas capazes de potencializar a participação democrática dos sujeitos, por meio da prática da mediação comunitária. Trata-se, pois, da realização de um esforço teórico que busca apresentar a(s) bioética(s) como possibilidade de busca por distintas racionalidades para a solução de controvérsias.

Dito isto, convém esclarecer o percurso teórico que será desenvolvido nesta pesquisa: No primeiro capítulo, serão apresentadas algumas considerações introdutórias indispensáveis para a compreensão da bioética. No segundo capítulo, pretende-se esclarecer a relação entre Direitos Humanos, Bioética e democracia, visando identificar as contribuições provenientes da Bioética para a prática democrática. Objetiva-se identificar a relação existente entre a participação democrática, entendida como o núcleo que alicerça a compreensão substancial de democracia participativa, e a bioética, enquanto saber capaz de fomentar o diálogo entre diferentes perspectivas. Finalmente, no terceiro capítulo deste estudo, promove-se um aprofundamento da mediação comunitária, enquanto método alternativo capaz de fomentar, do ponto de vista teórico e prático, a participação democrática.

Pretende-se, com isso, responder ao seguinte questionamento: A utilização dos princípios bioéticos na mediação comunitária possui potencial para o alcance de uma maior participação democrática no enfrentamento de conflitos sociais?

1 BASES HISTÓRICAS, CONCEITUAIS E PRINCIPIOLÓGICAS DA BIOÉTICA

Ao ser concebida e sistematizada formalmente por Van Rensselaer Potter, no início da década de 70, a nomenclatura Bioética foi apresentada como uma alternativa ética de percepção da vida humana, concebida para além do estritamente biológico, isto é, compreendendo temáticas atreladas a qualidade de vida, tais como a consideração de um meio ambiente saudável, de um ecossistema adequadamente regulado,² identificando, assim, uma relação necessária entre o conhecimento biológico e os valores humanos. Pautando-se na percepção assumida por Volnei Garrafa, trata-se, pois, da primeira etapa do desenvolvimento histórico da bioética.³

Nesse sentido, embora tenha seu surgimento atribuído à primeira utilização teórica de sua expressão,⁴ a expansão e consolidação da Bioética, enquanto ética aplicada, ocorreu, na década de 80, especificamente, no âmbito biomédico, o que resultou num reducionismo conceitual quanto ao seu objeto, uma vez que a denominada bioética principialista, de matriz norte-americana, teve sua aplicação restrita ao âmbito da relação intersubjetiva médico-paciente, sob uma perspectiva hospitalocêntrica e individualista.⁵ Desse modo, trilhando os esclarecimentos de Oliveira e Carreiro, afirma-se que:⁶

O ápice da bioética, de essência teórica, caracterizada como biomédica, consiste na publicação do livro de Beauchamp e Childress, em 1979, sobre os quatro princípios da ética biomédica: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Apesar de manifestamente úteis para a resolução de problemas éticos nas esferas da biomedicina e da biotecnologia, esses princípios eram marcados por forte conotação individual. Em decorrência, não se revelaram adequados para a análise de problemáticas sociais relativas ao meio-ambiente e nem para as de ordem global, tais como patentes de medicamentos e pesquisa biomédica multicêntrica.

² GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 853.

³ GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 854.

⁵ GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 854.

⁶ CARREIRO, Natália Maria Soares Carreiro; OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Interconexão entre Direito e bioética à luz das dimensões teórica, institucional e normativa. **Revista Bioética**, n. 1, v. 21, 2013. p. 54.

A bioética principialista, assim denominada por ter sua aplicação fundada em quatro princípios (autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça), desde sua gênese, assumiu uma relevante finalidade no contexto para o qual foi concebida, uma vez que nasceu da necessidade do desenvolvimento de um método racional de aplicação da ética humana às pesquisas científicas, sobretudo, visando harmonizar a relação existente entre os pressupostos de respeito pelo ser humano, isto é, da dignidade humana, e o desenvolvimento progressivo da ciência.

Torna-se importante identificar como um importante marco para o reconhecimento internacional da bioética o período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, uma vez que se vivenciou um contexto de confronto manifesto à instrumentalidade científica. Sob essa ótica de análise.⁷

A despeito do fato de que o termo *bioética* tenha surgido naquela década [no início dos anos 70], alguns bioeticistas sustentam que a bioética é fruto do julgamento dos médicos nazistas, ocorrido na cidade de Nüremberg em 1947. No julgamento comprovou-se que experimentos feitos em nome do avanço científico foram realizados por médicos com pessoas detidas nos campos de concentração, independentemente do seu consentimento.

Trata-se, portanto de um histórico relativamente recente, razão pela qual o reconhecimento de seus status científico ainda suscita dissensos na comunidade acadêmica.

No entanto, a relevância da compreensão do saber bioético transpõe os estritos limites da consideração científica, no âmbito da academia, para alcançar, no pluralismo moral que caracteriza as sociedades contemporâneas, os inúmeros conflitos éticos que dela emergem.⁸

Nesse sentido, é importante destacar que o progressivo avanço científico e tecnológico, atrelado à necessidade de realizar uma (re)leitura crítica da doutrina hegemônica do principialismo resultaram na ampliação do horizonte conceitual da bioética.^{9 10}

⁷ CARREIRO, Natália Maria Soares Carreiro; OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Interconexão entre Direito e bioética à luz das dimensões teórica, institucional e normativa. **Revista Bioética**, n. 1, v. 21, 2013. p. 55.

⁸ GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 855.

⁹ GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 854.

¹⁰ PESSINI, Leo. O desenvolvimento da bioética na América Latina: algumas considerações. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

No que tange às fortes críticas direcionadas à bioética principialista anglo-saxônica, ressalta-se a hipertrofia do princípio da autonomia e a consequente utilização de uma racionalidade instrumental, individualista e circunscrita ao âmbito biomédico na aplicação dos demais princípios.¹¹ Trata-se, pois, de uma corrente teórica concebida numa sociedade culturalmente fundada em pressupostos muito distintos dos países ditos do hemisfério Sul. Conforme esclarece Volnei Garrafa:¹²

[...] o que acontece no principialismo bioético é, muitas vezes, a interpretação da autonomia como individualidade, que se aproxima do individualismo – o qual, por sua vez, pode cair no egoísmo, visão exacerbada do ‘eu’, que tende a anular o ‘nós’ mesmo em situações públicas e coletivas. A fragilidade da utilização maximalista da autonomia está na possibilidade de esta ser direcionada a um individualismo extremado, que sufoca qualquer direcionamento inverso, coletivo, indispensável para o enfrentamento dos grandes problemas sociais, constatados especialmente nos países do hemisfério Sul.

Nesse contexto, é possível afirmar que, embora desde a etapa da revisão crítica da corrente principialista a emergência de movimentos sociais minoritários (feminismo, de defesa dos negros e dos homossexuais etc) e a constatação da necessidade de oferecer respostas às questões sociais e sanitárias tenham contribuído para redimensionar a incidência da bioética para além da biomedicina, a abrangência internacional de seu campo de atuação ocorreu, de fato, em 2005, após a homologação da Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco).¹³

Essa declaração internacional foi responsável por reconhecer, mediante uma sistematização formal, que, para além dos quatro princípios originários, a bioética, enquanto saber principiológico – e não prescritivo – alicerça-se em parâmetros axiológicos e, portanto, condizentes com o(s) fundamento(s) material(is) que a constitui, isto é, a(s) ética(s).

Conforme adverte Miguel Kottow esse tema – a ética aplicada segundo princípios –, fonte de duros embates acadêmicos, resulta em importantes consequências práticas, uma vez que a depender da compreensão do observador quanto a consideração principiológica da bioética, esta pode ser, por um lado, considerada como um guia para ação deliberativa e, por

¹¹ GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 854-856.

¹² GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p.856.

¹³ GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 855.

outro lado, pode ser reduzida a uma ética destituída de caráter vinculante e de aplicabilidade racional prática.¹⁴

Nesse ínterim, convém mencionar a descrição dos princípios morais proposta por Miguel Kottow, segundo o qual:¹⁵

Los principios Morales no son epistémicos, son doxásticos, se basan em opinión y creencia antes que em conocimiento, y su aceptación es histórica y cultural más que cognitiva. [...] Las éticas basadas em principios se resguardan de la crítica y argumentan con conclusiones *a priori*, son éticas deductivas.

Diante disso, o autor argumenta que distinguir o conteúdo ético, direcionando este exclusivamente ao campo de debate dos “eticistas”, e destinando a dimensão prática do discurso ético, isto é, a sua implementação, aos “não eticistas” significa considerar que os terrenos da reflexão bioética e do biopoder são inconciliáveis, fato que pode resultar no comprometimento da autonomia dos sujeitos na tomada de decisões que os afetem.¹⁶

Kottow propõe uma reflexão bioética por meio da utilização de elementos do pragmatismo filosófico para desenvolver o que ele denomina “bioética pragmática estruturada”.¹⁷ Trata-se de uma deliberação ética que, embora não se restrinja à lógica formal, tem sua aplicação condicionada estruturalmente à observância de quatro elementos básicos: (a) o componente epistêmico; (b) a especificidade; (c) a razoabilidade; (d) a coerência e (e) a proporcionalidade.¹⁸

Além disso, a internacionalização da bioética, promovida pela Declaração Universal, contribuiu para evidenciar a aproximação desta com o Direito¹⁹ e, mais que isso, com todos os

¹⁴ KOTTOW, Miguel. La deuda de la bioética com el pragmatismo. **Revista Colombiana de Bioética**. Universidad el Bosque, n. I, v. 4, p. 15-33, jun. 2009. p. 17.

¹⁵ KOTTOW, Miguel. La deuda de la bioética com el pragmatismo. **Revista Colombiana de Bioética**. Universidad el Bosque, n. I, v. 4, p. 15-33, jun. 2009. p. 18.

¹⁶ KOTTOW, Miguel. La deuda de la bioética com el pragmatismo. **Revista Colombiana de Bioética**. Universidad el Bosque, n. I, v. 4, p. 15-33, jun. 2009. p. 19.

¹⁷ KOTTOW, Miguel. La deuda de la bioética com el pragmatismo. **Revista Colombiana de Bioética**. Universidad el Bosque, n. I, v. 4, p. 15-33, jun. 2009. p. 19.

¹⁸ KOTTOW, Miguel. La deuda de la bioética com el pragmatismo. **Revista Colombiana de Bioética**. Universidad el Bosque, n. I, v. 4, p. 15-33, jun. 2009. p. 25-30.

¹⁹ OLIVEIRA, Aline Santos de Sant’Anna. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética**, v. 15, n. 2, p. 170-185, 2007.

temas relacionados com a qualidade da vida humana (e para além desta). Seguindo a contextualização proposta por Garrafa:²⁰

No apagar das luzes do século XX, a disciplina [a bioética] passa gradativamente a expandir seu campo de estudo e ação das questões individuais para os temas coletivos, incluindo na discussão questões mais amplas relacionadas com a qualidade da vida humana e outros assuntos, que até então apenas tangenciavam sua pauta. Entre outros, passa a priorizar temas como a alocação de recursos em saúde, a exclusão social, a equidade, o racismo e outras formas de discriminação, as diferentes formas de vulnerabilidade, a finitude dos recursos naturais planetários e o equilíbrio do ecossistema.

Sob essa ótica, é importante enfatizar que os novos referenciais que passaram a orientar a bioética crítica viabilizaram a constatação do “[...] caráter pluralista e multi-interdisciplinar da bioética”,²¹ possibilitando o desenvolvimento de pesquisas destinadas à proteção dos vulneráveis e, mais que isso, finalisticamente comprometidas em intervir no mundo da vida, inserindo-se na profundidade dos processos de exclusão para o estabelecimento de propostas de condições de equânimes de sobrevivência, desbravando as fronteiras da sociabilidade global para consolidar uma ética planetária e, assim, cada vez mais, extraindo da complexidade social o substrato para a constante (re)construção do conteúdo moral que constitui o seu saber.

Assim, como decorrência da diversidade, da multiculturalidade, do pluralismo moral é possível constatar que o anseio pelo estabelecimento de parâmetros éticos universais restou frustrado pela necessidade de romper com o condicionamento inexorável imposto por perspectivas fundadas em imperialismos éticos.²² Nessa perspectiva, “O que existe, portanto, são bioéticas, no plural, e não uma única bioética.”²³

Torna-se evidente a importância de se promover uma contextualização histórica dos problemas sociais e sanitários de cada sociedade para que seja possível interpretar a realidade mediante a proposição de alternativas bioéticas capazes de neutralizar, minorar, remediar as deficiências identificadas.

²⁰ GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 856.

²¹ GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 855.

²² GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 857.

²³ GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 857.

Nesse contexto, tanto do ponto de vista geográfico, quanto do ponto de vista do conteúdo, emergem do substrato social bioéticas. Assim, geograficamente, identificam-se: a bioética “made in USA”, a “bioética europeia”, a “bioética latinoamericana”, a “bioética brasileira”,²⁴ dentre outras. No mesmo sentido, na diversidade dos conteúdos, podem ser apontadas: a “bioética de proteção”, a “bioética de intervenção”, a “bioética feminista”, etc.

Essas bioéticas devem ser compreendidas à luz das contribuições que podem viabilizar a melhoria das condições de sociabilidade, estas amplamente consideradas.

Trilhando esse entendimento, e visando delimitar o campo de estudo, convém destacar a “bioética de intervenção”, proposta teórica e prática oriunda da Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília, cujo conteúdo defende:²⁵

a) no campo público e coletivo: a priorização de políticas e tomadas de decisão que privilegiem o maior número de pessoas, pelo maior espaço de tempo e que resultem nas melhores consequências, mesmo que em prejuízo de certas situações individuais, com exceções pontuais a serem discutidas; b) **no campo privado e individual**: a busca de soluções viáveis e práticas para conflitos identificados com o próprio contexto onde os mesmos acontecem.

Torna-se evidente, portanto, o compromisso interventivo da bioética em oferecer respostas às fragilidades sociais, contribuindo, assim, com a promoção da equidade, com o fortalecimento dos vínculos de solidariedade, com o exercício democrático da participação popular, sendo este último um núcleo conceitual relevante para proposta deste estudo.

Diante disso, observa-se que tanto na dimensão pública, quanto na dimensão das relações intersubjetivas, a relevância prática da bioética envolve desde a inclusão de fundamentos bioéticos na pauta política dos governantes até a observância da mesma na orientação da prática de gestores públicos na elaboração e na implementação de políticas sociais. E, além disso, abrange, ainda, desde a construção de edifícios intelectuais, no âmbito acadêmico, que contribuam para sua sustentação teórica, bem como para a sua aplicabilidade prática até o despertar para estratégias bioéticas pautadas na democratização da sociedade e na realização da justiça social.

²⁴ PESSINI, Leo. O desenvolvimento da bioética na América Latina: algumas considerações. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

²⁵ GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. **Bioética**, n. 1, v. 13, p. 125-134, 2005. p. 130-131.

2 APROXIMAÇÃO DA BIOÉTICA COM OS DIREITOS HUMANOS: UMA POSSIBILIDADE DE POTENCIALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA?

No que tange a relação existente entre os Direitos Humanos e a Bioética, torna-se imperioso destacar que, a despeito das críticas contrárias, sob o fundamento de que os Direitos Humanos incorporados pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, advém de uma perspectiva eurocêntrica e iluminista de mundo,²⁶ manifestamos consonância com o posicionamento assumido por Albuquerque ao identificar na dignidade da pessoa humana, princípio axiológico basilar para a efetivação dos Direitos Humanos, o núcleo axiológico de interligação desses Direitos com a aplicação ética sobre a vida, isto é, com a Bioética. Na esteira da autora,²⁷

A bioética e os direitos humanos aproximam-se historicamente. A internacionalização dos direitos humanos, como resposta à capacidade de destruição e banalização da vida humana vistas durante a Segunda Guerra, e a percepção de que as práticas científicas podiam violar os valores humanos básicos despertou a consciência internacional em torno da relevância de se reconhecer a *dignidade humana inerente à pessoa*.

[...] Nota-se que a bioética e os direitos humanos surgem como formas de assegurar determinados valores e de proteger e de proteger a pessoa humana, reconhecendo-lhe uma dignidade inerente. Assim, a bioética e os direitos humanos apresentam dois pontos de aproximação: a dignidade humana e determinados valores básicos.

Constata-se, portanto, que, para além da convergência nos conteúdos protegidos (a “dignidade humana” e outros “valores básicos”), a aproximação entre os Direitos Humanos e a Bioética decorre também do marco histórico de reconhecimento internacional dos mesmos, uma vez que, embora para ambos não haja consenso quanto ao nascimento datado por uma ocorrência determinada, são consagrados pela comunidade internacional num contexto de irresignação ante as atrocidades cometidas com seres humanos após a segunda guerra mundial.²⁸

Tendo apresentado essas considerações indispensáveis para a compreensão relacional dos Direitos Humanos e da bioética, convém esclarecer as contribuições provenientes de ambos para a prática democrática.

²⁶ OLIVEIRA, Aline Santos de Sant'Anna. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética**, v. 15, n. 2, p. 170-185, 2007. p. 170-171.

²⁷ OLIVEIRA, Aline Santos de Sant'Anna. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética**, v. 15, n. 2, p. 170-185, 2007. p. 172.

²⁸ OLIVEIRA, Aline Santos de Sant'Anna. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética**, v. 15, n. 2, p. 170-185, 2007. p. 171.

Para tanto, propõe-se identificar a relação existente entre bioética, direitos humanos e democracia,

No que tange à relação existente entre democracia e Direitos Humanos, torna-se imprescindível, num primeiro momento, afastar do âmbito deste estudo a acepção formal da democracia, isto é, a democracia compreendida como obediência à lei e exercício de poder político.²⁹ Trata-se, pois, de uma perspectiva tipicamente liberal de democracia, segundo a qual

[...] a democracia se reduz a um regime político eficaz, baseado na idéia [sic] da cidadania organizada em partidos políticos, e se manifesta no processo eleitoral de escolha dos representantes, na rotatividade dos governantes e nas soluções técnicas para os problemas econômicos e sociais. Essa concepção da democracia enfatiza a idéia [sic] de representação, ora entendida como delegação de poderes, ora como “governo de poucos sobre muitos”, no dizer de Stuart Mill.

Nesse sentido, pretende-se identificar a interrelação democracia e Direitos Humanos a partir da compreensão da acepção substancial de democracia. Segundo Marilena Chauí, trata-se, pois, de uma perspectiva, de matriz de esquerda, fundada na ideia de “sociedade democrática”, uma vez que ³¹ “[...] Na concepção de esquerda, a ênfase recai sobre a idéia e a **prática da participação**, ora entendida como intervenção direta nas ações políticas, ora como **interlocução social** que determina, orienta e controla a ação dos representantes”.

Sob essa ótica, em conformidade com o entendimento assumido por Flávia Piovesan

[...] na acepção material, pode-se sustentar que a democracia não se restringe ao primado da legalidade, mas também pressupõe o respeito aos direitos humanos. Isto é, além da instauração do Estado de Direito e das instituições democráticas, **a democratização requer o aprofundamento da democracia no cotidiano, por meio do exercício da cidadania e da efetiva apropriação dos direitos humanos.** Nesse sentido, não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. **A democracia exige o efetivo e pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Há, portanto, uma conexão necessária entre democracia e direitos humanos.**

²⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, democracia e integração regional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 54, p. 221-247, 2000. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12881.pdf#page=221>. Acesso em: 12 out. 2014. p. 228. Grifo nosso.

³⁰ CHAUI, Marilena. **Considerações sobre a democracia e alguns obstáculos à sua concretização**. p. 1. Disponível em: http://recid.redelivre.ethymos.com.br/files/2011/11/Marilena_Chauí___Consideracoes_sobre_a_Democracia_1.pdf. Acesso em: 15 de out. 2014.

³¹ CHAUI, Marilena. **Considerações sobre a democracia e alguns obstáculos à sua concretização**. p. 1. Disponível em: http://recid.redelivre.ethymos.com.br/files/2011/11/Marilena_Chauí___Consideracoes_sobre_a_Democracia_1.pdf. Acesso em: 15 de out. 2014.

Nota-se que há, portanto, um entrelaçamento entre a noção de democracia material e Direitos Humanos, de modo que o efetivo exercício destes implica na realização da democracia cotidiana, a qual, na proposta desta pesquisa, envolve desde a participação popular, mediante controle social dos atos do poder público, até a democratização dos modos de ser, viver e deliberar sobre os conflitos da dimensão da vida privada.

No que tange à relação existente entre bioética e democracia, tendo em vista a apresentação dos referenciais conceituais da bioética, apontados por Garrafa, Kottow e Saada, para sua aplicação nos países ditos periféricos:³²

- 1) A não universalidade das diferentes situações, com necessidade de contextualização dos problemas específicos sob exame, aos respectivos referenciais culturais, religiosos, políticos, de preferência sexual etc.
- 2) O respeito ao pluralismo moral, a partir das visões morais diferenciadas sobre os mesmos assuntos e constatadas nas sociedades plurais e democráticas do século XXI.
- 3) A inequívoca aptidão da bioética para constituir um novo núcleo de conhecimento necessariamente multi-inter-transdisciplinar.
- 4) A característica de ser uma ética aplicada, ou seja, originária da filosofia e comprometida em proporcionar respostas concretas aos conflitos que se apresentam.
- 5) A análise dos fatos a partir dos referenciais do pensamento complexo (Morin, 2001) ou da totalidade concreta (Krosik, 1976). [...].
- 6) A necessidade de estruturação do discurso bioético, que deve ter como base a comunicação e a linguagem (para se manifestar), a argumentação (que deve primar pela homogeneidade e lógica), a coerência (na exposição das ideias) e a tolerância (relativa ao convívio pacífico diante de visões morais diferenciadas).

Conforme demonstrado acima, a depender da percepção contextual e histórica do observador, a Bioética comporta diversas manipulações conceituais. No entanto, o pluralismo moral atrelado à necessidade de contribuir para o oferecimento de respostas que facilitem o estabelecimento do diálogo entre distintas mundividências podem ser apontados como elementos substancialmente realizadores do princípio democrático.

Dito isso, convém identificar a relação existente entre a participação democrática, entendida como o núcleo que alicerça a compreensão substancial de democracia participativa, e a bioética, enquanto saber capaz de fomentar o diálogo entre diferentes perspectivas.

Consciente dos múltiplos significados que conduzem à ideia de democracia, é importante esclarecer que o conceito de democracia que orienta este estudo é o de “democracia participativa”, tendo em vista a necessidade de promover um aprofundamento teórico acerca de um modelo de sociedade capaz de concretizar uma cultura de participação popular que

³² GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 858.

transcenda os limites do formal e do simbólico. Nesse sentido, Dagnino, Olvera e Panfichi esclarecem que:³³

[...] ao conceber a democracia como mero exercício de representação política (eleitoralmente autorizada) no campo do Estado, se reproduz uma separação conceitual entre sociedade civil e a sociedade política que impede a análise das continuidades entre elas e, portanto, o entendimento da democratização como um processo que se origina na sociedade mesma e transforma [...].

Nessa perspectiva, pautando-se nas contribuições históricas apresentadas por Boaventura de Sousa Santos e Lenardo Avritzer, ao identificar o que há em comum na realização da democracia participativa nos países do Sul, vislumbra-se a democracia como uma questão de conquista de espaços decorrente de lutas políticas por reconhecimento e não como um problema exclusivamente técnico. Na esteira dos autores:

[...] é possível mostrar que, apesar das muitas diferenças entre os vários processos políticos analisados, há algo que os une, um traço comum que remete à teoria contra-hegemônica da democracia: os atores que implantaram as experiências democráticas de democracia participativa colocaram em questão uma identidade que lhes fora atribuída externamente por um Estado colonial ou por um Estado autoritário e discriminador. Reivindicar direitos de moradia (Portugal), direitos a bens públicos distribuídos localmente (Brasil), direitos de participação e de reivindicação do reconhecimento da diferença (Colômbia, Índia, África do Sul e Moçambique) implica questionar uma gramática social e estatal de exclusão e propor, como alternativa, uma outra mais inclusiva.

Essa é a ideia que sustenta o conteúdo da democracia participativa nos países ditos do sul, no século XXI, uma vez que “A reinvenção da democracia participativa nos países do Sul está intimamente ligada aos recentes processos de democratização pelos quais passaram esses países”.

Nesse prisma, a reivindicação dos movimentos comunitários por participação nos processos de tomada de decisões que os afetem constitui o exercício da democracia participativa, substancialmente considerada e, simultaneamente, é fonte de realização do diálogo entre distintas cosmovisões que sustenta a bioética.

Destaca-se, nesse ponto, o estudo realizado por Diego Gracia Guillén³⁴, identificando a importância do saber bioético para o exercício democrático:

[...] la bioética há promovido la participación democrática, mediante el prodedimiento de la toma de decisiones. Este es el gran éxito que la bioética tiene em su haber, trás treinta años de trabajo.

³³ DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto; PANFICHI, Aldo. (Orgs.). **A disputa pela construção democrática na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 18.

³⁴ GUILLÉN, Diego Gracia. Democracia y bioética. **Acta Bioethica**, n. 2, v. VII, p. 343-354. p. 352.
Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Pero la democracia social no puede terminar ahí, no termina ahí de hecho. Porque no se trata solo de generalizar el conocimiento y permitir la participación em la toma de decisiones. Se trata también y sobre todo de asumir como um principio que la verdad no la posee nadie *a priori*, que hemos de ir conquistando todos em conjunto y colaborativamente y que, por tanto, tenemos que dar razones de las posturas que mantenemos, escuchar, y entender las razones de los demás, y de esse modo ir ajustando y modificando las nuestras. De lo que se trata, pues, es de deliberar em conjunto, a fin de llegar a soluciones más matizadas y correctas. Sin deliberación conjunta no habrá nunca auténtica democracia. De ahí que cada vez se insista más em la necesidad de que la democracia social no sea solo participativa sino también deliberativa. [...] A mi no me cabe duda de que la bioética está llamada a jugar um importantísimo papel em este sentido.

Propõe-se, portanto, que a bioética seja compreendida como uma possibilidade de potencialização da democracia participativa e, mais que isso, da deliberativa, uma vez que o exercício democrático não se restringe à possibilidade de participação ativa dos sujeitos, mas, para além disso, é um exercício que requer o reconhecimento da limitação racional humana para uma percepção horizontalizada das gramáticas sociais, visando o alcance de uma deliberação colaborativa, plural, dialógica entre os envolvidos.

3 A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA PRÁTICA DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

No contexto da atuação democrática, vale destacar que a busca por instrumentos viabilizadores do exercício democrático deve ser constantemente perseguida pelas três esferas de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário). No entanto, considerando as crises do Estado, identificadas pelo professor José Luis Bolzan de Moraes,³⁵ afirma-se que o exercício da democracia não deve ser vislumbrado apenas enquanto necessidade de construir consenso no espaço público mediante um procedimento institucionalizado que o assegure.

É, justamente, nesse contexto que se torna clara a importância de (re)pensar que propostas de instrumentalização democrática não devem se restringir a seara do procedimento, uma vez que, em tempos de crise, o fortalecimento da ideia de democracia requer mais do que o fortalecimento e aperfeiçoamento dos instrumentos de democracia direta (plebiscito, referendo, iniciativa popular). Requer, portanto, mais do que estratégias de democratização dos três poderes que alicerçam as funções do Estado. Requer a entronização da cultura da participação

³⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

popular, visando à democratização do saber e do poder. Ou, nas palavras de Boaventura de Souza Santos, visando “democratizar a democracia”.³⁶

Diante das crises do estado identificadas pelo professor Bolzan e, mais enfaticamente, diante das “crises funcional” e “constitucional”, constata-se que a jurisdição já não é uma função desempenhada exclusivamente pelo Estado, uma vez que o pluralismo jurídico impõe-se como realidade, impedindo que o Estado detenha o monopólio da produção e da aplicação do Direito. Assim, conforme esclarece o professor:³⁷

[...] o que nominamos *crise funcional* do Estado, entendida esta na esteira da multiplicidade de *loci* de poder, gerando a referida perda de centralidade e exclusividade do Estado, pode ser sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho das funções estatais, [...] seja pela concorrência que recebem de outras *agências* produtoras de decisões de natureza legislativa, executiva e/ou jurisdicional, seja, a muito mais, pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com perspectiva de vê-las suportadas no caráter coercitivo que seria próprio às decisões do Estado.

De acordo com o autor, essa crise acarreta a modificação das atribuições clássicas das funções estatais e inaugura uma realidade caracterizada pela convivência com “[...] um certo *pluralismo de ações* e um *pluralismo funcional*, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais”.³⁸

Dito isso, convém promover um aprofundamento da mediação comunitária, enquanto método alternativo capaz de fomentar, do ponto de vista teórico e prático, a participação democrática e o exercício do pluralismo que caracteriza a sociedade contemporânea.

Pretende-se, com isso, responder ao seguinte questionamento: a utilização dos princípios bioéticos na mediação comunitária possui potencial para o alcance de uma maior participação democrática no enfrentamento de conflitos sociais?

Para tanto, optar-se-á por dar enfoque ao desenvolvimento de um pressuposto basilar para o abandono da “*cultura da sentença*” e para a conseqüente adoção da “*cultura da pacificação e do entendimento mútuo*”: trata-se da mudança na mentalidade dos operadores do direito no que tange à utilização dos métodos alternativos para a resolução de controvérsias

³⁶ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: p. 39-82.

³⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 51.

³⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 52.

(ênfatisados pela análise da prática mediadora). Sob esse prisma, Pinho e Durço³⁹ afirmam que “[...] o elemento principal para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação”.

Evidencia-se, nesse contexto, a abertura do sistema jurídico para a percepção de um direito inacabado que necessita de constante interpretação, de racionalidade comunicativa, de participação, e, concomitantemente, de atuação do juiz “Hermes”,⁴⁰ promovendo o equilíbrio da relação processual através da adoção de uma postura humanizada. Sendo assim, os métodos alternativos, sobretudo a mediação, surgem como uma necessidade posta pelo Estado Democrático de Direito com o propósito de adequar a função jurisdicional aos novos tempos.

Propõe-se através da análise crítico-reflexiva, estabelecida por Pinho e Durço,⁴¹ sobre a atuação do juiz nos três distintos paradigmas estatais (Estado liberal, Estado social e Estado democrático), a constatação de que no contexto estatal contemporâneo, marcado pela formação de uma nova racionalidade teórica e empírica, faz-se necessário o direcionamento para um novo parâmetro de conduta ativa, tanto por parte do profissional do direito quanto por parte da própria sociedade civil, a fim de viabilizar, à luz de métodos alternativos para a resolução de controvérsias, a construção de uma cultura jurídica diversa, alicerçada nos seguintes fundamentos: a formação de um novo perfil de atores coletivos, a satisfação de necessidades humanas fundamentais, a reordenação do espaço público através da política de democracia descentralizadora e participativa, a consolidação de uma ética da alteridade e, por fim, a composição de uma racionalidade emancipatória. Tais fundamentos aludem ao pluralismo jurídico, proposto por Antônio Carlos Wolkmer, enunciado pelas seguintes linhas:⁴²

[...] há de se designar o pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades, materiais, culturais.

³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; DURÇO, Karol Araújo. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional.** Disponível em: <www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm> Acesso em 24 de maio de 2010. p. 21.

⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; DURÇO, Karol Araújo. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional.** Disponível em: <www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm> Acesso em 24 de maio de 2010.

⁴¹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; DURÇO, Karol Araújo. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional.** Disponível em: <www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm> Acesso em 24 de maio de 2010.

⁴² WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001. p. 219.

Nesse sentido, afirma-se que o pluralismo jurídico se manifesta como um corolário do Estado Democrático de Direito e consiste na afirmação de um direito que ultrapassa as barreiras da positivação, concretizando, através de sua racionalidade, o “[...] abandono da ‘razão instrumental’ insuficiente por uma razão ‘prático-discursiva’, reconstruída, ampliada e humanizada”.⁴³ E é a partir dessa humanização que a redefinição funcional do poder judiciário se consolida, viabilizando o desenvolvimento prático de um juiz “Hermes” que se faz tão útil quanto necessário para a realidade vigente.

Tendo estabelecido esses pressupostos, cumpre explicitar a relevância de tal abordagem para o texto em análise: objetiva-se associar o texto de Pinho e Durço⁴⁴ à proposta do pluralismo jurídico a fim de vincular a necessária mudança de mentalidade profissional e social à prática pluralista alternativa do direito, sob a ótica da mediação e da bioética, ressaltando os pontos positivos desses métodos para a democratização do conhecimento.

Atenta-se para o fato de que a composição de uma cultura da pacificação não ocorrerá instantaneamente ou por imposição às partes, mas sim através do escopo pedagógico de métodos autocompositivos, como a mediação. Escopo este que possui como um de seus pressupostos a introdução de uma nova cultura jurídica marcada por uma educação libertadora (proposta do pluralismo jurídico), na qual a prática cotidiana adere a métodos informais, eficazes e aptos às novas exigências sociais.

Uma educação libertadora, comprometida com o processo de desmistificação e conscientização (um novo ‘desencanto do mundo’), apta a levar e a permitir, por meio da dinâmica interativa ‘consciência, ação, reflexão-transformação’, que as identidades individuais e coletivas assumam o papel de agente históricos de juridicidade, fazendo e refazendo o mundo da vida e ampliando os horizontes do poder societário.⁴⁵

Nesse quadro, a fim de atingir essa proposta pedagógica emancipatória, pode-se afirmar que a mediação se concretiza no seio da sociedade de forma ampla como manifestação do pluralismo jurídico, na medida em que representa uma prática alternativa do Direito.

Convém conceituar esse método como uma prática voluntária, flexível e informal que envolve um terceiro imparcial apto a possibilitar que os envolvidos manifestem sua autoridade

⁴³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001. p. 279.

⁴⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; DURÇO, Karol Araújo. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional**. Disponível em: <www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm> Acesso em 24 de maio de 2010.

⁴⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001. p. 283.

para atuar em busca da solução consensual. Tal conceito se estabelece a partir da explanação de princípios norteadores, enunciados por Lília Maia de Moraes Sales,⁴⁶ quais sejam: a liberdade das partes, o poder de decisão das partes, a não competitividade, a participação de terceiro imparcial, a confidencialidade no processo, a competência do mediador e a informalidade do processo.

Dando prosseguimento a essa orientação, a mediação será útil para situações em que a técnica processual se mostra insuficiente, como nas relações comunitárias ou de vizinhança, na tutela do consumidor, nos acidentes de trânsito etc.

Ressalte-se que, conforme aduz Grinover “[...] a mediação, enquanto método alternativo funcional e eficaz para a resolução de controvérsias, fundamenta-se em três dimensões coexistentes: um fundamento funcional (decorrente da ineficiência do método tradicional para a resolução de determinados conflitos), um fundamento social (decorrente da importância de promover pacificação social) e um fundamento político (decorrente da participação popular na administração da justiça)”⁴⁷.

Trilhando essas pegadas, constata-se que a “[...] mediação possui vários objetivos, dentre os quais se destacam a **solução** dos conflitos (boa administração do conflito), a **prevenção** da má administração de conflitos, a **inclusão social** (conscientização de direitos, acesso à justiça) e a **paz social**”⁴⁸.

Por conseguinte, enfoque diferencial será dado ao fundamento político que a mediação assume e, conseqüentemente, ao seu objetivo de inclusão social através da exposição da mediação comunitária.

É possível afirmar que na prática da mediação comunitária o sentimento de identidade social da comunidade enquanto grupo fortalece o vínculo entre o mediador e mediado fazendo com que a funcionalidade do método de mediação comunitária seja ainda mais significativa para tratar de demandas diversas (conflitos de vizinhança, conflitos entre marido e mulher, falta de

⁴⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 33-34.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 3-4. Grifo do autor.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2007.

informações sobre direitos etc), assegurando valores essenciais para a composição de um “pluralismo jurídico comunitário-participativo”⁴⁹ essencial para a questão.

Nesse ínterim, a ação dos novos movimentos sociais, das organizações populares voluntárias e dos demais corpos intermediários revela-se fonte autêntica de indícios, referências e diretrizes materiais e culturais do novo saber e da nova educação acerca do ‘legal’, do ‘jurídico’ e da ‘justiça. A força desse processo educativo de socialização será plenamente eficaz quando for capaz de gerar não só novas formas de relacionamento entre poder societário e Estado, entre público e privado, entre informal e formal, entre global e local, mas também formas de vida cotidiana, estimuladoras de orientações baseadas em princípios comunitários, como ‘autonomia’, ‘alteridade’, ‘descentralização’, ‘participação’ e ‘autogestão’.⁵⁰

Pretende-se, por intermédio das palavras de Wolkmer, constatar que o efeito benéfico da promoção de um novo saber popular, proporcionado pela mediação comunitária, incide na sociedade de modo a tornar a coexistência social algo possível e, além disso, propicia a consolidação de valores comunitários essenciais para que uma nova percepção da realidade se concretize.

Sob essa ótica de análise, torna-se evidente a importância da compreensão desse método enquanto garantia de um pluralismo jurídico essencial para a legitimidade do Estado Democrático de Direito e para a consequente consagração de valores (autonomia, alteridade e consenso) que fundamentam essa nova “cultura da pacificação e do entendimento mútuo”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pluralismo jurídico representa um alicerce para essa cultura jurídica caracterizada, em conformidade com Wolkmer, tanto pela *prática alternativa do Direito* (exposta nesse trabalho através da mediação comunitária) quanto pelo *uso alternativo do Direito* (efetivado por magistrados conscientes aptos a aderir às novas tendências). Será a partir desse uso alternativo que o “juiz Hermes” irá “explorar, mediante o método hermenêutico (interpretação de cunho libertário), as contradições e as crises do próprio sistema oficial e buscar formas legais mais democráticas superadoras da ordem burguesa estatal”.⁵¹

⁴⁹ Expressão utilizada por Antônio Carlos Wolkmer. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001. p. 341.

⁵⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001. p. 342-343.

⁵¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001. p. 304.

Esse é o marco para que possa emergir um profissional apto a ouvir e a dialogar abdicando do formalismo em prol do resultado “vencedor-vencedor”, convertendo, desse modo, a crença maniqueísta de destruição do outro (produto da cultura da sentença) na construção de uma ética de alteridade capaz de influir na formação de uma mentalidade diferenciada, no que tange às relações conflituosas.

Para isso, faz-se necessário reconhecer, definitivamente, que “[...] a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige para o futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo”.⁵²

Por óbvio, a mudança na mentalidade profissional e social ocorre na medida em que um novo paradigma, isto é, uma nova compreensão do direito e da justiça, se estabelece e se realiza no seio da sociedade. Daí decorre a aproximação necessária entre o direito e a bioética, identificando-se nesta um saber que se funda numa espécie de horizontalização dialógica indispensável para o exercício democrático e participativo da sociedade nas tomadas de decisões que as afetem.

Nesse caso, a cultura do *pluralismo jurídico comunitário-participativo*, perceptível em práticas alternativas como a mediação comunitária, representa a “nova” fonte do direito que funciona como um sustentáculo para a democratização do conhecimento e para a consolidação irrefutável de um direito que caminha para longe do monismo e, cada vez mais, para perto da sociedade.

E a utilização do conhecimento bioético na prática da mediação comunitária constitui medida/ ação capaz de contribuir para a participação dos sujeitos na tomada de decisões que os afetem, demanda imprescindível para a potencialização de consciência e de atuação democrática.

REFERÊNCIAS

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

CHAUÍ, Marilena. **Considerações sobre a democracia e alguns obstáculos à sua concretização.** p.1.Disponível em: http://recid.redelivre.ethymos.com.br/files/2011/11/Marilena_Chauí___Consideracoes_sobre_a_Democracia_1.pdf. Acesso em: 15 de out. 2014.

CARREIRO, Natália Maria Soares Carreiro; OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Interconexão entre Direito e bioética à luz das dimensões teórica, institucional e normativa. **Revista Bioética**, n. 1, v. 21, p. 53-61, 2013.

DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto; PANFICHI, Aldo. (Orgs.). **A disputa pela construção democrática na América Latina.** São Paulo: Paz e Terra, 2006.

GARRAFA, Volnei. Bioética. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (Orgs.). **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil.** Rio de Janeiro: Cebes/Fiocruz, 2009. p. 853-870.

GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. **Bioética**, n. 1, v. 13, p. 125-134, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação.** São Paulo: Atlas, 2007.

GUILLÉN, Diego Gracia. Democracia y bioética. **Acta Bioethica**, n. 2, v. VII, p. 343-354. p. 352.

KOTTOW, Miguel. La deuda de la bioética com el pragmatismo. **Revista Colombiana de Bioética.** Universidad el Bosque, n. I, v. 4, p. 15-33, jun. 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

OLIVEIRA, Aline Santos de Sant'Anna. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética**, v. 15, n. 2, p. 170-185, 2007. p. 171.

PESSINI, Leo. O desenvolvimento da bioética na América Latina: algumas considerações. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, democracia e integração regional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 54, p. 221-247, 2000. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12881.pdf#page=221>. Acesso em: 12 out. 2014. p. 228. Grifo nosso.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; DURÇO, Karol Araújo. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional**. Disponível em: <www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm> Acesso em 24 de maio de 2010.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: p. 39-82.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.

O ACESSO INTEGRAL À JUSTIÇA PELA VIA DOS CENTROS MULTIPORTAS DE GESTÃO DE CONFLITOS

FULL ACCESS TO JUSTICE THROUGH MULTI-DOOR CENTERS OF CONFLICT MANAGEMENT

Ricardo Goretti Santos¹

RESUMO

Versa sobre a atividade de gestão de conflitos por vias plurais de facilitação do direito fundamental de acesso integral à justiça. Tem sua relevância prática justificada em função de uma carência fortemente presente na prática jurídica brasileira: a ausência de critérios racionais objetivos que possam ser utilizados por gestores de conflitos (profissionais e estudantes de direito), para efeito de determinação do método que melhor se adeque às particularidades de cada caso particular. Critérios que possam direcioná-los na escolha da alternativa de encaminhamento jurídico mais adequada, dentre várias que possam ser utilizadas: orientação jurídica, processo judicial individual ou coletivo, negociação, conciliação, mediação, arbitragem ou processamento pela via de uma serventia extrajudicial. Busca atribuir resposta ao seguinte problema de pesquisa: como os Centros Multiportas de Gestão de Conflitos podem contribuir para a efetivação do direito fundamental de acesso integral à justiça, utilizando-se adequadamente de métodos e técnicas plurais de administração de controvérsias? O artigo é estruturado em três etapas de desenvolvimento. Num primeiro momento, delimita os contornos da crise do sistema judicial de administração de conflitos: fenômeno que impulsiona a afirmação de uma tendência nacional de difusão de métodos alternativos ao processo judicial. Na sequência, analisa a experiência Norte-Americana com o desenvolvimento do sistema multiportas de gestão de conflitos pela via dos Tribunais: o *Multi-door Courthouse*. Em seguida, descreve as virtudes, critérios e etapas balizadoras do processo de gestão de conflitos em um Centro Multiportas, assim compreendido o lócus das práticas de prevenção e resolução de conflitos por vias plurais (judiciais e extrajudiciais), tais como: escritórios de advocacia, defensorias públicas, promotorias de justiça, PROCON's, Tribunais e núcleos de prática jurídica de instituições de ensino jurídico. A título hipótese para o problema de pesquisa lançado, defende que um Centro Multiportas de Gestão de Conflitos comprometido com a

¹ Doutorando e mestre pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa “Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos”, vinculado à FDV. Especialista em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV) e em Resolução Alternativa de Conflitos, com ênfase em mediação (Universidade de Buenos Aires-Argentina). Coordenador do Curso de Graduação em Direito FDV. Professor de Resolução Alternativa de Conflitos da Graduação e Especialização em Direito da FDV. Advogado. Consultor de órgãos públicos em projetos de negociação, conciliação e mediação. E-mail: ricardogoretti@fdv.br

correta utilização de métodos e técnicas plurais de administração de controvérsias, deve pautar suas práticas na observância de critérios racionais objetivos, norteadores da atuação dos gestores de conflitos (advogados, defensores públicos, promotores de justiça, agentes de PROCONS, magistrados e demais servidores do Judiciário), nas três etapas constitutivas de um processo de gestão de conflitos: do diagnóstico do conflito; passando pelo falseamento dos encaminhamentos jurídicos possíveis; até a escolha e execução do método que melhor atenda às particularidades do caso concreto. Os critérios de identificação do método mais adequado serão estabelecidos na forma de fluxograma, para que melhor possam servir a gestores de conflitos, como diretriz norteadora do processo falseamento das alternativas disponíveis.

PALAVRAS CHAVE: Acesso à justiça. Desjudicialização. Métodos alternativos de solução de conflitos. Centros Multiportas.

SUMMARY

Based upon the activity of conflict management through the multi-facilitation of the fundamental right of full access to justice. As a relevant justified practice in functional operation, there is a strong lack of presence in the Brazilian practice of law: the absence of rational objective criteria which can be utilized by conflict facilitators (professionals and law students), for the purpose of determining the method that best suits the particularities of each individual case. Criteria that could direct them in choosing the most appropriate legal alternative, among others, that might be used involve: legal guidance, individual or collective lawsuits, negotiation, conciliation, mediation, arbitration or through service of process made via extrajudicial means. Searching to ascertain answers to the following research problem: How Multi-Door Centers of Conflict Management can contribute to the effective achievement of the fundamental right of full access to justice, using properly the plural methods and techniques of business administration controversies? The article is structured into three stages of development. In the first stage, it delineates the contours of the crisis in the judicial system of the administration of conflicts: phenomenon that promotes the affirmation of a national trend of diffusion of alternative methods to the judicial process. Following, it analyzes the North American experience with the Multi-Door system development of conflict management through the courts: the *Multi-Door Courthouse*. Subsequently, it describes the virtues, criteria, and benchmark steps in the process of conflict management in Multi-Door Centers of Conflict Management, thus grasping the locus of conflict prevention and conflict resolution through plural means (judicial and extra-judicial), such as: law firms, public defenders, prosecutors, state attorney-generals, consumer protection divisions, courts, and core legal practice courses of legal educational institutions. The entitled hypothesis of the problem posed by the instant research, argues that Multi-Door Centers of Conflict Management are committed to the correct usage of plural methods and techniques of administration controversies, which must follow their practice in accordance with rational objective criteria, guiding the performance of conflict facilitators (lawyers, public defenders, prosecutors, state attorney-generals, agents of consumer protection divisions, magistrates, judges, and other judicial servants); the three constituent steps of the conflict management process: from diagnosis of the conflict; channeling through the distortion of plausible legal issues; until the choice and execution of the method that best meets the particularities of the case. The criteria for identifying the most appropriate method should be established in the form of a flowchart, of which can best serve the conflict facilitators, as directive guidelines in a distorted process of available alternatives.

KEYWORDS: Access to justice. Reduction of judicial involvement. Alternative methods of conflict resolution. Multi-Door Centers.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Acesso à justiça e crise de administração da justiça. 2 Os Tribunais Multiportas norte-americanos: contribuições de um sistema multiportas de gestão de conflitos. 3 Etapas do processo de gestão de conflitos por vias plurais: virtudes e critérios racionais norteadores do processo de escolha do método mais adequado às particularidades do caso concreto. 3.1 Virtudes racionais que devem guiar as condutas dos gestores de conflitos: prudência e justiça. 3.2 Critérios racionais de observância necessária nas três fases do processo de gestão de conflitos nos centros multiportas: diagnóstico do conflito; falseamento das alternativas disponíveis; execução da medida adequada. 3.2.1 Diagnóstico do conflito: o que a demanda vela e revela? 3.2.2 Realização de testes de falseamento das alternativas disponíveis. 3.2.3 Aplicação do método adequado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem sua relevância projetada no plano prático, em função de uma carência fortemente presente em nosso País, qual seja: a ausência de critérios que possam ser utilizados por profissionais e estudantes de direito dedicados à tarefa de gestão de conflitos (doravante denominados gestores de conflitos), para efeito de determinação da técnica ou método de solução que melhor se adeque às particularidades de cada caso particular.

Pelas razões que serão expostas no desenvolvimento do presente artigo, observa-se que a tendência nacional de difusão de práticas alternativas ao processo judicial (tais como as serventias extrajudiciais, a negociação, conciliação, mediação e arbitragem), não se revela subsidiada por critérios racionais de determinação do melhor tratamento que o conflito concretamente considerado pode demandar. Referimo-nos, aqui, à ausência de critérios de determinação do encaminhamento jurídico mais adequado ao caso concreto. No contexto de uma tendência nacional de ampliação das vias de acesso à justiça, a atividade de gestão de conflitos por vias plurais revela-se bastante prejudicada pela ausência de clareza quanto aos critérios de definição dos casos que determinarão: uma orientação jurídica; o ajuizamento de uma ação (individual ou coletiva); a realização de uma autocomposição (negociação, conciliação ou mediação), arbitragem; ou o processamento pela via de uma serventia extrajudicial.

Essa ausência de critérios se faz presente na prática de diversos gestores de conflitos: advogados, que muitas vezes promovem encaminhamentos judiciais aos casos que lhe

são confiados, sem prévia análise do cabimento de outras vias (tais como as serventias extrajudiciais, negociação, conciliação, mediação, ou arbitragem); juízes e servidores dos órgãos judiciários, que fazem uso indiscriminado da conciliação e mediação, sem saber ao certo em quais circunstâncias que a realização dessas práticas consensuais é recomendada; defensores públicos e promotores de justiça, que realizam medidas judiciais individuais, quando poderiam atuar com mais intensidade no âmbito extrajudicial ou até mesmo das demandas judiciais coletivas, beneficiando um número maior de pessoas; agentes dos PROCON's estaduais e municipais, que utilizam indiscriminadamente da conciliação, sustentando uma postura imparcial que não lhes compete, quando deveriam assumir uma posição parcial, de defesa dos interesses do consumidor vulnerável (considerado individual ou coletivamente), mediante aplicação de técnicas de negociação²; e até mesmo estudantes do Direito, que no exercício de atividades acadêmicas de atendimento real (nos Núcleos de Prática Jurídica), restringem-se ao ajuizamento de ações individuais e à realização de sessões de conciliação, ignorando muitas vezes outras possibilidades de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça a eles também disponíveis. Tais deficiências decorrem, basicamente: da falta de informações sobre as particularidades e potencialidades dos métodos alternativos ao processo judicial; e da carência de critérios objetivos de identificação do método mais adequado às particularidades de cada caso concreto.

O presente estudo busca atribuir resposta ao seguinte problema de pesquisa: como os Centros Multiportas de Gestão de Conflitos podem contribuir para a efetivação do direito fundamental de acesso integral à justiça, utilizando-se adequadamente de métodos e técnicas plurais de administração de controvérsias?

Tem-se como objetivo precípua a delimitação de critérios que possam ser utilizados para efeito de escolha do método ou técnica mais adequada às particularidades dos casos concretos administrados por gestores de conflitos vinculados a Centros Multiportas judiciais e extrajudiciais, tais como: advogados; defensores públicos; promotores de justiça; agentes de PROCON's municipais e estaduais; acadêmicos em atuação nos Núcleos de Prática Jurídica das faculdades de direito; juízes e servidores dos órgãos judiciários responsáveis pela realização de sessões de conciliação e mediação, por força da Resolução n.º 125/2010 do CNJ (que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário).

A título de hipótese de pesquisa, defende-se que a efetivação do direito fundamental de acesso integral à justiça, mediante o emprego de métodos e técnicas plurais de gestão de

² Para um conhecimento mais aprofundado sobre as razões da crítica à prática da conciliação no âmbito dos PROCON's, recomenda-se a leitura de pesquisa realizada sobre o tema, em co-autoria com o Prof. Igor Rodrigues Britto, disponível para consulta em artigo eletrônico dedicado à defesa da tese de que os agentes dos órgãos de proteção e defesa dos interesses de consumidores melhor cumpriram sua missão constitucional se assumissem uma postura negociadora, de representação dos interesses da parte vulnerável que lhe compete assistir. (SANTOS, Ricardo Goretti; BRITTO, Igor Rodrigues. O papel do PROCON na defesa qualificada dos interesses dos consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. In: XVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2009, Maringá. *Anais do XVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 5967-5991.)

conflitos, requer desses profissionais e estudantes a reunião de virtudes e critérios racionais de orientação para a realização de escolhas adequadas. Virtudes e critérios necessários para que estes sujeitos sejam capazes de promover os encaminhamentos mais adequados às particularidades de cada caso concreto que lhes seja apresentado. Em sentido mais amplo, defende-se que a conjugação das virtudes e critérios que serão expostos no presente artigo, é recomendada aos gestores de conflitos de todo e qualquer Centro Multiportas de administração de controvérsias: escritórios de advocacia; defensorias públicas; promotorias de justiça; núcleos de prática jurídica; e Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos instituídos pela Resolução 125/2010 do CNJ.

A busca de uma resposta para o já delimitado problema de pesquisa passa pela realização de investigações e reflexões, que serão traçadas em três etapas de desenvolvimento que conferirão corpo ao presente artigo.

Num primeiro momento, serão delimitados os contornos da “crise de administração da justiça” (SANTOS, 2005, p. 165) que afeta o Brasil, justificando e impulsionando a afirmação de uma tendência de difusão de métodos alternativos ao processo judicial, como forma de ampliação e efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

Em seguida, serão desenvolvidas algumas considerações sobre a experiência Norte-Americana com o desenvolvimento do Sistema Multiportas, que se baseia na proposta de capacitação de servidores para a realização de uma espécie de triagem, a partir da qual, com base em critérios racionais objetivos, torna-se possível eleger o método mais adequado para administração dos conflitos concretamente manifestados.

Na fase final de desenvolvimento do estudo, ênfase especial será conferida às etapas do processo de gestão de conflitos por múltiplas vias de condução e resolução. Nessa oportunidade, tomando como base a lição de Caím Perelman sobre as duas virtudes racionais que segundo o mesmo deveriam guiar as condutas humanas (a prudência e a justiça), serão delimitadas as atribuições que devem ser desempenhadas por gestores de conflitos, assim como os critérios que pelos mesmos devem ser observados, nas três etapas fundamentais de um processo de gestão de conflitos: do diagnóstico do conflito; passando pela realização de testes de falseamento das possibilidades de encaminhamento disponíveis; até a chegada do momento final de execução da medida considerada mais adequada ao tratamento do caso concreto. Os procedimentos e critérios inerentes à segunda fase deste processo (principal contribuição que o presente estudo visa prestar em termos de inovação) serão estruturados sob influência do racionalismo crítico, Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

que levou Karl Raimund Popper ao desenvolvimento do método hipotético-dedutivo de produção do conhecimento científico.

Finalmente, as conclusões serão apresentadas com a expectativa de que os critérios racionais que serão propostos (a título de orientação para a escolha do método mais adequado), possam servir de diretriz orientadora de gestores de conflitos vinculados a Centros Multiportas, no âmbito judicial e extrajudicial.

1 ACESSO À JUSTIÇA E CRISE DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça pode ser considerado sob três perspectivas. Na primeira (o “sentido geral”) o acesso à justiça é “concebido como sinônimo de *justiça social*”. A segunda (o “sentido restrito”), de modo formalístico, restringe o direito em questão ao “aspecto dogmático de acesso à tutela jurisdicional” (LEITE, 2011, p. 155-156). A terceira e última (o “sentido integral”) compreende os escopos jurídico, social e político do processo, abarcando, ainda, a extensão do direito de “acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos, pois o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania” (LEITE, 2011, p. 158).

Muito mais do que uma garantia formal de acesso ao Judiciário, o acesso à justiça se destaca como o mais básico dos direitos humanos segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12), consagrado em todo e qualquer sistema jurídico comprometido com a efetivação do ideal da justa, efetiva, adequada e tempestiva solução de conflitos. Em virtude dessa crença, para efeito de desenvolvimento deste estudo, o direito de acesso à justiça será considerado no sentido integral acima exposto.

O estudo da temática do acesso à justiça no Brasil passa, inevitavelmente, pela análise de um complexo emaranhado de entraves que acometem de ineficácia o processo judicial: instrumento estatal de administração da justiça que, muitas vezes, não cumpre seus escopos social, jurídico e político. Referimo-nos a um conjunto aparentemente intransponível de obstáculos (econômicos, organizacionais, processuais, sociais, culturais e até mesmo

psicológicos) que apartam o jurisdicionado da almejada justiça que o aparato estatal de solução de conflitos deveria proporcionar, sempre que provocado a agir.

No Brasil, esse complexo emaranhado de obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça se faz representado pela consolidação e articulação de entraves de diversas naturezas, tais como: a deficitária informação sobre direitos assegurados e deveres estabelecidos; os elevados custos processuais; a inadequação dos instrumentos processuais à tutela de interesses metaindividuais, além da baixa utilização dos instrumentos de tutela coletiva disponíveis; a insuficiência de juízes e auxiliares da administração da justiça; a carência de recursos materiais; a centralização dos foros; a “morosidade sistêmica” (SANTOS, 2007, p. 42), decorrente do desaparecimento do judiciário, do legalismo e do formalismo excessivo das normas processuais; e a “morosidade activa” (SANTOS, 2007, p. 43), que resulta da postura intencionalmente protelatória daqueles que, tendo em mira a procrastinação do processo, fazem uso incorreto da técnica processual. Da consolidação desses entraves resulta o surgimento de uma tendência de difusão de vias alternativas de solução de conflitos.

Tradicionalmente representados pelas siglas ADR (do inglês *Alternative Dispute Resolution*) ou RAD (do castelhano *Resolución Alternativa de Disputas*), os chamados métodos alternativos de solução de conflitos compreendem o conjunto de práticas alternativas ao processo judicial. Algumas delas já são conhecidas no Brasil, como a negociação (direta e assistida), conciliação, mediação e arbitragem. Outras ainda são pouco difundidas, tais como: fact finding; ombudsman ou ombudsperson; mini trial; summary jury trial; e rent-a-judge.

Se hoje é possível identificar uma tendência nacional de difusão desses métodos alternativos de solução de conflitos, a exemplo do que há muito se observa no plano internacional, isso muito se deve à “crise de administração da justiça” (SANTOS, 2005, p. 165): fenômeno compreendido como colapso dos sistemas judiciais de resolução de conflitos de diversos países, que convivem com extremas dificuldades de superação dos entraves à efetivação do direito de acesso à adequada, efetiva e tempestiva resolução de conflitos.

Essa crise que aflige o Brasil é um problema mundial, que eclode em decorrência de uma crescente explosão de litígios, não acompanhada pela capacidade do Estado de equacionar tamanha demanda no exercício da prestação jurisdicional. Boaventura de Sousa Santos explica que a crise prestacional foi agravada na década de setenta,

... período em que a expansão econômica terminava e se iniciava a recessão, para mais uma recessão com caráter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e sua crescente

incapacidade de dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior (FANO *et al.*, 1983). Uma situação que se dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestado nas mais diversas áreas de atividade estatal e que, por isso, se repercutiu também na incapacidade do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada. Daqui resultou um factor adicional da crise da administração da justiça. (2005, p. 167)

A propósito do rompimento do monismo estatal na aplicação do direito, Douglas César Lucas ponderou:

A realidade contemporânea manifesta racionalidades específicas e, muitas vezes, incompatíveis entre si, que não são absorvidas e compreendidas pela dinâmica operacional do Poder Judiciário moderno, o que tem contribuído para a formação de novas formas e instâncias de regulação, controle e decisões sociais não alcançadas pelo Poder Judiciário. As modernas promessas do Estado-Juiz são incapazes de abarcar a complexidade dos conflitos atuais. (2005. p. 188)

A relação de causa e efeito entre a crise de administração da justiça e a tendência de difusão de métodos alternativos foi estabelecida por Luís Alberto Gómez Araújo, que declarou ter sido “... necessária uma crise no sistema de administração de justiça latino-americano, para começarmos a pensar em desenvolver na sociedade sua capacidade de resolver seus próprios problemas sem precisar recorrer às vias judiciais” (1999, p. 127).

No mesmo sentido, Antonio Carlos Wolkmer asseverou:

Ainda que seja um *locus* tradicional de controle e de resolução de conflitos, na verdade, por ser de difícil acesso, moroso e extremamente caro, torna-se cada vez mais inviável para controlar e reprimir conflitos, favorecendo, paradoxalmente, a emergência de outras agências alternativas ‘não institucionalizadas’ ou instâncias judiciais ‘informais’ (juizados ou tribunais de conciliação ou arbitragem ‘extrajudiciais’) que conseguem, com maior eficiência e rapidez, substituir com vantagens o Poder Judiciário. (2001, p. 100-101)

Em decorrência da ineficácia da prestação jurisdicional, o Direito passa por uma série de transformações, tais como:

a) rompimento do monismo jurídico e esvaziamento do monopólio estatal da produção normativa; b) deslegalização e desregulamentação de direitos, serviços públicos e atividades privadas; c) delegação do Estado para a sociedade civil da capacidade decisória sobre temas específicos; d) surgimento do Estado Paralelo; e) desterritorialização das práticas jurídicas; f) reconhecimento de novas arenas jurídicas e de novos sujeitos de direito; g) nova concepção de cidadania. (CAMPILONGO, 2000, p. 59-60)

As origens desse estado de crise podem ser justificadas na consolidação de culturas jurídicas muitas vezes descomprometidas com a realização da justiça, nas quais imperam práticas conservadoras, elitistas, arcaicas e estruturalmente desajustadas de administração da justiça. Referimo-nos aqui uma tradição jurídica tal qual a brasileira, classificada por Antonio Carlos Wolkmer como uma cultura “monista de forte influxo kelseniano, ordenada num sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas” (2001, p. 96-97).

Em decorrência do fenômeno da crise de administração da justiça que nos aflige, a lógica dos sistemas tradicionais de administração da justiça também passa a ser substancialmente alterada. A referida crise dá lugar ao florescimento de uma tendência de difusão de práticas de solução de conflitos alternativas ao processo judicial, marcadas pelas seguintes características:

1. Ênfase em resultados mutuamente acordados, em vez da estreita obediência normativa. 2. Preferência por decisões obtidas por mediação ou conciliação, em vez de decisões obtidas por adjudicação (vencedor-perdedor). 3. Reconhecimento da competência das partes para proteger os seus próprios interesses e conduzir a sua própria defesa num contexto institucional desprofissionalizado e através de um processo conduzido em linguagem comum. 4. Escolha como terceira parte de um não-jurista (ainda que com alguma experiência jurídica), eleito ou não pela comunidade ou grupo cujos litígios se pretendem resolver. 5. Diminuído ou quase nulo poder de coerção que a instituição pode mobilizar em seu próprio nome. (SANTOS, 1990, p. 16)

Trata-se de uma forte e aparentemente irreversível tendência de desjudicialização ou “informalização da justiça” (SANTOS, 1990, p. 16), que projeta os métodos alternativos de solução de conflitos a patamar de utilização jamais visto. Uma tendência que representa, a um só tempo, como um movimento de reação, da sociedade brasileira e do próprio Estado, ao colapso do nosso sistema judicial de administração da justiça em crise.

Os contornos dessa crise são delimitados pelo próprio Estado, por meio de acompanhamento da movimentação de processos no Judiciário Brasileiro. O Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça 2014 revela que é crescente o volume de processos em trâmite no Judiciário Brasileiro. No quinquênio 2009-2013, o crescimento médio do número de ações em tramitação foi de 13,9%. Tal crescimento decorre, em grande parte, do aumento no número de casos novos, levados ao Judiciário Brasileiro. Somente no ano de 2013, tramitaram no Judiciário brasileiro 95,14 milhões de processos, dos quais 30% correspondentes a casos novos e 70% relativos a processos acumulados, originários de anos anteriores.

Somado ao aumento do número de casos novos, um outro fator justifica o crescimento do volume de ações em trâmite é o progressivo aumento da taxa de congestionamento, assim compreendido o percentual de processos não baixados, que tramitaram em um dado ano. No ano de 2013, a referida taxa foi de 74,5%, ou seja: de cada 100 que tramitaram naquele ano, aproximadamente 29 foram baixados. O Relatório Justiça em Números 2014 indica que, desde 2011, o quantitativo de processos baixados não supera o de casos novos. No ano de 2013: 25,7 milhões de sentenças foram proferidas; 27,7 milhões de processos foram baixados; e 28 milhões de ações ajuizadas.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Em média, 1.564 sentenças foram proferidas por magistrados. Em 2012, a média foi de 1.450. Mas apesar dos esforços dedicados e dos avanços alcançados, o estoque de casos pendentes de julgamento permanece crescente ano a ano, em razão do crescimento dos casos novos (de 14,8%), que se mantém superior ao de processos baixados e de sentenças e decisões proferidas. No quadriênio 2009-2013, o crescimento do número de processos foi de 13,9%.

Do total de ações em trâmite no Judiciário Brasileiro no ano de 2013 (95,14 milhões): 78% foram processadas na Justiça Estadual; 12% na Justiça Federal; 8,3% na Justiça do Trabalho; 1,1% nos Tribunais Superiores; 0,5% na Justiça Eleitoral; 0,01% na Justiça Militar Estadual; 0,004% na Auditoria Militar; e 1,1% nos Tribunais Superiores. Observa-se, portanto, que a maior taxa de litigiosidade se concentra na Justiça Estadual.

Os dados acima reproduzidos traduzem a dimensão e gravidade de um quadro que alimenta, no imaginário social, um sentimento de profunda descrença em relação à capacidade do Estado de equacionar (de forma adequada, efetiva e tempestiva) a insustentável demanda de conflitos que se acumulam no Judiciário. Esse sentimento de inconformismo e descrença tem levado a pessoas físicas e jurídicas em situação de conflito, com frequência cada vez maior, a fazer uso de métodos alternativos de composição de contendas.

Mas a difusão das vias alternativas (ao processo judicial) de efetivação do acesso à justiça não é obra exclusivamente alcançada em virtude da atuação da sociedade brasileira. O próprio Estado, como já mencionado, tem atuado no sentido de incentivar o uso de vias alternativas de acesso à justiça (especialmente a conciliação e a mediação). Dentre as diversas ações reveladoras desse esforço estatal no sentido de se promover a difusão dos métodos alternativos, destacam-se pela grande repercussão no meio jurídico: o advento da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editada com a pretensão de instituir uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, dedicada a promover a difusão da mediação e da conciliação no Brasil; e o Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (originário do Senado sob o nº 166/2010 – nº 8046/2010 na Câmara dos Deputados), que traz pela primeira vez em um diploma legal, parâmetros para a regulamentação da prática da mediação no âmbito nacional.

Disso resulta concluir que a tendência de difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil é um movimento impulsionado por dois vetores de forças propulsoras: a sociedade civil e o Estado.

O aparelho burocrático do Estado, a dominação dos processos formais de decisão, assim como o império de um direito estatal formal, perdem terreno com a decadência da racionalidade jurídico-formal, abrindo espaço para a retomada do primado da informalidade e da reordenação da sociedade civil, sendo esta “... marcada pela utilização de práticas jurídicas alternativas, base de uma cultura informal, caracterizada por manifestações normativas à margem do Direito posto pelo Estado” (CUNHA, 2003, p. 101).

Métodos formais e informais de administração de conflitos abandonam o *status* de polos auto-excludentes e passam a coexistir, abandonando a condição de duplo polo antagônico em oposição e oscilação, conforme esclareceu Boaventura de Sousa Santos.

Os mecanismos informais tendem a formalizar-se; o senso comum jurídico que lhe serve de suporte tende a ser profissionalizado através de ações de formação de mediadores e de muitas outras formas; as partes, que detêm a titularidade da representação dos seus interesses, vão a pouco e pouco confiando a representação a outros com mais experiência e com mais conhecimentos sobre os modos de actuação do tribunal. Por estes e outros processos, a justiça informal vai duplicando, se não as formas, pelo menos, a lógica das formas da justiça formal. Em suma, em vez de dicotomia, duplicação. (1990, p. 28)

A difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos afirma-se, assim, como um movimento nacional, que evidencia, no Brasil, a manifestação de dois traços característicos da passagem da modernidade para a pós-modernidade: o colapso de uma dicotomia clássica da modernidade (formal/informal); e o surgimento de um novo modelo estatal, ao qual Boaventura de Sousa Santos denominou “Estado-Imaginação-da-Sociedade-Providência” (1990, p. 28), segundo o qual a tarefa de pacificação de conflitos deixa de ser um encargo exercido estritamente pelo Estado-Juiz (por meio do processo), para passar a ser desempenhado, com mais vigor, pela própria sociedade civil.

No âmbito do Poder Público, já é possível perceber o florescimento de um discurso de reconhecimento da importância que deve ser dada ao uso adequado de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito dos tribunais, muito embora os profissionais do direito ainda careçam de critérios racionais objetivos, orientadores do processo de escolha do tratamento mais adequado que cada caso concreto possa demandar.

No plano judicial, destaca-se nesse sentido a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, editada com a pretensão de instituir uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. A referida Resolução (que se propõe a

promover a difusão da mediação e da conciliação no Brasil) não traz parâmetros objetivos de orientação de servidores para a realização das escolhas quanto ao tratamento que cada conflito deve demandar. A ausência de clareza quanto aos critérios de definição dos casos que determinarão o uso da conciliação, mediação, ou processo judicial, pode ser extremamente prejudicial para os resultados da importante política instituída no âmbito do Poder Judiciário.

No plano legislativo, outro grande avanço é identificado no texto do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (originário do Senado sob o nº 166/2010 – nº 8046/2010 na Câmara dos Deputados), que recepciona pela primeira vez em um diploma legal a prática da mediação no âmbito judicial. Mas a ausência de critérios de orientação para a escolha do método mais adequado às particularidades de cada caso concreto, ainda permanece como um problema não superado pelo legislador do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. O único critério de definição do tratamento que cada caso deve demandar, estabelecido no Projeto do Novo Código, foi explicitado no artigo 166, que estabelece:

Art. 166. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[...]

§ 3º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes se conciliem.

§ 4º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo reestabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2010)

O critério firmado nos parágrafos 3º e 4º acima transcritos pode servir aos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos como norte para a realização de uma escolha entre a mediação e a conciliação, mas ainda é insuficiente para orientar os servidores dos Tribunais nos processos de definição de uma alternativa (a mais adequada), dentre outras que podem ser exploradas no âmbito judicial e extrajudicial, tais como: a negociação (direta ou assistida); a recomendação para o uso da arbitragem; o processamento de demandas pela via das serventias extrajudiciais; o ajuizamento de uma ação (individual ou coletiva); ou até mesmo a realização de orientações jurídicas.

Nos Núcleos de Prática Jurídica das instituições de ensino do Direito, assim como nas Defensorias Públicas, Promotorias de Justiça e escritórios de advocacia, a carência de critérios no mesmo sentido, também se revela presente, muito em razão da falta de informações sobre as particularidades dos métodos alternativos de administração de conflitos.

2 OS TRIBUNAIS MULTIPORTAS NORTE-AMERICANOS: CONTRIBUIÇÕES DE UM SISTEMA MULTIPORTAS DE GESTÃO DE CONFLITOS

A busca pela identificação de critérios que possam ser empregados para efeito de escolha do tratamento mais adequado às particularidades de cada conflito, remete-nos ao estudo de uma experiência Norte-Americana, idealizada na segunda metade da década de 70, que ficou conhecida como Sistema Multiportas de Solução de Conflitos.

Os Estados Unidos destacam-se no cenário internacional como referência mundial em matéria de resolução alternativa de conflitos. Dentre as experiências norte-americanas com o desenvolvimento de práticas plurais de prevenção de solução de conflitos, destaca-se o Sistema Multiportas de Solução de Conflitos (*Multi-door Courthouse*).

O termo *corte multiportas* se refere a um local, que pode ou não ser a corte do modo como conhecemos hoje, no qual as pessoas podem se dirigir para resolver seus conflitos de diversas maneiras. Na corte multiportas, inicialmente, as pessoas relatam seus problemas a um servidor responsável pela realização da triagem do conflito [*intake person*]. Ao ouvir e fazer perguntas sobre o conflito, o *intake person* sugere a via mais apropriada para lidar com o problema: litígio regular, julgado de pequenas causas, mediação ou arbitragem, por exemplo. Se o *intake person* tiver conhecimento suficiente e for bem preparado, este processo inicial pode evitar perda de tempo e de dinheiro dos litigantes devido à possibilidade de relacionar o problema ao processo mais adequado para tratá-lo eficientemente. Entretanto, é possível escolher um procedimento diferente do que foi recomendado se as pessoas assim desejarem ou muda-lo se o curso da ação inicial não estiver funcionando efetivamente.³ (BURGESS; BURGESS, 1997, p. 202)

A primeira referência ao Sistema Multiportas de Solução de Conflitos que se tem notícia foi realizada Frank Sander, em 1976, em discurso proferido na *Pound Conference* (evento jurídico dedicado à discussão sobre obstáculos ao acesso à justiça naquele País). O teor da referida palestra foi posteriormente publicado em artigo intitulado *Varieties os Dispute Processing*. A ideia central desse sistema foi retratada por Daniela Monteiro Gabbay:

Ao invés de uma única porta direcionada ao Judiciário, um centro de solução de conflitos localizado na Corte poderia oferecer várias portas através das quais os indivíduos acessariam diferentes processos (mediação, arbitragem, *factfinding*, dentre outros. [...] esse centro de solução de conflitos se destinaria não apenas aos assuntos já tratados pelas cortes, mas também a questões ainda não ventiladas

³ Para conferir maior credibilidade, segue no original: “The term *multidoor courthouse* refers to a place, which may not be an actual courthouse, where people can go to get a dispute handled in a variety of ways. In a multidoor courthouse, people with problems first talk to an intake person. By listening and asking questions about the problem, the intake person suggests the most appropriate forum for addressing the problem: regular litigation, small claims court, mediation, or arbitration, for example. If the intake person is sufficiently knowledgeable and skilled, this initial screening can save disputants much time and money by matching the problem to the process that is likely to be most effective. However, people must be able to choose a different process from the one recommended if they so desire or to change processes midstream if the initial course of action is not working effectively.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinger, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

junto ao Judiciário, demandas que estaria suprimidas e que poderiam ver nesses novos caminhos uma forma de expressão. (2013, p. 123-124)

Nas palavras de Valéria Feriolo Lagastra Luchiari,

O Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas constitui uma forma de organização judiciária na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração, no momento da escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas. Em outras palavras, o sistema de uma única ‘porta’, que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de vários tipos de procedimento, que integram um ‘centro de resolução de disputas’, organizado pelo Estado, composto de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito. Nesse sentido, considerando que a orientação ao público é feita por um funcionário do Judiciário, ao magistrado cabe, além da função jurisdicional, que lhe é inerente, a fiscalização e o acompanhamento desse trabalho (função gerencial), a fim de assegurar a efetiva realização dos escopos do ordenamento jurídico e a correta atuação dos terceiros facilitadores, com a observância dos princípios constitucionais. (2011, p. 308-309)

A possibilidade de abertura de múltiplas portas ou vias de administração de conflitos é característica essencial do Sistema Multiportas, marcado pela incidência do princípio da adaptabilidade, “segundo o qual o procedimento há de aperfeiçoar as particularidades de cada litígio”. (BARBOSA, 2003, p. 248)

Movido pela busca de critérios que pudessem nortear o processo de determinação da “porta” ou via mais adequada para cada conflito levado ao Sistema Multiportas, Frank Sander defendeu a necessidade de elaboração de uma taxonomia que pudesse subsidiar a atuação de um servidor do Tribunal (*screening clerk*) responsável pela realização de duas atividades fundamentais, a saber: a triagem dos conflitos; e o consequente direcionamento do caso concreto ao método pelo mesmo identificado como mais adequado. (GABBAY, 2013, p. 124)

O pensamento de Frank Sander previa que “ao procurar o Judiciário as partes passariam antes por uma antessala desse Centro de solução de conflitos em que escolheriam uma das portas para ingressar, com a ajuda do *screening clerk* nesta triagem do conflito” (GABBAY, 2013, p. 124). A importância da triagem e dos critérios que nela devem ser observados para a execução da mesma, assim foi destacada por Daniela Monteiro Gabbay:

A triagem dos conflitos é um momento sensível na institucionalização dos programas [...] é uma boa seleção é essencial para que as partes confiem no processo e, conseqüentemente, nos resultados obtidos. Assim, é necessário haver a indicação dos critérios a adotar nessa triagem, a escolha de quem os define e quando devem ser aplicados. (2013, 245)

A proposta idealizada em 1976 previa que, para efeito de realização da triagem, o *screening clerk* deveria levar em consideração os seguintes elementos: “a natureza do conflito, a

relação entre as partes (continuada ou pontual), os custos da demanda, a celeridade da decisão, dentre outros fatores”. (GABBAY, 2013, p. 125)

As ideias de Frank Sander prosperaram anos após a realização da *Pound Conference* em 1976, sendo hoje possível identificar a existência de programas de solução de conflitos vinculados aos Tribunais de diversos Estados Norte-Americanos, tais como: Ohio; Flórida; Connecticut; e Maine.⁴ Há também referência a projetos experimentais que refletem a mesma ideia, no Estado do Texas, em Oklahoma e Washington D.C. (ÁLVAREZ, 2003, p. 166)

Da experiência em questão é possível extrair resultados positivos, dentre os quais destaca-se a contribuição prestada pelo Sistema em termos de provocação do surgimento de uma “maior consciência acerca da importância de selecionar um método mais apropriado”. (CAIVANO; GOBBI; PADILLA, 2006, p 60)

O Sistema Multiportas Norte-Americano pode servir de inspiração para o desenvolvimento de projetos nacionais de constituição de Centros Multiportas de Prevenção e Solução Adequada de Conflitos, nos âmbitos judicial e extrajudicial. A experiência norte-americana é inspiradora enquanto programa de ampliação das vias prevenção e resolução de conflitos, sustentado na realização de duas atividades essenciais em todo e qualquer centro multiportas de gestão de conflitos, a saber: a triagem dos conflitos e o posterior encaminhamento dos mesmos ao método eleito mais adequado às particularidades de cada caso concreto. Mas não nos inspira para efeito de proposição de critérios racionais de escolha do método mais adequado para a administração de conflitos concretamente considerados.

Como destacado por Daniela Monteiro Gabbay (2013, p. 171), nos Estados Norte-Americanos de Ohio, Flórida, Connecticut e Maine por ela analisados, não há critérios formalmente definidos para a execução da referida triagem. A ausência de diretrizes formais nesse sentido, fez com que nesses Estados os chamados *screening clerk* utilizem “seus próprios critérios, de acordo com as circunstâncias do caso concreto” (GABBAY, 2013, p. 246),

⁴ Para maior compreensão das particularidades dos modelos adotados nos referidos Estados, recomendamos a leitura dos quadros comparativos elaborados por Daniela Monteiro Gabbay (In. GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 157-177). Em sua análise comparativa, a autora enfrenta aspectos relativos aos seguintes pontos: ano de implementação; tipos de conflitos; regulamentação legal; estrutura administrativa disponível; custos para as partes; fundos destinados aos programas; volume de casos administrados; métodos de administração de controvérsias utilizados; procedimento de encaminhamento dos casos aos serviços disponíveis; papel dos advogados, das partes, do juiz e do administrador do programa; tempo médio de duração dos processos.

contrariando o desejo de Frank Sander, de que uma taxonomia universal deveria subsidiar a atuação dos servidores responsáveis pela realização da triagem dos conflitos e o consequente direcionamento do caso concreto ao método identificado como mais adequado.

Por essas razões, inspirados no Sistema Multiportas Norte-Americano, mas sem ter notícia da utilização (pelos *screening clerk* norte-americanos) dos referidos critérios racionais de escolha, na sequência, delimitaremos à formulação de diretrizes para o exercício da tarefa de definição do método mais adequado às particularidades de uma dada relação conflituosa.

3 ETAPAS DO PROCESSO DE GESTÃO DE CONFLITOS POR VIAS

PLURAIS: VIRTUDES E CRITÉRIOS RACIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO DE ESCOLHA DO MÉTODO MAIS ADEQUADO ÀS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO

3.1 VIRTUDES RACIONAIS QUE DEVEM GUIAR AS CONDUTAS DOS GESTORES DE CONFLITOS: PRUDÊNCIA E JUSTIÇA

Em estudo referencial sobre o direito e suas interfaces com questões de justiça, moral e ética, Chaïm Perelman sustenta a ideia de que a solução mais adequada para um conflito deve resultar do desenvolvimento de uma atividade dinâmica de cognição e decisão, desempenhada concretamente, no âmbito do caso particular. Referimo-nos à obra “Ética e Direito” (2005), que será utilizada como base para a concepção das noções reservadas para o presente tópico.

Ainda que o filósofo tenha se referido mais precisamente à atuação do juiz (no processo), entende-se que muitas das suas considerações podem ser aplicadas em outros contextos por ele não explorados, tais como: escritórios de advocacia; defensorias públicas; promotorias de justiça; PROCON`s; e núcleos de prática jurídica de instituições de ensino em direito. Nesse sentido, defender-se-á que a busca pela solução mais adequada ao caso concreto deve ser concebida como um desafio complexo, que exigirá de qualquer sujeito imbuído do mesmo objetivo (seja ele juiz, árbitro, advogado, promotor de justiça, defensor público, agente de PROCON, negociador, conciliador, mediador, ou estudante de Direito) algumas virtudes e critérios racionais de atuação,

sobre os quais passamos a discorrer na sequência. Apesar de desempenharem funções distintas, esses sujeitos compartilham de uma característica comum: são todos gestores de conflitos.

No plano das virtudes exigidas de um gestor de conflitos, duas são destacadas por Chaïm Perelman (2005, p. 156): a prudência e a justiça. Tratam-se segundo ele de virtudes racionais, que devem guiar não só as condutas dos gestor de conflitos (tese que pretendemos aqui defender), mas também, em sentido mais amplo, o comportamento humano em qualquer circunstância. Diz-se que prudência e justiça são virtudes racionais pois não há ação humana que possa ser qualificada como prudente ou justa, se desprovida de regras ou critérios norteadores, como será demonstrado a seguir.

A prudência foi definida por Chaïm Perelman (2005, p. 156) como “a virtude que nos faz escolher os meios mais seguros e menos onerosos de alcançarmos nossos fins”, orientando-nos a agir de modo a atingir os resultados mais úteis, assim compreendidos aqueles que proporcionem “o máximo de vantagens e o mínimo de inconvenientes”. Assim devem agir os gestores de conflitos, pois somente com prudência serão capazes de alcançar a solução mais adequada para cada caso concreto que lhes seja apresentado.

Partindo desse pressuposto, até seria possível admitir que um gestor de conflitos não virtuoso no sentido exposto seja capaz dar um encaminhamento jurídico que leve as partes conflitantes à construção de soluções cabíveis ou aceitáveis. Mas jamais seria possível admitir que um encaminhamento jurídico emanado de uma ação não prudente seja capaz de proporcionar a consagração do resultado mais seguro, vantajoso, conveniente e menos oneroso e desgastante que o caso concreto pode demandar.

Nesse sentido, defende-se que a solução mais vantajosa, conveniente, menos onerosa e desgastante para um dado caso concreto é um resultado que só se torna possível se o gestor do conflito preencher alguns requisitos fundamentais. Em primeiro lugar, ele deve dominar as particularidades, vantagens e desvantagens inerentes a todas as possibilidades de encaminhamento jurídico disponíveis em uma dada circunstância, tais como: a prestação de uma orientação jurídica; o ajuizamento de uma ação judicial (individual ou coletiva) ou o processamento do conflito pela via de uma serventia

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinger, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

extrajudicial; a recomendação para a realização de uma negociação (direta ou assistida), conciliação, mediação, ou arbitragem. Em segundo, deve saber interpretar o conflito concretamente deduzido, de modo a diagnosticar as suas particularidades fundamentais. E em terceiro, deve ser capaz de selecionar, no rol de encaminhamentos jurídicos possíveis, aquele que melhor atenda às peculiaridades do caso concreto, ou seja: ele deve estar preparado para identificar o método mais adequado. Todas essas operações, como adiante será demonstrado, exigem do gestor do conflito o domínio de critérios, além de conhecimentos específicos sobre os métodos de prevenção e resolução de conflitos a ele disponíveis.

A segunda virtude (a justiça) destacada por Chaïm Perelman como “a virtude do homem razoável” (2005, p. 157), é prestigiosa mas de difícil definição: conclusão que se extrai da análise de múltiplas concepções sustentadas ao longo da história, sobre o significado do justo. Considerada por muitos como a principal das virtudes, pois “fonte de todas as outras” (PERELMAN, 2005, p. 07), a justiça é uma palavra vaga, ambígua e de ressonância emotiva, que desafia quem quer que se dedique à sua definição, da Antiguidade aos dias de hoje.

Fugindo dos recorrentes discursos de apelo aos sentimentos de generosidade, caridade, ou bondade que sensibilizam os leitores dos estudos sobre o justiça, mas sem deixar de reconhecer a inevitável influência do caráter emotivo e valorativo que subjaz a definição do termo em questão, Chaïm Perelman (2005, p. 09) enumerou seis diferentes sentidos da noção de justiça, a partir dos quais desenvolveu a sua própria definição. Os seis sentidos possíveis, por ele enumerados foram os seguintes: 1) a cada qual a mesma coisa; 2) a cada qual segundo seus méritos; 3) a cada qual segundo suas obras; 4) a cada qual segundo suas necessidades; 5) a cada qual segundo sua posição; 6) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

De acordo com o primeiro sentido de justiça (a cada qual a mesma coisa), todos os seres devem ser tratados de forma igual, sem qualquer distinção que possa levar em conta as particularidades que os distinguem. A segunda concepção de justiça (a cada qual segundo seus méritos) se sustenta na ideia de que os indivíduos são merecedores de tratamentos proporcionais, considerados em função dos seus méritos ou esforços. O

terceiro sentido (a cada qual segundo suas obras) também se baseia numa concepção de tratamento proporcional, mas sem levar em conta as intenções e esforços empregados. O critério único considerado para efeito de determinação do tratamento proporcional, neste caso, seria o resultado prático da ação. O quarto sentido (a cada qual segundo suas necessidades), aproxima-se de uma concepção de caridade, por levar em conta a garantia do mínimo vital para cada indivíduo. A possibilidade de realização de tratamentos proporcionais é aqui reconhecida e defendida, sempre que for necessária para a redução do sofrimento decorrente da impossibilidade de satisfação de necessidades essenciais, por motivos de idade ou saúde por exemplo. O quinto sentido (a cada qual segundo sua posição) considera o homem em suas diferentes categorias de seres, reconhecendo em cada categoria (de raça, fortuna ou religião, por exemplo) a necessidade de realização de diferentes tratamentos. Afastando-se de pretensões universalistas, esta fórmula de justiça está fundamentada na ideia de que uma mesma regra de justiça jamais poderia ser aplicada a indivíduos pertencentes a categorias demasiadamente distintas. O sexto e último sentido (a cada qual segundo o que a lei lhe atribui), sustenta-se na concepção de que o resultado justo deriva da aplicação das leis locais, defendendo assim que justo é dar a cada ser aquilo que a lei lhe confere ou reconhece.

Diante das particularidades das seis fórmulas de justiça acima resumidas, Chaïm Perelman lançou-se ao desafio da identificação de um elemento comum às diferentes concepções apresentadas, a partir do qual fosse possível construir uma definição formal ou abstrata de justiça. A variável comum por ele identificada foi a igualdade, pois apesar dos desacordos conceituais, todos compartilham do entendimento de que seria “justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica”, por ele denominada “característica essencial”. (2005, p. 18-19)

Ao definir a justiça formal ou abstrata como “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” Chaïm Perelman valorizou o denominador comum identificado e assim definido:

A igualdade de tratamento nada mais é senão a consequência lógica de nos encontrarmos diante dos membros da mesma categoria; daí decorre o fato de que não os distinguimos, não estabelecemos diferenças entre eles, de que, respeitando a Justiça formal, os tratamos da mesma forma. Agir segundo a regra é aplicar um tratamento igual a todos os que a regra não distingue. Daí resulta que a igualdade de tratamento na justiça formal nada mais é senão a aplicação correta da regra de justiça concreta que determina a forma como devem ser tratados todos os membros de cada categoria essencial. Quando o fato de pertencer à mesma categoria essencial coincide com a igualdade de tratamento reservado a seus membros, nosso sentimento de justiça formal é satisfeito. (2005, p. 42)

Mas dois problemas práticos importantes permanecem sem solução, justificando o caráter abstrato (e não concreto) da regra de justiça formal por ele concebida. São eles: Quando dois indivíduos farão parte da mesma categoria essencial? E como os mesmos dessa categoria devem ser tratados? Essas questões somente podem (e devem) ser superadas concretamente, no momento de definição da justiça concreta (conceito dinâmico).

Observa-se portanto que, assim como a prudência, a justiça se apresenta como uma virtude racional, que requer do indivíduo responsável por concretizá-la: uma grande atenção às particularidades do caso concreto; além, é claro, de critérios de definição do resultado justo no caso concreto.

3.2 CRITÉRIOS RACIONAIS DE OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA NAS TRÊS FASES DO PROCESSO DE GESTÃO DE CONFLITOS NOS CENTROS MULTIPORTAS: DIAGNÓSTICO DO CONFLITO; FALSEAMENTO DAS ALTERNATIVAS DISPONÍVEIS; EXECUÇÃO DA MEDIDA ADEQUADA

A atividade de gestão de conflitos pode ser realizada visando a consecução de dois objetivos básicos: a prevenção e a solução de disputas. No âmbito preventivo, destacam-se as atividades consultivas de orientação jurídica a indivíduos carentes de informação sobre direitos ou deveres. Já o âmbito repressivo compreende o conjunto de operações realizadas com o propósito de fazer cessar os efeitos negativos de um conflito já manifesto.

O que se pretende demonstrar na sequência deste artigo é que, nos dois âmbitos em questão (preventivo e repressivo), a atuação de um gestor de conflitos deve ser pautada pelo desenvolvimento lógico e sequencial de algumas operações racionais, inerentes do processo de atendimento, a saber: o diagnóstico do conflito; a realização de testes de falseamento das possibilidades de encaminhamento disponíveis; a execução da medida considerada mais adequada ao tratamento do conflito concretamente deduzido.

3.2.1 *Diagnóstico do conflito: o que a demanda vela e revela?*

A primeira etapa do processo de gestão de controvérsias em um Centro Multiportas consiste na realização do *diagnóstico do conflito*. Diagnosticar o conflito significa: compreender as informações manifestadas espontaneamente (aquilo que a demanda revela); e extrair os elementos ocultos (aquilo que a demanda vela), assim compreendidas questões de fundo que merecem ser trazidas a tona pelo gestor do conflito.

O diagnóstico do conflito principia com o relato da parte conflituosa: manifestação linguística verbal espontânea por intermédio da qual a mesma relata uma versão fática do conflito, revelando ainda a sua posição (assim compreendida a pretensão deduzida, aquilo que ele diz buscar no Centro Multiportas). Parte dessas informações (manifestadas espontaneamente pela parte) podem ser obtidas sem maiores esforços investigativos por parte do gestor do conflito. Já outras informações (as veladas) exigirão do gestor um aprofundamento maior na cognição do conflito, o que deve ser realizado por meio de perguntas e análises de comportamento (tais como gestos, expressões faciais, etc).

Esse relato inaugural da parte conflituosa é o ponto de partida das operações de diagnóstico. Em regra as primeiras manifestações daquele indivíduo, quando indagado sobre os motivos que o levam ao Centro de atendimento, são superficiais, vagas, ambíguas e até mesmo contraditórias. Estes três efeitos (naturalmente esperados de quem sofre os efeitos negativos de um conflito) devem ser convertidos pelo gestor em: aprofundamento cognitivo; clareza; e coerência de pensamento. Vagueza, ambiguidade e contradição discursiva são, portanto, três grandes problemas semânticos de interpretação, que fazem do processo de cognição do conflito uma tarefa complexa e, por isso, carecedora de padrões racionais de desenvolvimento.

O diagnóstico do conflito é uma atividade de investigação, que poderá exigir do gestor do conflito o levantamento de dados de diversas naturezas, tais como:

- Temas do conflito.
- Pessoas direta ou indiretamente envolvidas no conflito.
- Causas do conflito.
- Efeitos do conflito.
- Posição da parte atendida.
- Interesses da parte atendida.
- Limitações ou fragilidades da parte atendida.

- Natureza dos direitos em jogo (disponíveis ou indisponíveis).
- Direitos e obrigações inerentes à relação jurídica.
- Parâmetros normativos reguladores da situação jurídica (leis que regem o caso concreto).
- Sentimentos ou emoções envolvidos, que podem influenciar negativamente o resultado pretendido.

Uma vez identificados, os dados coletados devem ser organizados, segundo um dado critério, que poderá ser pautado, por exemplo, nos seguintes critérios:

- Ordem cronológica dos acontecimentos.
- Escala de complexidade dos temas do conflito.
- Escala de prioridade dos interesses em jogo.
- Isolamento de direitos indisponíveis.
- Rol de obrigações assumidas e não observadas (direitos assegurados e não efetivados).

É importante registrar que o gestor do conflito deve se dedicar à cognição mais aprofundada possível do caso concreto. Saber escutar ativamente a parte é também fundamental para que o diagnóstico seja bem realizado. Escutar ativamente significa: estar receptivo a ouvir atentamente as informações reveladas espontaneamente; processar as informações reveladas, para certificar-se de que foram bem compreendidas; buscar (desvelar, mediante realização de provocações) informações veladas, que podem ser úteis no processo de cognição do quadro conflituoso. Para que as atividades de escuta e investigação sejam bem realizadas, é necessário que os interlocutores (gestor do conflito e sujeito por ele atendido) estabeleçam uma relação de diálogo aberto e facilitado pelo uso de linguagem acessível.

Nesse sentido, investigação, escuta e comunicação se apresentam como competências/habilidades importantes para o desenvolvimento da dinâmica das ações reservadas para essa fase inaugural.

Uma interpretação bem feita do conflito permitirá ao gestor do conflito cumprir sua tarefa de definição do encaminhamento jurídico mais adequado para o caso concreto. O produto das operações de diagnóstico do conflito determinará como esse gestor deve se comportar diante do conflito. Em outras palavras, sem a prévia cognição dos elementos essenciais do quadro conflituoso, o gestor do conflito não será capaz de: eleger, dentre as possibilidades de encaminhamento disponíveis, aquela que se revela mais adequada (segunda operação do

processo de atendimento); executar a medida judicial ou extrajudicial escolhida (a terceira e última operação).

3.2.2 Realização de testes de falseamento das alternativas disponíveis

A segunda etapa do processo de gestão de conflitos em um Centro Multiportas consiste na realização de *testes de falseamento das alternativas disponíveis*, assim compreendidas as possibilidades de encaminhamento que a demanda manifestada ao gestor pode comportar.

Ao final desta fase, o gestor do conflito deverá ser capaz de eleger, dentre as diversas possibilidades de encaminhamento jurídico possíveis, a diretiva mais adequada às particularidades do caso concreto. Mas para atingir esse estágio final de transição (do conflito concretamente deduzido à decisão sobre o tratamento que deve ser dado ao mesmo), algumas operações interpretativas devem ser realizadas.

Para efeito de realização deste estudo, serão considerados dez métodos de administração de conflitos que podem ser utilizados no âmbito da advocacia, defensoria pública, promotorias de justiça, PROCON`s, Núcleos de Prática Jurídica de instituições de ensino em Direito e Poder Judiciário. As alternativas de encaminhamento jurídico consideradas são as seguintes:

- **Orientação individual** – via que se revela adequada quando: o conflito ainda não estiver caracterizado; e houver por parte do indivíduo atendido um desejo obtenção de esclarecimentos jurídicos sobre direitos e deveres.
- **Orientação coletiva** – via que se revela adequada quando: o conflito ainda não estiver caracterizado; houver por parte do indivíduo atendido um desejo obtenção de esclarecimentos jurídicos sobre direitos e deveres; e for constatado que a informação jurídica prestada ao indivíduo atendido possa beneficiar a uma coletividade de pessoas que careçam da mesma orientação.
- **Processo individual** – via heterocompositiva que se revela adequada quando: o conflito já estiver caracterizado; e for constatada a absoluta impossibilidade de diálogo entre as partes envolvidas (condição necessária para a gestão autocompositiva da controvérsia).
- **Processo coletivo** – via heterocompositiva que se revela adequada quando: o conflito já estiver caracterizado; for constatada a absoluta impossibilidade de diálogo entre as partes envolvidas (condição necessária para a gestão autocompositiva da controvérsia); e for constatado que

intervenção jurídica demandada pelo indivíduo atendido possa beneficiar a uma coletividade de pessoas que compartilhem do mesmo problema.

- **Arbitragem** – via heterocompositiva regulada pela lei n.º 9.307/1996, que se revela adequada quando: pessoas capazes, por livre manifestação de vontade, mediante realização de convenção privada (assim compreendida a cláusula compromissória e compromisso arbitral) decidirem por atribuir a um terceiro particular ou Câmara Arbitral privada, a responsabilidade pela condução e resolução de uma controvérsia que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis; as partes interessadas priorizarem a resolução do conflito com sigilo e maior celeridade; a tomada de decisão por um terceiro imparcial for necessária, diante da impossibilidade das partes de estabelecer um entendimento compartilhado sobre a forma de composição do conflito; o conflito versar sobre questões técnicas não jurídicas, tornando mais recomendada a atribuição do poder decisório a um terceiro não juiz, dotado de conhecimento técnico na matéria objeto da controvérsia (tais como questões de engenharia de petróleo e gás, prática portuária e marítima, comércio internacional, dentre outras).
- **Serventia extrajudicial** – via administrativa que se revela adequada quando: houver possibilidade de diálogo entre as partes que integram a relação conflituosa; o processamento cartorário do conflito proporcionar maior segurança jurídica às partes; e o conflito puder ser administrado pela via de um cartório extrajudicial. A via administrativa dos cartórios extrajudiciais pode ser acionada, por exemplo, quando se constatar a possibilidade de realização de inventário, partilha e divórcio consensual, sempre que não houver envolvimento de partes ou interessados incapazes, nos termos da Lei n.º 11.441/2007.
- **Negociação direta** – via autocompositiva que se revela adequada quando: houver possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas no conflito; o direito em jogo for de natureza disponível; e o fluxo comunicacional (assim compreendida a relação de diálogo entre as partes) não estiver fragilizado ou interrompido, não se fazendo necessária a intervenção de um terceiro parcial (como por exemplo um advogado que conduza o processo de negociação assistida, visando a representação e defesa dos seus interesses) ou imparcial (conciliador ou mediador) facilitador da comunicação entre as mesmas.
- **Negociação assistida** – via autocompositiva que se revela adequada quando: houver possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas no conflito; o direito em jogo for de natureza disponível; o caso não demandar a atuação facilitadora de um terceiro imparcial (conciliador ou mediador) que presida a autocomposição; e o fluxo comunicacional (a relação de diálogo entre as partes) estiver fragilizado ou interrompido, fazendo necessária a intervenção de um terceiro parcial (como por exemplo um advogado que conduza o processo de negociação assistida,

visando a representação e defesa dos seus interesses) facilitador da comunicação entre as mesmas.

- **Conciliação** – via autocompositiva que se revela adequada quando: houver possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas no conflito; o direito em jogo for de natureza disponível; o caso demandar a atuação facilitadora de um terceiro imparcial (no caso, um conciliador) que presida a autocomposição; o fluxo comunicacional (a relação de diálogo entre as partes) estiver interrompido, fazendo necessária a intervenção de um terceiro imparcial (um conciliador) facilitador da comunicação entre as mesmas; e o conflito estiver inserido no contexto de uma relação circunstancial. Por relações circunstanciais (pontuais ou findas) entende-se: aquelas que são desprovidas de perspectivas futuras de manutenção de vínculos entre as partes, sendo limitadas ao reconhecimento de direitos em relações jurídicas findas, nas quais a continuidade do vínculo entre as partes conflitantes não seja levada em consideração. A ausência de vínculos (afetivos, familiares, comerciais, trabalhistas, dentre outros que justifiquem a necessidade de aplicação de técnicas de restabelecimento e de fortalecimento de relações estremecidas pelo conflito) torna desnecessária a realização de um trabalho de preservação do diálogo e da convivência entre os envolvidos. O interesse das partes conflitantes, nessas situações, restringe-se à resolução da controvérsia por meio de acordo: objetivo imediato da conciliação. A título de exemplificação das chamadas relações circunstanciais, destacamos os conflitos decorrentes de acidentes de trânsito, que vinculam as partes conflitantes, circunstancialmente, por divergências acerca da responsabilidade pelo ressarcimento dos prejuízos materiais ou morais produzidos.
- **Mediação** – via autocompositiva que se revela adequada quando: houver possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas no conflito; o direito em jogo for de natureza disponível; o caso demandar a atuação facilitadora de um terceiro imparcial (no caso, um mediador) que presida a autocomposição; e o fluxo comunicacional (a relação de diálogo entre as partes) estiver interrompido, fazendo necessária a intervenção de um terceiro imparcial (um mediador) facilitador da comunicação entre as mesmas; e o conflito estiver inserido no contexto de uma relação continuada. Consideram-se continuadas as relações caracterizadas pela conjugação de dois fatores característicos, a saber: a existência de um histórico de vinculação pretérita entre as partes, anterior à manifestação do conflito; e a perspectiva de manutenção do vínculo pró futuro, após a superação da controvérsia. Nestes casos, além da pacificação do conflito manifesto, as partes devem desenvolver condições básicas para a preservação da convivência, prevenindo assim o surgimento de futuras disputas. Conflitos inseridos no contexto de relações desta natureza não recomendam o emprego das técnicas de conciliação, pois insuficientes para proporcionar a consagração de quatro objetivos inerentes à mediação: o fortalecimento do diálogo; a exploração aprofundada dos interesses em jogo; o restabelecimento do

relacionamento entre as partes conflitantes; e o empoderamento das mesmas. As relações conflituosas de natureza familiar, empresariais, de vizinhança e emprego (especialmente quando se tratar de conflitos envolvendo trabalhadores com garantia provisória do emprego, a exemplo do dirigente sindical, da mulher gestante e do trabalhador acidentado), figuram dentre as que tradicionalmente fazem transparecer a continuidade das relações entre os conflitantes: particularidade que requer do mediador uma atuação mais complexa do que a de simples facilitação do acordo.

Falsear as alternativas ou possibilidades de encaminhamento disponíveis, significa submetê-las a testes rigorosos de avaliação de adequação às particularidades do caso concreto. Por essa razão, as atribuições inerentes à segunda fase deste processo são fortemente influenciadas pela lógica do racionalismo crítico utilizado por Karl Raimund Popper, no desenvolvimento do método hipotético-dedutivo de produção do conhecimento científico.

A posição epistemológica escolhida e aplicada para efeito de construção da concepção dos testes de falseamento que constituem a segunda fase do processo de atendimento, traduz a ideia de que o gestor de um conflito (assim como um pesquisador) deve ser guiado por dúvidas e inquietudes. Ou seja: o processo de identificação do método mais adequado para a administração de uma dada situação jurídica, deve se desenvolver a partir de problemas, considerados os fatos, as percepções e os conhecimentos antecedentes, tal como ocorre no processo de produção do conhecimento científico.

Se é possível dizer que a ciência, ou o conhecimento ‘começa’ por algo, poder-se-ia dizer o seguinte: o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente, de problemas. Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas também, não há nenhum problema sem conhecimento, mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. Portanto, poderíamos dizer que, não há nenhum problema sem conhecimento; mas também, não há nenhum problema sem ignorância. Pois cada problema surge da descoberta de que algo não está em ordem com nosso suposto conhecimento; ou, examinando logicamente, da descoberta de uma contradição interna entre nosso suposto conhecimento e os fatos; ou, declarado talvez mais corretamente, da descoberta de uma contradição aparente entre nosso suposto conhecimento e os supostos fatos. (POPPER, 2004, p. 14-15)

Sempre movido por um problema, o gestor do conflito (assim como o cientista) deve buscar, em um primeiro momento, construir ou levantar propostas de soluções provisórias (as chamadas conjecturas). Na sequência, deve submetê-las a um rigoroso teste de falseamento. Enquanto sobreviverem, são consideradas propostas de solução provisórias para o conflito. A dinâmica relatada reflete uma lógica clássica da epistemologia de Popper, de validação de deduções mediante o emprego dos critérios racionais críticos sintetizados a seguir:

... se as premissas de uma dedução válida são *verdadeiras*, então a conclusão deve também ser *verdadeira*. [...] se todas as premissas são verdadeiras e a dedução é válida; e se, conseqüentemente, a conclusão é falsa em uma dedução válida, então, não é possível que todas as premissas sejam verdadeiras. [...] Desta forma, a lógica dedutiva torna-se a teoria crítica racional, pois todo criticismo racional tomou a forma de uma tentativa de demonstrar que conclusões inaceitáveis podem se derivar da afirmação de que estivemos tentando criticar. (POPPER, 2004, 26-27)

Desse constante processo de tentativa e erro, devem surgir novos problemas, conjecturas, refutações e problemas, na sequência “*problemas – teorias – críticas – novos problemas*” (POPPER, 2009, p. 255). Após realização do referido teste, tendo sido eliminadas as alternativas refutadas por não atenderem satisfatoriamente às particularidades do caso concreto, encontra-se, com prudência, a via racionalmente eleita como a mais adequada (mais segura, mais vantajosa, menos onerosa ou desgastante) para a gestão do conflito.

Partindo da já justificada necessidade de proposição de procedimentos e critérios racionais que possam ser utilizados por gestores de conflitos, para efeito de determinação do método mais adequado às particularidades do caso concreto, sob influência do racionalismo crítico de Karl Raimund Popper e do pensamento de Chäim Perelman sobre as virtudes racionais acima comentadas (prudência e justiça), desenvolvemos um fluxograma que pode servir ao gestor do conflito, como uma espécie de guia para realização dos testes de falseamento das alternativas disponíveis (principal contribuição que o presente estudo visa prestar em termos de inovação).

O fluxograma idealizado com o propósito de subsidiar a realização dos testes de falseamento das alternativas disponíveis, segue em anexo.

3.2.3 Aplicação do método adequado

Tão logo se decida pelo método que merece ser aplicado ao caso concreto, é necessário promover à(s) parte(s) envolvida(s) uma correta explicação sobre os objetivos pelo mesmo visados, suas características, vantagens, o papel do gestor do conflito e das partes no procedimento que será adotado.

Uma vez realizados os esclarecimentos, o gestor do conflito poderá colocar em prática a medida adequada, que conforme visto poderá ser: uma orientação individual ou

coletiva; o ajuizamento de uma ação individual ou coletiva; a utilização da via administrativa de uma serventia extrajudicial; uma arbitragem; uma negociação direta ou assistida; uma conciliação; ou mediação.

CONCLUSÃO

A comentada tendência de ampliação das vias de acesso à justiça (uma decorrência do fenômeno da crise de administração da justiça que afeta o Brasil), requer do profissional do Direito moderno uma visão mais ampliada sobre as possibilidades de realização da justiça. É necessário que esses profissionais se conscientizem de que os conflitos humanos são particulares (únicos, irrepetíveis e concretos), motivo pelo qual sempre demandarão tratamentos não generalizantes.

Os profissionais do Direito hoje são demandados em novos campos ou âmbitos de atuação, a saber: o plano do coletivo; preventivo; extrajudicial; e preventivo. Por essa razão, além dos conhecimentos exigidos para a realização de encaminhamentos judiciais (saberes tradicionalmente desenvolvidos nas Academias Jurídicas), outros são absolutamente necessários na atualidade.

A falta de conhecimento sobre as vias alternativas ao processo judicial individual, aliada a ausência de critérios racionais que permitam ao profissional do Direito promover o uso adequado de vias plurais de gestão de conflitos, são desafios que devem ser superados. Lugar melhor não há para enfrentá-los do que as Academias Jurídicas: berço da formação desses profissionais. Por essa razão, defende-se que a utilização de critérios racionais orientadores dos processos de escolha do método mais adequado às particularidades do caso concreto deva ser explorada como componente curricular obrigatório nas Faculdades de Direito.

Além de prestigiar a importância que deve ser dada à cognição do conflito (atividade absolutamente necessária para que se possa realizar a escolha do método mais adequado às particularidades de cada caso concreto), o Sistema Multiportas de Gestão Adequada de Conflitos rompe com a lógica tradicional de reprodução de medidas judiciais (basicamente restritas ao ajuizamento de ações individuais) ou extrajudiciais restritivas (geralmente limitadas a realização de conciliações). Mas para tanto, deve oferecer ao gestor do conflito os subsídios

necessários para a identificação de possibilidades mais ampliadas de encaminhamento (os critérios racionais e objetivos nos quais o gestor deverá se apoiar).

Para executar a tarefa de identificação do método adequado ao caso concreto, o gestor do conflito deve conjugar duas virtudes racionais fundamentais: a prudência e a justiça. Deve, ainda, dispor de critérios racionais e objetivos de avaliação de possibilidades, com base nos quais falseará todas as alternativas de encaminhamento disponíveis no Centro de administração de conflitos ao qual estiver vinculado. A depender da natureza (jurisdicional ou não) e dos objetivos visados pelo Centro Multiportas, poderão ser empregados os seguintes métodos de prevenção e resolução de conflitos: orientação individual ou coletiva; ajuizamento de uma ação individual ou coletiva; utilização da via administrativa de uma serventia extrajudicial; arbitragem; negociação direta ou assistida; conciliação; ou mediação.

Disso resulta concluir que a ampliação do direito fundamental de acesso à justiça, na forma e sob as condições delimitadas no problema de pesquisa, pressupõe a reunião de virtudes (prudência e justiça) e critérios racionais (de orientação para a escolha do método adequado às particularidades do conflito administrado em um Centro Multiportas comprometido com o uso adequado de vias plurais de prevenção e solução de disputas).

Nesse sentido, recomendamos que o processo de falseamento das possibilidades de encaminhamento disponíveis seja realizado mediante o desenvolvimento de testes rigorosos de avaliação de adequação às particularidades do caso concreto. A possibilidade de encaminhamento jurídico que sobreviver aos referidos testes, será considerada a medida mais adequada para a administração do conflito concretamente considerado.

Partindo do pressuposto de que o exercício da atividade de falseamento de alternativas de encaminhamento deve ser realizado de forma virtuosa (com prudência e justiça) e técnica (mediante o emprego dos critérios racionais objetivos), e, considerando que a atividade de gestão de conflitos tem sido prejudicada pela ausência de diretrizes nesse sentido, idealizamos a taxonomia disposta no fluxograma anexo, movidos pela crença de que sua observância poderá nortear diferentes gestores de conflitos no desenvolvimento de suas atividades de escolha do método mais adequado que cada caso concreto pode demandar.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. 368 p.

ARAUJO, Luís Alberto Gómez. Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como ferramentas na busca da paz. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999, p. 127-132.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. p. 243-262.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 8.046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de nov. de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 08 fev. 2013.

BURGESS, Guy M.; BURGESS, Heidi. **Encyclopedia of Conflict Resolution**. California: ABC-CLIO, 1997. 356 p.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006. 500 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. 195 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.

CUNHA, Djason B. Della. **Crise do direito e da regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos**: modernidade e globalização. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 104 p.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. 335 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 156.

LUCAS, Douglas César. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169-224.

LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagrasta. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). **Mediação no judiciário: teoria na prática**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, 283-320.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Tempo Universitário, 2005. 722 p.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2004. 109 p.

POPPER, Karl. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2009, 332 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais, n. 30, 1990, p. 13-43. Disponível em: <www.boaventuradesousasantos.pt>. Acesso em: 14 mar. 1990.

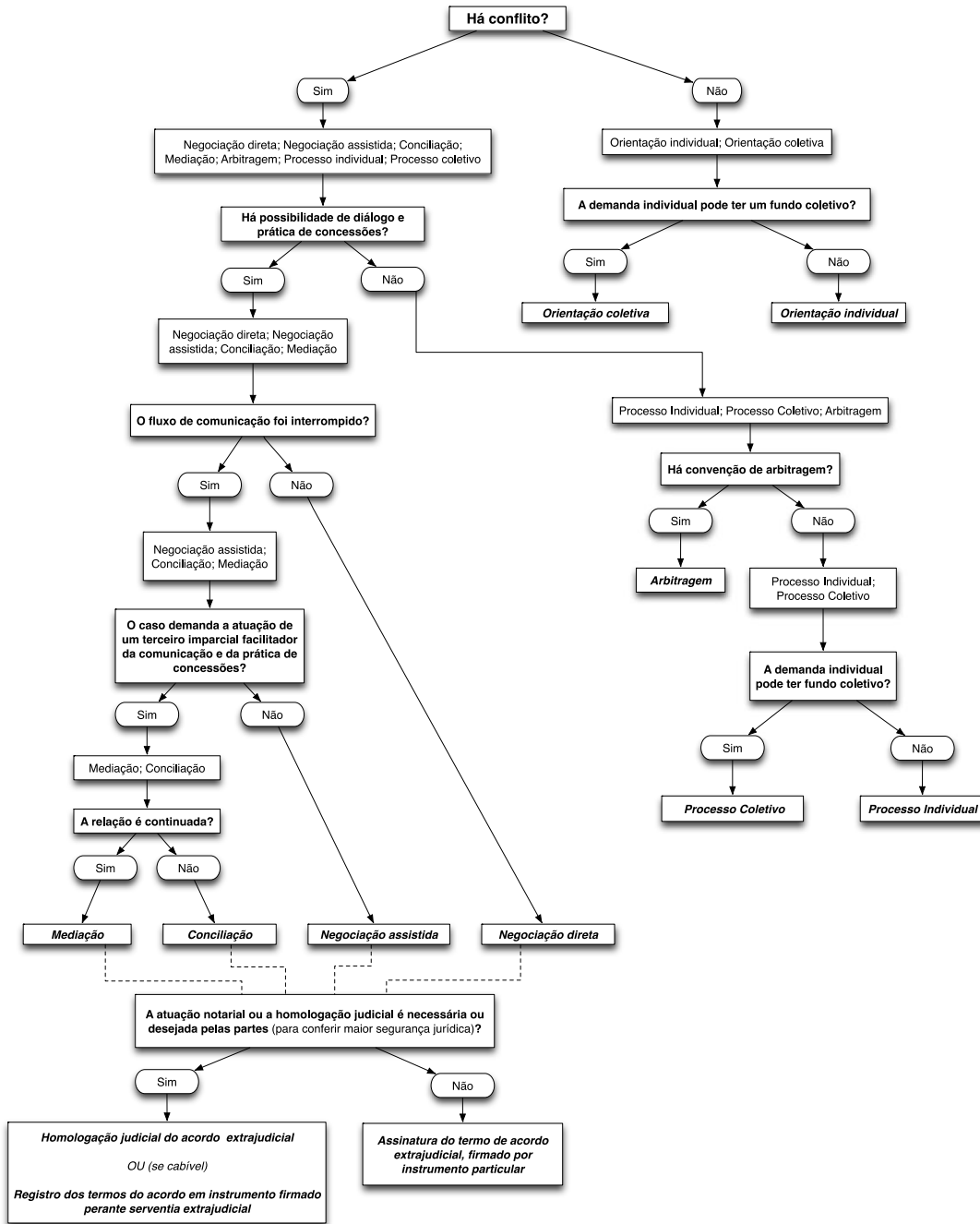
SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. 135 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10. ed., São Paulo: Cortez, 2005. 348 p.

SANTOS, Ricardo Goretti; BRITTO, Igor Rodrigues. O papel do PROCON na defesa qualificada dos interesses dos consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. In: XVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2009, Maringá. **Anais do XVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 5967-5991.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001. 403 p.

ANEXO - FASE II - TESTES DE FALSEAMENTO DAS ALTERNATIVAS DISPONÍVEIS
POSSIBILIDADES DE ENCAMINHAMENTO



JUSTICIA RESTAURATIVA EN DELITOS DE TERRORISMO

Emiliano Carretero Morales

Profesor de Derecho Procesal y Resolución Alternativa de Conflictos
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

Según los fines del proceso penal, concebido como instrumento eficaz de política social, éste ha de tender, en primer lugar, a prestar a la víctima la mayor asistencia y reparación posible y, en segundo lugar, a posibilitar la rehabilitación del delincuente y su reintegración social en condiciones que eviten la comisión de nuevos delitos. Sin embargo, nuestro modelo actual de Derecho penal sigue descansando en esa idea de Justicia Retributiva donde la víctima es ajena al proceso, donde el incremento punitivo y la ampliación de los delitos han sido el modo clásico de intentar satisfacer las demandas sociales de mayor seguridad y donde se consideran como fines de la pena la reinserción y resocialización del infractor, fines que no se cumplen realmente. En el presente trabajo se van a estudiar las ventajas que la Justicia Restaurativa puede ofrecer como complemento al proceso penal del siglo XXI y, en especial, su viabilidad y oportunidad en los delitos de terrorismo, analizándose igualmente la experiencia concreta de los encuentros restaurativos producidos en España en los años 2011 y 2012 entre víctimas y familiares de víctimas de atentados de ETA y los terroristas que los ocasionaron.

SUMARIO

1.- Introducción 2.- Proceso Penal: Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa 3.- ¿Es posible la aplicación de métodos restaurativos en delitos graves y, en particular, en delitos de terrorismo? 4.- La experiencia española: encuentros restaurativos entre víctimas de atentados de ETA y los terroristas 5.-Bibliografía

PALABRAS CLAVE: Justicia Restaurativa, terrorismo, víctima, victimario, encuentros restaurativos

1.- INTRODUCCIÓN

Es un hecho contrastado que los procesos judiciales no ofrecen siempre soluciones completas y adecuadas, que no consiguen la pretendida *pacificación del conflicto* como realización del Derecho, es más, en determinadas ocasiones, las resoluciones judiciales

lo que hacen es cronificar o enquistar aún más el problema subyacente que ha dado lugar al proceso.

Estamos asistiendo, en general, a un fenómeno de hiperjudicialización de todo tipo de conflicto, cuando muchos de ellos, por su especial naturaleza o por las circunstancias concurrentes en los mismos, quizás precisen de otro tipo de intervenciones de carácter multidisciplinar que puedan ofrecer una mejor solución y, en este sentido, se hace precisa la implementación de nuevos mecanismos de gestión de conflictos que vengan a complementar a los ya conocidos y que garanticen a los ciudadanos un mejor acceso a la Justicia y al Derecho que demanda la nueva sociedad (SOLETO MUÑOZ, 2007).

Por lo que respecta al ámbito del Derecho Penal, en bastantes ocasiones, las medidas adoptadas no han demostrado ser lo suficientemente disuasorias y, a veces, producen en el agresor el efecto precisamente contrario al pretendido, creando en el mismo un sentimiento de mayor animadversión y venganza hacia la víctima y hacia el propio sistema.

Por otro lado, se apunta que la cuestión fundamental en los procesos penales y, en particular, en los supuestos donde se ha producido algún tipo de violencia, es la atención a la víctima y el especial cuidado en la atención de sus intereses y necesidades, sin embargo el proceso judicial, por sí mismo, se muestra incapaz para poder atender debidamente dichos intereses y necesidades. La víctima es quien sufre física, psíquica y materialmente los efectos del delito y, por tanto, ha de hacersele justicia, pero en su más amplia concepción y, para ello, ha de concederse a la misma un espacio que le ayude a poder reparar el impacto emocional del delito, donde pueda expresarse, poner de manifiesto sus puntos de vista y sus sentimientos, percibiendo que éstos son efectivamente tenidos en cuenta. Obviamente, el proceso penal, tal y como está concebido, no ofrece a la víctima dicho marco reparador y de confianza.

Las medidas judiciales no es que no sean adecuadas o necesarias, que indudablemente lo son, simplemente se están mostrando como insuficientes. El tratamiento de las cuestiones de violencia en el proceso judicial se centra en los hechos enjuiciados, olvidando que las personas involucradas en este tipo de violencia padecen un daño

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

moral, familiar y personal difícil de dimensionar en términos estrictamente jurídicos, por lo que se hace precisa la necesidad de afrontarlo desde una perspectiva multidisciplinar que pueda ofrecer una solución de conjunto y ahí es donde los nuevos mecanismos de gestión de conflictos aparecen como el complemento que puede aportar dicha solución.

Es posible que frente a la creación de nuevas leyes y de nuevos órganos judiciales que las apliquen, quizás sea más conveniente plantearse la creación de otros recursos más eficientes, como por ejemplo incorporar gestores responsables que supervisen el correcto funcionamiento y utilización de los recursos existentes, detectar las múltiples disfunciones del sistema e incorporar nuevas formas o vías complementarias de gestión de conflictos (ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, 2007).

En muchos países ya se han venido incorporando estas nuevas vías de gestión de conflictos como complemento al proceso penal en delitos donde han existido episodios de violencia -fundamentalmente han sido programas de mediación-, eso sí, no en todos los casos y siempre adoptando una serie de medidas excepcionales dirigidas a garantizar la protección y seguridad de la víctima. En otros, se han desarrollado programas, no ya de mediación propiamente dichos, sino de facilitación o de intervención orientados a complementar y mejorar la posible solución a los conflictos de violencia. En definitiva, existe la sensación general de que la vía judicial no es suficiente para abordar adecuadamente la complejidad de este tipo de conflictos, por lo que se precisan otro tipo de actuaciones o mecanismos que vengán a complementar dicha vía.

Sin embargo, desde diversos sectores se viene apuntando que los beneficios de estos métodos complementarios no se pueden predicar respecto de los delitos graves donde ha existido violencia, porque entienden que existe la amenaza constante de un riesgo para la salud física y psicológica de las propias víctimas o de sus familiares que se podría ver agravado de someter a éstas a un proceso de mediación en el que hayan de encontrarse con sus agresores.

En este trabajo voy a defender la posibilidad de incorporar programas restaurativos en delitos de terrorismo, pese a que desde algunos sectores de la Victimología, como

GlobalMediation.com

apunta Varona Martínez, se hayan reforzado las críticas sobre sus peligros potenciales para las víctimas. Como señala la citada autora, estos peligros potenciales existen y así se reconocen en los estándares internacionales cuando se articulan una serie de medidas para minimizarlos. Sin embargo, en las evaluaciones que se han realizado sobre los programas llevados a cabo en la práctica, en particular con víctimas de delitos violentos donde han existido situaciones de desequilibrio de poder y contextos de especial vulnerabilidad, se ha concluido que, en general, la Justicia Restaurativa no ha supuesto ningún tipo de victimización secundaria para las víctimas y que ha contribuido positivamente al proceso de recuperación de éstas (VARONA MARTÍNEZ, 2011).

2.- PROCESO PENAL: JUSTICIA RETRIBUTIVA Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Tradicionalmente, el Derecho penal se ha caracterizado por su carácter retributivo, primando el castigo al infractor sobre la satisfacción de los intereses y necesidades de las víctimas.

Con relación a éstas últimas se han dejado de lado cuestiones importantes como la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad perdido tras la comisión del delito, o la llamada “victimización secundaria” derivada de su paso por el proceso judicial al que han de hacer frente.

Por lo que respecta a la reparación o resarcimiento del daño, en la práctica, las víctimas, normalmente, están más interesadas en expresar su situación, sus sentimientos, su deseos y, en definitiva, en la solución definitiva del conflicto planteado, que en el mero castigo al infractor o en una simple reparación económica. Sin embargo el sistema legal diseñado centra su atención precisamente en la sanción, en la represión, obviando que dicha respuesta no colma las necesidades de la víctima y, en pocas ocasiones, resuelve definitivamente el conflicto.

En cuanto a la recuperación del sentimiento de seguridad, el proceso penal parece olvidar que la mera adopción de medidas de carácter preventivo, en este sentido, no es suficiente y que se precisaría otro tipo de intervención más orientada, precisamente, a la

atención de la propia víctima. Las medidas adoptadas fallan en ocasiones, no se acaba de dar con la tecla exacta que garantice a las víctimas su seguridad y tranquilidad, lo que obviamente genera en las mismas una situación de angustia permanente no resuelta, ni mucho menos, por la mera incoación del proceso.

Por último, respecto de la llamada “victimización secundaria”, en general, los procesos penales seguidos por delitos de violencia suelen suponer una experiencia bastante traumática para las propias víctimas que han de hacer frente no sólo a las consecuencias del delito sufrido, sino además a las derivadas del propio proceso. Así, normalmente, el lenguaje jurídico utilizado les es bastante ajeno, sin que, en muchas ocasiones, nadie les explique en términos comprensibles qué es lo que está pasando a su alrededor. Se llegan a cuestionar temas como la veracidad o justificación de los hechos que han dado lugar a la incoación del proceso penal o la adecuación de la respuesta al episodio de violencia.

Por otro lado, con relación al agresor o victimario, el actual procedimiento penal genera, además del sufrimiento personal que supone, en su caso, la privación de libertad, la interiorización de actitudes manipuladoras y pautas de desconfianza, un nulo aprendizaje de actitudes empáticas y de respeto a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, así como la ausencia de responsabilización respecto de la conducta infractora. Estas consecuencias se acompañan además de un intenso deterioro de las facultades físicas y psicológicas, que dificultan los procesos de reinserción social e incrementan las posibilidades de reiteración delictiva.

Según los fines del proceso penal, concebido como instrumento eficaz de política social, éste ha de tender, en primer lugar, a prestar a la víctima la mayor asistencia y reparación posible y, en segundo lugar, a posibilitar la rehabilitación del delincuente y su reintegración social en condiciones que eviten la comisión de nuevos delitos. Sin embargo, nuestro modelo actual de Derecho penal sigue descansando en esa idea de Justicia Retributiva donde la víctima es ajena al proceso, donde el incremento punitivo y la ampliación de los delitos han sido el modo clásico de intentar satisfacer las demandas sociales de mayor seguridad y donde se consideran como fines de la pena la reinserción y resocialización del infractor, fines que no se cumplen realmente.

Para Urbano Castrillo, “este modelo está moralmente quebrado, no se revela como justo, no previene ni protege, no intimida ni disuade, no rehabilita, no reintegra ni resocializa, no reeduca ni educa, pocas veces atiende las necesidades de delincuentes y víctimas. Todas aquellas utilitarias ambiciones del sistema punitivo han sido prácticamente abandonadas, bajo el atractivo de un propósito de infligir el daño al ofensor. De este modo resulta que los mecanismos de defensa social se limitan, realmente, a difundir miedo y a intimidar antes que a ocuparse de evitar la reincidencia y de pacificar, verdaderamente, la situación producida por el delito”. Señala igualmente el citado autor que “este modelo, además, se encuentra amplificado por el llamado *populismo punitivo*, que pide penas cada vez más duras, a golpe de informaciones sensacionalistas de los medios de comunicación, y conduce a una espiral de acción-reacción traducido en un incremento punitivo que no parece tener límites, una tendencia a la criminalización de cada vez mayor número de conductas, y, como consecuencia final, una población penitenciaria que no cesa de crecer” (URBANO CASTRILLO, 2010).

Todo ello hace que el proceso judicial se presente como una vía que indudablemente puede ser mejorada o complementada con la adopción de otros recursos que intenten paliar en cierta medida las deficiencias apuntadas. En este sentido, destaca Lamarca Pérez que “al menos entre cierto sector de la doctrina, suele ser un lugar común denunciar que el sistema penal, globalmente considerado, resulta no sólo ineficaz, sino dudosamente legítimo. Ineficaz, porque se muestra impotente no ya para eliminar el delito, sino incluso para reducirlo; e ilegítimo por cuanto, para la solución de un conflicto, se limita a imponer un mal, la pena; a todo ello se viene añadiendo que tampoco se ofrece a la víctima satisfacción o una auténtica defensa de sus intereses” (LAMARCA PÉREZ, 2007).

Frente a este modelo clásico de Justicia penal, hace ya algunos años, surgió un nuevo movimiento conocido como “Justicia Restaurativa”, que apuesta por involucrar a la víctima como parte esencial del proceso penal y cuyo objetivo principal es resolver activamente el delito, utilizando para ello un método que, manteniendo la responsabilidad penal del delincuente por los hechos cometidos, permite a éste la posibilidad de reparar efectivamente a la víctima el daño ocasionado.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

La Justicia Restaurativa tiene como objetivo romper la dicotomía víctima-agresor, intentando variar los papeles predeterminados que se asignan a los mismos en el curso del proceso judicial. En este sentido, se permite al infractor restaurar en la medida de lo posible las consecuencias de sus actos y a las víctimas la posibilidad de participar en dicha reparación. Pero, para ello el infractor ha de tener la voluntad de reparar los daños ocasionados y responsabilizarse por su conducta, porque sólo de esta forma se conseguirá evitar que la misma se reitere en el futuro.

Entre las ventajas que ofrece la Justicia Restaurativa, se podría destacar que el proceso a seguir va a permitir a todas las partes expresar sus emociones y opiniones sobre las consecuencias de los hechos y sobre la forma en que pueden participar en la posible solución de los mismos. Este potencial para hacer frente a las necesidades psicológicas de los involucrados en episodios de violencia, probablemente ayude a disminuir la intensidad de la ansiedad y de los sentimientos negativos que las partes suelen experimentar al enfrentarse a un proceso judicial. De hecho, la Justicia Restaurativa permite a las partes expresar una serie de emociones o de sentimientos que podrían no ser relevantes a efectos legales, pero que a lo mejor sí son muy importantes para las propias partes a fin de dar una solución al conflicto.

Otra de las ventajas que puede ofrecer la Justicia Restaurativa en este ámbito, es que puede proporcionar a la víctima una sensación de control sobre su propio daño, facilitando la reparación en lugar del simple castigo del infractor. La restauración de la sensación de control en la toma de decisiones propias y personales, sin duda, va a facilitar la recuperación del equilibrio emocional de la propia víctima, tal y como señala Ríos Martín “la mayoría de los hechos delictivos no pueden ser justificados, pero una buena parte de ellos pueden ser comprendidos. Solamente desde la comprensión del comportamiento del otro, la persona víctima puede llegar a calmar su odio y recuperar la serenidad” (RÍOS MARTÍN, 2007). En el mismo sentido, Ordóñez Sánchez sostiene que “cada ser humano se enfrenta al delito de forma diferente, según sus posibilidades materiales y emocionales. A veces se produce miedo, odio, necesidad de venganza o sentimiento de culpa. Normalmente la víctima necesita liberar la emoción negativa para recuperar la necesidad de equilibrio interior. El equilibrio interior de la víctima puede alcanzarse gracias al reconocimiento del delito por el infractor y, sobre todo, cuando

éste se responsabiliza del daño causado” (ORDOÑEZ SÁNCHEZ, 2007).

La Justicia Restaurativa se interesa por el delito, pero lo percibe como un problema de relación en el que es necesario llevar al agresor a la asunción de su responsabilidad y de las consecuencias que sus acciones han causado a la víctima.

Ahora bien, la Justicia Restaurativa en ningún caso supone una alternativa al procedimiento judicial o a la judicialización del conflicto, sino un complemento al mismo que puede ayudar a alcanzar los debidos fines de dicho proceso.

Hoy en día, la Justicia Restaurativa, como sistema autónomo, es simplemente una entelequia, no podría garantizar plenamente y en todo caso, la satisfacción de los derechos e intereses de la víctima, así como tampoco los del infractor. Por su parte, tal y como he comentado, el proceso judicial tampoco puede hacerlo. En este sentido, lo recomendable sería la inclusión de elementos de Justicia Restaurativa en el actual modelo de proceso penal, por lo que la combinación de ambos métodos se presenta como la forma más adecuada de gestionar determinados conflictos.

Es cierto que la Justicia Restaurativa puede ofrecer elementos muy positivos, pero también lo es que hay peligros potenciales que pueden disminuir su eficacia en determinado tipo de situaciones. En ocasiones, incluso, su utilización puede suponer un peor remedio con consecuencias negativas para las propias partes.

No todos los asuntos, particularmente en aquellos donde se han producido episodios de violencia grave, son susceptibles de ser sometidos a mecanismos de Justicia Restaurativa. Es más, posiblemente en muchos de ellos no sea aconsejable ni tan siquiera intentarlo. Habrá que atenderse a las circunstancias concretas del caso en cuestión y, en particular, a la situación emocional de la víctima y la posible desigualdad o desequilibrio en las posiciones de las partes.

3.- ¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE MÉTODOS RESTAURATIVOS EN DELITOS GRAVES Y, EN PARTICULAR, EN DELITOS DE TERRORISMO?

Hay que partir de la realidad de la hipersensibilización personal y social sobre los delitos graves y, en particular, sobre los delitos de terrorismo, agravados éstos por el sensacionalismo mediático, por su ideologización y su politización, lo que hace que su abordaje sea especialmente complejo.

La Justicia Restaurativa se ha desplegado en España casi exclusivamente a través de la mediación, sin embargo aquélla no se agota en ésta, toda vez que existen otras herramientas restaurativas que también pueden ser utilizadas en determinados supuestos.

Según señala un grupo de expertos en esta materia, encabezados por Ríos Martín, “todos los delitos, incluso los más graves, son susceptibles de ser tratados en procesos restaurativos, a pesar de que hayan supuesto intensas y, en ocasiones, irrecuperables pérdidas para las víctimas, así como múltiples años de prisión para sus agresores”. La viabilidad de los itinerarios personales que habrán de recorrer las partes, los diálogos y los encuentros restaurativos que se produzcan no se producirán en función de la gravedad del hecho delictivo cometido, sino que dependerán fundamentalmente de la capacidad y disponibilidad de las personas y de la propia sociedad para embarcarse en procesos de comunicación eficaz que incluyan la narración de los hechos, por duros que éstos puedan ser, y la expresión de las emociones y de los sentimientos. Como señalan estos autores, “se trata de dar a las víctimas y a los victimarios la oportunidad de *curarse* y permitirles *narrar* sus historias y transformarse en ciudadanos interlocutores. Lo que se plantea entonces es una perspectiva diferente que deje de lado la tradicional concepción de justicia fundamentada en el castigo, el dolor y el sufrimiento del victimario como ejercicio retributivo. El proceso de narración permite a las víctimas y a los ofensores contar la historia sobre lo que realmente ocurrió y el impacto de la acción criminal. Ésta se polariza en el daño, en la reducción del mismo y en la responsabilidad, opuestos a simplemente encontrar un culpable y darle un castigo por ello. La Justicia Restaurativa se sostiene en el entendimiento de las consecuencias humanas del delito y así busca construir nuevas relaciones humanas” (RÍOS MARTÍN ET AL, 2012).

En algunas ocasiones, se ha malinterpretado la finalidad de los mecanismos restaurativos. Parece que lo único que se persigue es la reconciliación de la víctima con su agresor, cuando la realidad es que lo que se pretende es facilitar, fundamentalmente a la víctima, la posibilidad de verse realmente reparada por el daño sufrido y poder continuar su vida con tranquilidad o, al menos, con otras sensaciones. Para ello, en primer lugar, la víctima ha de estar debidamente preparada psicológicamente para afrontar un proceso de este tipo y, en segundo lugar, ha de querer hacerlo, es decir tiene que tener una voluntad clara y consciente de querer afrontar dicho proceso. Por lo que respecta al agresor, obviamente además de querer voluntariamente iniciar dicho proceso, habrá de tener una cierta capacidad de comunicación que le permita afrontar el proceso debidamente, así como de empatizar con los sentimientos y necesidades de la víctima.

Además de estos mínimos requisitos de inicio, en los delitos más graves, como los de terrorismo donde hay una mayor complejidad de los bienes a proteger y una multiplicidad de intereses en juego, se precisan otra serie de condiciones.

Así, tal y como ponen de manifiesto los autores señalados anteriormente (RÍOS MARTÍN ET AL, 2012), en primer lugar ha de haber constancia del cese definitivo e incondicional de la violencia personal ejercida, garantizándose a la víctima que no volverán a producirse hechos de la misma naturaleza. Si las personas que han sido víctimas de un delito muy grave no tienen la absoluta certeza de la desaparición total de la violencia, no sería posible, ni aconsejable, que las personas enfrentadas establezcan diálogos o encuentros restaurativos respecto de la violencia sufrida o ejercida a fin de superar la situación de quiebra personal en que se encuentran. En la misma línea, apunta Pascual Rodríguez que “además de la necesidad de que las personas intervinientes estén en un momento psicológico que lo permita, estos encuentros requieren la ausencia definitiva e incondicional de la violencia interpersonal ejercida, garantizando a la víctima que no se volverá a repetir” (PASCUAL RODRÍGUEZ, 2013).

En segundo lugar, la Administración de Justicia, como no podría ser de otra forma, habrá de continuar juzgando y, en su caso, condenando a la pena que corresponda a las personas responsables de la comisión de dichos delitos graves. En este sentido, como Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinger, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

señala Sáez Valcárcel, “como se trata de un terreno difícil, es necesario matizar los términos de una posible intervención restaurativa. Una constatación de la singularidad del problema. Cualquier acercamiento a esa forma de violencia y a los grandes daños, personales e institucionales, que ha causado, requiere despejar cualquier confusión entre restauración y equidistancia; para ello, el espacio de los diálogos restaurativos en materia de criminalidad terrorista tendría que construirse después de haber actuado la justicia penal y la política. Hay buenas razones que aconsejan en el ámbito de los delitos muy graves, incluso hacen inevitable, que los aparatos de persecución penal y los tribunales de enjuiciamiento hayan cumplido sus funciones. De tal manera, se convertirían en antecedentes necesarios la afirmación de que el hecho criminal tuvo lugar, su atribución a una persona en calidad de autor o de partícipe, la imposición de una pena, la determinación del daño causado por el delito y la identidad de la víctima” (SÁEZ VALCÁRCEL, 2011). Por tanto, hay que partir de la realidad de unos hechos que han causado un daño, con las consecuencias penales y penológicas que han de tener lugar, por lo que no se puede supeditar el proceso restaurativo al devenir judicial.

En tercer lugar, es necesaria la búsqueda de todas las verdades respecto de la violencia sufrida, porque sucede que, normalmente, la verdad judicial es incompleta, no se tienen en cuenta hechos, emociones y motivaciones. Los encuentros restaurativos pretenden, precisamente, hacer aflorar aspectos omitidos respecto de la violencia sufrida y las formas concretas de superación o compensación del trauma padecido.

En cuarto lugar, “es preciso realizar un recorrido personal y emocional previo con cada una de las partes, trabajando la predisposición, la seguridad, la confianza, la salud, la identidad, la afectividad, la comunicación y la capacidad para dejarse sorprender por las consecuencias que para la vida futura de cada cual puede conllevar un diálogo de estas características” (RIOS ET AL, 2012). El itinerario restaurativo ha de ser siempre individualizado y personalizado, y ha de ser realizado por profesionales que sepan manejar estas situaciones con la debida competencia y capacitación. Los posibles riesgos personales se pueden minimizar preparando adecuadamente a quienes vayan a participar en estos encuentros restaurativos y ello habrá de hacerse lenta y concienzudamente, facilitándose la información necesaria acerca de acerca de las dificultades previsibles del itinerario, así como de los posibles beneficios que puede conllevar iniciar este trabajo personal.

El proceso a realizar con la víctima ha de ser siempre totalmente respetuoso con los límites que quiera alcanzar, teniendo siempre presente que el perdón no va a ser nunca una obligación para la misma. Las motivaciones que pueden llevar a la víctima de un delito de terrorismo a iniciar un encuentro restaurativo pueden ser de muy distinta naturaleza, por ejemplo conocer la verdad completa sobre los hechos sucedidos; poder expresar sus emociones, posiblemente contenidas durante mucho tiempo, en un espacio de seguridad y en un horizonte de construcción colectiva de la paz que realmente le dote de sentido; poder encontrar la paz individual y el sosiego espiritual; iniciar una nueva etapa en su vida en la que se abandone el desgaste ocasionado por el odio cronificado; empoderarse y recuperar su propio protagonismo; aumentar su propia seguridad; procurar el reconocimiento del daño causado por parte del agresor, etc.

Por su parte, al victimario también pueden moverle diversas motivaciones como conseguir la paz consigo mismo; poder ofrecer sus motivos y sus disculpas a la víctima intentando aliviar su dolor; motivaciones utilitaristas respecto a su proceso de reinserción social personal, etc.

Hay que velar por la adecuada preparación y honestidad de las partes a la hora de afrontar estos encuentros, ya que en los delitos de terrorismo, a pesar del itinerario previo realizado por separado con cada una de las partes, cabe el riesgo de que se produzcan situaciones de descontrol. Igualmente, habrá de comprobarse que los procesos restaurativos respondan al momento adecuado o a las necesidades reales de víctimas y victimarios, si no es así posiblemente los perjuicios de dichos encuentros serán mayores que sus posibles beneficios. Por supuesto, hay que prestar especial atención y cuidado en evitar cualquier posible revictimización de la víctima, dejándole siempre presente su participación absolutamente voluntaria en el proceso, e igualmente hay que dejarle claro al victimario que el objetivo del encuentro no va a ser el de conseguir ningún tipo de impunidad fruto del posible perdón de la víctima.

Para garantizar adecuadamente todas estas cuestiones es fundamental el papel que ha de desempeñar el tercero neutral, la persona facilitadora que va a intervenir en los encuentros. Como ya se ha señalado, buen parte del trabajo del facilitador se desarrolla antes de los encuentros restaurativos propiamente dichos, habiendo de llevar a cabo la

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

trascendental labor de preparación de los itinerarios personales de cada una de las partes.

Este facilitador habrá de tener conocimientos específicos de Justicia Restaurativa, teniendo en cuenta que en los delitos de terrorismo hay una sobrecarga emocional importante que dificulta la objetividad con la que el neutral ha de desenvolverse, por lo que es importante que pueda apoyarse en otros compañeros y profesionales a fin de solicitar apoyo y refuerzo cuando lo considere oportuno. Tal y como señalan Ríos et al., “el facilitador, por su implicación en un proceso en el que está en juego tanto sufrimiento humano, también sufre. Por eso, el trabajo en equipo es básico. Ayuda a no perder la perspectiva, contrastar y asegurar la objetividad. Además, el equipo entero debe estar comprometido con el proyecto para superar todos los pequeños y grandes fracasos, así como para no perder de vista el valor de las transformaciones que se van produciendo en el itinerario restaurativo”.

Apuntan, igualmente, los referidos autores que “la preparación de los itinerarios personales y, en su caso, de los diálogos y encuentros restaurativos habrá de ser minuciosa y siempre personalizada y flexible. Para ello se necesitan personas no rígidas, capaces de desarrollar una paciencia infinita en contextos humanos de ambigüedad, confusión y perplejidad. A todo ello hay que añadir habilidades para comprender el proceso de comunicación que acompaña a la curación, la importancia de cargar con la verdad del otro, así como destrezas para honrar la fuerza, el potencial transformador y la sabiduría interior de las personas participantes” (RIOS ET AL, 2012).

4.- LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA: ENCUENTROS RESTAURATIVOS ENTRE VÍCTIMAS DE ATENTADOS DE ETA Y LOS TERRORISTAS

El día 20 de octubre de 2011 se produjo el anuncio oficial del cese definitivo de la violencia por parte de la organización terrorista ETA. Por el camino han quedado 829 víctimas mortales, alrededor de 16.000 heridos, setenta secuestros e infinidad de personas amenazadas, coaccionadas y extorsionadas. A estas víctimas directas habría que sumar las víctimas indirectas que son fundamentalmente todos los familiares de los

asesinados, heridos, amenazados o extorsionados. Además, habría que sumar todas las personas que tuvieron que abandonar el País Vasco, y en consecuencia sus hogares, víctimas de amenazas de la organización terrorista.

Ya se ha comentado como la Justicia Restaurativa puede ser una posibilidad que puede resultar positiva en determinados casos, siempre y cuando se respeten los derechos de las víctimas y de los victimarios. Pascual Rodríguez, la persona que actuó como facilitadora-mediadora en los primeros encuentros restaurativos que se llevaron a cabo entre víctimas y familiares de víctimas y presos de ETA, define perfectamente como se puede aplicar en este ámbito la Justicia Restaurativa y en qué consisten los encuentros restaurativos. Señala la citada autora que el encuentro restaurativo “supone un proceso de comunicación que descansa sobre la responsabilidad y la autonomía de los participantes, basado en la vivencia de la alteridad, la comunicación, la reciprocidad y la humanidad compartida. Tiene como instrumento la palabra y la escucha; en último término: el diálogo” (PASCUAL RODRÍGUEZ, 2013).

Según apunta Varona Martínez, además los encuentros restaurativos pueden resultar positivos si se “incardinan dentro de un contexto sociopolítico deslegitimador del terrorismo de ETA” (VARONA MARTÍNEZ, 2011).

En este marco del fin definitivo de la violencia anunciado por la banda terrorista, tuvo lugar la petición de un grupo de presos de ETA a Instituciones Penitenciarias de iniciar una serie de encuentros con sus víctimas con la finalidad de intentar en la medida de lo posible paliar su dolor, ofreciéndose a darles respuestas a los interrogantes que las mismas pudieran plantearles respecto de los crímenes cometidos. Tal y como señala Castilla Jiménez, “anteriormente estos presos habían mostrado públicamente su rechazo a la violencia armada, así como su desvinculación de ETA y, tras asumir su responsabilidad por el daño causado, habían expresado su voluntad de contribuir a la reparación del mismo, condiciones previas indispensables para la realización de estas prácticas restaurativas” (CASTILLA JIMÉNEZ, 2013).

Esta experiencia constituía una iniciativa pionera en España, por primera vez ex miembros de ETA solicitaban encontrarse con víctimas de la banda, con la sola

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

presencia de un facilitador o mediador, siendo éstos últimos los encargados de llevar a cabo la preparación de dichos encuentros. Como señala Maixabel Lasa, Ex Directora de la Dirección de Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco y participante en los encuentros restaurativos, el objetivo de estos encuentros consistía en “facilitar desde los poderes públicos la creación de espacios personales seguros donde víctima y victimario, a través de un diálogo restaurativo, pudieran contribuir a la integración positiva del trauma personal derivado de un atentado terrorista” (LASA, 2013).

El 25 de mayo de 2011, con la ayuda de una facilitadora, tuvo lugar el primero de estos encuentros en la prisión de Nanclares de Oca, las partes eran una víctima del terrorismo cuyo padre fue asesinado por la banda en 1980, sin que se supiese quien había sido el autor material del atentado, y un preso condenado por pertenecer a ETA, con delitos de sangre, que había llegado a la conclusión de que la violencia no tenía sentido y había decidido apartarse de la banda ya en prisión. Según pone de manifiesto Ceberio Belaza, “el primero quería saber el porqué de muchas cosas. Por qué la persona que tenía enfrente había sido un terrorista, por qué había matado, cómo podía vivir con ello, qué le condujo a la organización que destruyó la vida de su madre y de sus seis hermanos. El segundo quería, sobre todo, pedir perdón” (CEBERIO BELAZA, 2011).

A este primer encuentro le sucedieron tres más, integrados por seis personas, enfrentadas cara a cara por parejas, cada uno de los encuentros con sus particularidades y circunstancias especiales, de hecho en alguno de ellos no intervino el facilitador y no todos se celebraron en el centro penitenciario, ya que en uno el victimario se encontraba en régimen de semilibertad. De todos estos encuentros, sólo uno de ellos se produjo entre uno de los familiares de la víctima y el terrorista que había producido el daño, la persona que había asesinado a su padre, fue el encuentro más difícil y emocionalmente más complicado. En el resto, los terroristas explicaron que eran “ex miembros de una organización jerárquica y que ellos no elegían a sus víctimas, simplemente cumplían órdenes, todos eran de alguna manera partícipes y responsables de cada una de las muertes” (CEBERIO BELAZA, 2011).

Según aclara Pascual Rodríguez, “estos diálogos pueden mantenerse entre la víctima de un delito y su agresor concreto, pero también entre víctimas y victimarios no directos,

es decir, entre personas que han sufrido la violencia terrorista y quienes han participado de ella. El elemento colectivo, de organización, en el que todos los miembros tienen una responsabilidad colectiva, además de la individual, por los sufrimientos infligidos por el conjunto, en la medida en que se vive así tanto por víctimas como victimarios, dota a los *encuentros indirectos* de un contenido real que va más allá de lo meramente simbólico y los hace parangonables a los *encuentros directos*. Sólo en aquellos casos en que sea posible, y en que ellos o ellas lo estimen conveniente, se procede al encuentro restaurativo entre la víctima del delito y quien fue su agresor directo” (PASCUAL RODRÍGUEZ, 2013).

En total, entre los años 2011 y 2012, se celebraron catorce encuentros restaurativos que contaron con el apoyo institucional de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y de la Dirección de Atención a las Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco. En general, todos los encuentros transcurrieron con normalidad y las partes que intervinieron en los mismos destacan que fueron satisfactorios, tanto para víctimas como para victimarios, pues unas recibían algunas de las respuestas que habían estado tanto tiempo esperando, enfrentando su dolor con aquellos que lo causaron, y otros iniciaron un proceso de asunción de responsabilidad necesario para intentar restablecer su paz interior e iniciar el camino de su reinserción social.

Sin embargo, con la llegada al poder del Partido Popular se comenzaron a producir a partir del mes de febrero de 2012 algunas injerencias de las instituciones en el desarrollo de estos encuentros restaurativos como la suspensión de los permisos de salida ya concedidos a los presos; la introducción de nuevos requisitos para el desarrollo de los encuentros como la imprescindible presencia de algún funcionario de Instituciones Penitenciarias para levantar acta de lo sucedido en los encuentros, lo que provocó reticencias en la participación de las víctimas; la filtración a los medios de comunicación de la identidad de las víctimas que iban a participar en los encuentros, quebrando claramente el principio de confidencialidad de los mismos; y otras intromisiones por parte de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias como contactar directamente con las víctimas sin poner en conocimiento dichos contactos con los facilitadores que estaban interviniendo en los encuentros.

Finalmente, en el mes de agosto de 2012 se produjo un hecho que marcó el final de estos encuentros restaurativos, cuando desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se desautorizó un encuentro programado dos días antes de su realización, alegándose la falta del consentimiento escrito de las víctimas participantes; cuando finalmente se presentó el consentimiento escrito de dichas víctimas, y tras una larga demora en la respuesta, desde Instituciones Penitenciarias se hizo saber a las partes la necesidad de que en el encuentro estuviera presente un representante de la institución dadas “las importantes consecuencias jurídicas en el ámbito de la ejecución penal” que la intervención en dichos encuentros implicaba, lo que vino a desalentar totalmente a las víctimas ante la incertidumbre que les provocaba la posibilidad de un beneficio penitenciario para los presos. Estas circunstancias propiciaron que los encuentros dejaran de producirse definitivamente a finales de ese mismo año.

Tras la interrupción de los encuentros se han producido voces en contra, solicitando la puesta en marcha nuevamente de los mismos, si bien la presión ejercida desde algunas asociaciones de víctimas y las diferencias políticas han impedido hasta la fecha su reanudación.

Llegados a este punto, me gustaría poner de manifiesto algunas interesantes reflexiones de Iñaki García Arrizabalaga, hijo de una víctima asesinada por ETA y participante en uno de los encuentros restaurativos. Respecto de las diferencias entre las propias víctimas sobre la conveniencia o no de este tipo de encuentros y ante las críticas de un sector de las mismas que los entendían como una traición a la memoria y dignidad de las propias víctimas, señala García Arrizabalaga que “ninguna víctima del terrorismo es mejor ni peor que otra por participar en los encuentros restaurativos o por no querer hacerlo. Todas las víctimas del terrorismo son merecedoras de dignidad y respeto, independientemente de cuál sea su postura y su opinión con relación a los encuentros restaurativos. El hecho de que unas víctimas del terrorismo decidan participar en estos encuentros no debe suponer tampoco ningún tipo de presión potencial hacia otras víctimas. La participación de una víctima del terrorismo en estos encuentros restaurativos debe ser un acto libre, consciente y responsable. También, las propias organizaciones de víctimas del terrorismo deberían respetar la diversidad de posturas

existentes entre las víctimas del terrorismo con relación a los encuentros restaurativos y no descalificar a las víctimas que decidan participar en ellos. Se puede admitir la crítica, pero no la descalificación formulada desde una pretendida postura de superioridad moral o de posesión de la razón absoluta. Afirmar que los encuentros restaurativos propician un empate técnico entre víctimas y terroristas es también una grave e inadmisibles descalificación moral a las víctimas participantes en dichos encuentros”.

Por lo que respecta a los ex terroristas y al posible perdón de los mismos, refiere García Arrizabalaga que “existen personas y colectivos que defienden que los ex terroristas que participan en los encuentros restaurativos deben limitarse a reconocer el daño causado y, desde el arrepentimiento, hacer autocrítica de su pasado. Todo eso está muy bien. Pero yo creo que, además, los ex terroristas tienen que estar dispuestos a pedir perdón. No se trata, precisamente, de usar textualmente estas palabras, aunque tampoco se descartan. No se trata tampoco de pedir perdón por imperativo legal o de rellenar una “x” en la casilla “pido perdón” de un formulario. Pedir perdón es más una cuestión de actitudes personales, es empatizar con el dolor y el sufrimiento de la víctima y vivirlos como propios, es asumir la culpa y ser plenamente consciente de que se ha sido parte activa en la causa del dolor y del sufrimiento de la persona que tienes delante, es reconocer y decirle, mirándole a los ojos, cara a cara, que te has equivocado trágicamente y que nunca lamentarás suficientemente lo que has causado. Estar dispuesto, sincera, crítica y humanamente, a pedir perdón es un acto profundamente revolucionario, en el sentido de que va a la raíz del problema y de que cambia radicalmente el escenario de un encuentro restaurativo: la desnuda valentía de quien lo pide y la magnanimidad de quien lo concede producen una cierta liberación del pasado y permiten mirar con dignidad hacia el futuro. Y dejémonos de monsergas con las connotaciones religiosas del perdón: el perdón es un acto civil, laico e íntimo entre dos personas.

Como el perdón es un acto individual y estrictamente personal, no se puede generalizar y exigirlo a todas las víctimas. Es la culminación de un proceso que víctima y victimario han tenido que desarrollar cada uno por su lado. Porque también la víctima tiene un proceso, que se extiende desde los comprensibles sentimientos de odio y venganza hasta asumir con todas sus consecuencias que las personas merecen una

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

segunda oportunidad, sea cual sea el delito que cometieron. Y que recuperar a esas personas para la vida en sociedad es una victoria del sistema democrático” (GARCÍA ARRIZABALAGA, 2012).

En conclusión, la Justicia Restaurativa, y en concreto los encuentros restaurativos, se constituyen como una posibilidad que puede resultar positiva en determinados casos de terrorismo, partiendo de la concurrencia de voluntades de víctima y victimario y de otra serie de circunstancias que hagan viable y recomendable su puesta en práctica. Se ha de tener en cuenta por parte de los facilitadores que no se encuentran ante partes que estén en una posición de igualdad, sino ante una víctima que, libre y voluntariamente, decide encontrarse con su victimario, el cual, también libre y voluntariamente, ha decidido reconocer el daño que ha causado, estando dispuesto a reparar el mismo en la medida de lo posible. El facilitador, por tanto, no puede equiparar a las partes, ni ser imparcial en este sentido, pero si deberá velar porque el encuentro se desarrolle de forma adecuada, garantizando el respeto mutuo y evitando cualquier posible intento de humillación por cualquiera de las partes.

Partiendo de la idea de que la Justicia implica prevención y reparación, los encuentros restaurativos pueden suponer un complemento innovador para el proceso penal que demanda el siglo XXI, y, en ocasiones, puede suponer además un complemento necesario en la defensa de la centralidad de las víctimas, las grandes olvidadas.

5.- BIBLIOGRAFÍA

CASTILLA JIMÉNEZ, J., “Incidencia de los poderes públicos en el desarrollo de los encuentros restaurativos”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Madrid, 2013.

CEBERIO BELAZA, “Cara a cara entre terroristas y víctimas”, en *Diario El País*, 25 de septiembre de 2011.

GARCÍA ARRIZABALAGA, I., “Reflexiones personales sobre mi participación en los encuentros restaurativos”, en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro “Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo, junio 2012*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.

LAMARCA PÉREZ, C., “Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal”, en *La Ley Penal*, número 44, Año IV, Diciembre 2007.

LASA, M., “Prólogo”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Madrid, 2013.

ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B., “La mediación penal en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos”, en *La Ley Penal*, número 44, Año IV, Diciembre 2007.

ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal, Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*.

PASCUAL RODRÍGUEZ, E., “Introducción”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Madrid, 2013.

RÍOS MARTÍN, J.C., “La mediación, instrumento de diálogo para la reducción de la violencia legal y penitenciaria”, en *La Ley Penal*, número 44, Año IV, Diciembre 2007.

RIOS MARTÍN, J., SÁEZ, R., ETXEBARRÍA, X., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., ET AL, “Reflexiones sobre la viabilidad de instrumentos de Justicia Restaurativa en delitos graves”, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (Coords.) *Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Penitenciaria: Un Nuevo Impulso*, Reus, Madrid, 2012.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., “Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 8, Bilbao, 2011, págs. 71-125.

SOLETO MUÑOZ, H., “La Mediación en la Unión Europea”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coord.), Tecnos, Madrid, 2007.

URBANO CASTRILLO, E., “La Justicia Restaurativa penal”, en *La Ley Penal*, número 73, Año VII, julio-agosto 2010.

VARONA MARTÍNEZ, G., “Justicia Restaurativa en supuestos de victimación terrorista: hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados”, texto de la intervención en el *Encuentro Internacional en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Antonio Beristain*, Donostia/San Sebastián, 4 de noviembre de 2011.

VARONA MARTÍNEZ, G., “Justicia Restaurativa garantista en supuestos de terrorismo”, intervención presentada en el Congreso *El Estado de Derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo*, Madrid, 12 y 13 de diciembre de 2011.

EL JUEZ ANTE LA MEDIACIÓN

Rosa María Freire Pérez

Juez

rm.freire@poderjudicial.es

Hace un mes , visitando Ciudad de México , me encontré con el monumento a Gandhi, donde figuraba la siguiente inscripción: LA NO VIOLENCIA HA LLEGADO HASTA LOS HOMBRES Y PERMANECERÁ. ELLA ES LA ANUNCIADORA DE LA PAZ DEL MUNDO.

Esto me hizo reflexionar sobre la mediación, porque todos los que creemos en ella, creemos también firmemente que es un medio para la paz, mediante el fomento del dialogo como fórmula de resolver los conflictos, fórmula que, en definitiva se establecerá en las relaciones sociales. La mediación forma parte de LA CULTURA DE PAZ.

Y ello me hizo recordar la siguiente reflexión , también de Ghandi:

APRENDÍ LA PRÁCTICA REAL DE LA LEY. APRENDÍ A PONER DE MANIFIESTO EL MEJOR LADO DE LA NATURALEZA HUMANA Y A PENETRAR EN EL CORAZÓN DE LOS HOMBRES. ME DI CUENTA QUE LA VERDADERA FUNCIÓN DE UN ABOGADO ERA UNIR A LAS PARTES QUE SE HABÍAN PARTIDO EN PEDAÇOS. LA LECCIÓN SE PRENDIÓ TAN INDELEBLEMENTE EN MI QUE UNA GRAN PARTE DE MI TIEMPO, DE LOS 20 AÑOS QUE EJERCÍ COMO ABOGADO, LA DEDIQUÉ A LOGRAR COMPROMISOS PRIVADOS EN CIENTOS DE CASOS. A CONSECUENCIA DE ESTO NO PERDÍ NADA, NI SIQUIERA DINERO; Y DESDE LUEGO, NO PERDÍ MI ALMA.

Y si se trata de eso , de construir la paz, ¿cual es el papel que nos corresponde asumir a los profesionales de la resolución de conflictos , sin “perder el alma “?

Para ello quizás deberíamos reflexionar sobre los contextos históricos y sociológicos que nos sitúan aquí, en el momento que estamos viviendo.

Durante todo el siglo XX se ha venido hablando de la **crisis de la justicia**, hasta llegar a ser un lugar común comenzar cualquier discurso sobre este tema con una invocación a las profundas reformas que se necesitan para optimizar y mejorar el sistema. **Lo cierto es que los estudios sociológicos invariablemente colocan el ejercicio de este poder del Estado entre los peor gestionados y peor valorados por la ciudadanía.**

A pesar de que las concepciones sacralizadas de la justicia y el derecho se han superado y de que hasta los programas políticos más conservadores hablan de la **justicia como un servicio público** (concepción condenada como anatema hace muy pocos años), **existen elementos que sitúan a la Administración de Justicia en una esfera lejana al quehacer cotidiano de los ciudadanos**, incluso ajena a la función que desarrollan los políticos.

Es, ciertamente, una **paradoja la relación de amor-odio** que los ciudadanos mantienen hacia esta superestructura de poder: **reniegan de los jueces y de la justicia**, a la que atribuyen grandes culpas respecto de los males del país y de la sociedad (no se distingue entre el derecho, que es obra de los políticos que hacen la ley, y su aplicación por los jueces), **pero se mitifica su intervención en otros muchos casos**, y se apela con profesiones de fe a lo que digan los jueces en los casos más insólitos, desde la política y las finanzas hasta los deportes, incluyendo los ámbitos más íntimos y privados de las personas. Es lo que se conoce como **hiperjudicialización**.

Frente a este estado de cosas, ya en los años finales del pasado Siglo XX, se ha empezado a hablar de que **es preciso recuperar, se dice, por parte del ciudadano, la capacidad de gestión de sus propios problemas**. El mensaje que se ha transmitido de generación en generación es que, ante un conflicto, el camino adecuado es acudir a los tribunales, pues únicamente de esta forma se restablecerá el derecho lesionado, el orden jurídico. La civilización occidental, especialmente en los países de tradición napoleónica, no ha potenciado las capacidades de la propia sociedad de resolver, sin intervención del aparato del Estado, los problemas privados, antes al contrario, **ha potenciado el mito de la justicia como único mecanismo idóneo que puede reportar una solución beneficiosa**. Y es preciso derribar mitos.

Para entender las razones históricas de la hiperjudicialización de la vida social que padecemos, es útil reflexionar sobre el origen del sistema actual de la Administración de justicia en España, consolidado con el proceso de la codificación. El impulso de la **Revolución**

Francesa supuso la consolidación de las bases del **moderno Estado de Derecho, en el que el poder judicial juega un papel equilibrador del sistema.** En su implantación práctica inicial, **el poder judicial emanado de la Revolución fue un vehículo para la implantación de las ideas liberales por medio de la aplicación imperativa de la ley emanada de la Asamblea Legislativa.** El peso de la tradición y el orden social del absolutismo era una amenaza enorme contra las reformas revolucionarias, por lo que se precisaban jueces entrenados en la aplicación rígida de la ley, igual para todos. No se podía permitir ningún tipo de flexibilidad en la aplicación individual del derecho. **El individuo debía ser tutelado por la ley y por los jueces, sin preguntarle al efecto su opinión, para convertirlo en ciudadano libre e igual.** Lamentablemente, con el paso del tiempo la burocratización del sistema puso todo en su sitio, basta recordar la actualidad de El Proceso, de Kafka.

En el mundo anglosajón la experiencia fue distinta, puesto que la pérdida de los privilegios de la aristocracia con la Revolución de Cromwell, cien años antes de la francesa, la gestación de la Commonwealth, y el desarrollo del impulso democrático en las colonias inglesas, **fortalecieron un sistema popular de justicia muy distinto**, que hasta hoy conserva sus peculiaridades respecto al sistema continental europeo. **La extracción popular y democrática de los jueces** (frente a los que imponía la Corona), y **su prestigio profesional y social**, determinó que no existiera una dependencia tan rigurosa de la ley escrita como en el modelo denominado de “código civil”. La norma es consuetudinaria en muchos ámbitos, y el sistema ha generado medios más variados de realización del derecho (como el *minitrial*, las audiencias previas y el arbitraje), reservando para el proceso judicial, en la forma en la que lo entendemos nosotros, únicamente lo imprescindible, la intervención mínima - creación de **sistemas multi-door-**.

Mientras tanto, el sistema del imperio de la ley escrita, con jueces férreamente sujetos a ella (muestra de desconfianza social en ellos), ha desarrollado el positivismo y su exacerbación.

La pirámide de Kelsen mostraba cómo cualquier conflicto de intereses tenía la respuesta legal adecuada dentro de la red normativa. Giovanni Papini ha ironizado sobre ello en su “cuento negro” La Máquina de la Justicia (narra el mayor estado imaginable de justicia, en que un ordenador, en el que se ha introducido toda la legislación y la jurisprudencia, indagaría, mediante unos cátodos conectados con el cerebro del justiciable, si es inocente o culpable, En este caso, la propia máquina se encargará de electrocutarlo, e incinerarlo, y entregar las cenizas a la viuda).

De hecho, el **sistema fue puesto en entredicho por la actitud servil del sistema judicial en la Alemania nazi, en la Italia de Mussolini, en la Rusia de Stalin, o en la España de Franco**. La ley era la que estaba publicada en el boletín oficial y ningún individuo podía sustraerse a ella. **En este sistema hipernormativo, unos jueces desprovistos de toda capacidad de crítica hacen cumplir la norma, como garantía de que el sistema tenga una implantación efectiva. La opinión del ciudadano que resulte perjudicado, y ni siquiera de la víctima, no tiene aquí ninguna relevancia.** La eficiencia de la Administración de justicia pasa a medirse por el número de asuntos que tramita y decide.

El desarrollo social, la profundización de la **democracia**, el éxito de la **economía occidental**, y la **nueva sociedad de hombres y mujeres libres**, han evidenciado la **crisis del sistema judicial de la Europa continental** – importado en gran medida en el Siglo XIX por las colonias que se independizaban en todo Iberoamérica -. En España se ha multiplicado por cuatro el número de juzgados, se modernizan las leyes, se quintuplica el número de jueces (en los treinta últimos años), y el sistema judicial sigue sin funcionar. Sin embargo, parece que nadie se para a pensar que en el Reino Unido, sólo con 1.200 jueces se ofrece, al doble de los ciudadanos de España (que cuenta ya con 5.000 jueces), una justicia de mayor calidad que la media de la Europa continental o, cuando menos, una justicia mucho mejor valorada entre la ciudadanía.

Igual ocurre en otros muchos Estados de *Common Law*, fundamentalmente Nueva Zelanda y Australia, y de forma más significativa en Canadá. Curiosamente es en estos Países en los que se desarrollaron los métodos alternativos de resolución de controversias en el último siglo, y en los que, en los últimos veinte años, se ha implantado y desarrollado la mediación.

En este escenario, de crisis de la Justicia, en el que los ciudadanos son cada vez más protagonistas e incluso toman la calle para exigir Justicia, cual es el papel de la mediación, como instrumento de Justicia, como medio de pacificación? ¿Y cual es el papel de los Juristas, cual es el papel del Juez?

¿En el proceso de mediación, el Juez es espectador, participante, garante?

El Juez es **espectador**, porque el proceso de mediación propiamente dicho se desarrolla fuera del Tribunal y además es CONFIDENCIAL, por lo que el Juez ha de limitarse a observarlo desde lejos. Es **participante** porque en la mayoría de las ocasiones ELIGE la causa o el litigio apto “ab initio” para la mediación, -más de dos tercios, alrededor del 85% de los

GlobalMediation.com

asuntos que fueron derivados al Servicio de Mediación Penal de Cataluña provenían de un órgano judicial, Juzgado de Instrucción o Juzgado de lo Penal, y la proporción es similar en el resto de España - y RECIBE sus frutos, a los que ha de dar forma jurídica reconocible. Es **garante** también, de la calidad del proceso, apreciando con mirada crítica el contenido de los Acuerdos alcanzados y observando con sus propios ojos a las personas que han participado en el mismo para constatar que sus derechos y garantías han sido respetados.

¿Cómo se posiciona el Juez ante la mediación? ¿Y por qué se está hablando hoy en múltiples foros, también en el seno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), entre Jueces, Profesores, mediadores, Juristas y no juristas...sobre mediación? ¿Cuál es el proceso, dicho en sentido laxo, que nos ha conducido hasta aquí, partiendo de cero (año 1989- fecha de mi ingreso en la Carrera Judicial-... y siguiente década? La mayoría o una gran parte de los que participamos en estos foros tenemos la suficiente antigüedad en la Carrera Judicial y en el mundo de la Justicia para ser conscientes de que **hemos pasado de la nada a la efervescencia** cuando menos. Y tras la aprobación de la Ley de Mediación en el ámbito civil y mercantil, ha llegado la revolución a la abogacía. Por fin, los abogados y los Colegios de Abogados que los representan, los Notarios, los Procuradores... han pasado en gran medida del recelo, de la indiferencia, a impulsar y liderar la implantación de la mediación.

El art. 117.3 de la Constitución Española nos decía –y nos dice- que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

Por tanto, se opta por la resolución de conflictos y la obtención de la Tutela Judicial efectiva, desde la **metodología clásica de la controversia judicial**, esto es, un 3º revestido de *autorictas* decide la controversia, con base en las Leyes, en precedentes Jurisprudenciales, y con motivación jurídica. **Es un sistema de HETEROCOMPOSICIÓN**, como también lo es el arbitraje... En este sistema, el ciudadano se queda al margen, y su papel es el de ser sujeto activo o pasivo en un proceso en el que unas terceras personas decidirán sobre sus intereses, o lo que consideren que son sus intereses, basándose en unos criterios de racionalidad preestablecidos en la ley por otras personas.

Junto a ello, en la propia sociedad han permanecido y se han desarrollado otros métodos de **AUTOCOMPOSICIÓN, fruto de la negociación de las partes**, o de la intervención de amigables componedores o hombres buenos, que en algunas culturas han desarrollado sistemas
Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

de resolución de conflictos con gran repercusión en la convivencia pacífica de la comunidad. (Los llamados en América Latina “facilitadores “, con mucha presencia e influencia en comunidades indígenas con dificultades de acceso a las instituciones formales de Justicia). Y entre los métodos de autocomposición destaca en nuestro ámbito la mediación.

Bien, ¿y porque se ha producido en las sociedades modernas el auge de estos sistemas de autocomposición, el auge de los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos?

Algunas razones son:

1º.- la **complejidad** de la vida social y la **multiplicación** geométrica de los conflictos que se judicializan, que llegan a los Tribunales, mostrando la INSUFICIENCIA de los métodos clásicos de decisión, esto es, de los métodos heterocompositivos

2º.- la exigencia y el reto para el Estado de Derecho de implantar un sistema de **Justicia de calidad**, donde se garantice la tutela judicial efectiva que se preconiza en la CE, en su art. 24. Esta exigencia de calidad, unida a la exigencia de rapidez, es también una demanda ciudadana, que se visualiza no solo a través de las encuestas de opinión sino también de lo que se revela a través de los medios de comunicación.

3º.-el paralelo avance o desarrollo de las ciencias humanísticas tales como la psicología, en especial la psicología jurídica, la sociología, la pedagogía, las Ciencias de la Comunicación, en el seno del Dº Penal, por el nacimiento de la Victimología, de los movimientos abolicionistas y en pro de la paz (tras la II Guerra mundial), que **han hecho que se revisen los modelos de Justicia y su función en determinados casos** en que la controversia necesita más que una decisión impuesta, con su consecuente secuela de ganador/perdedor ,propio de la estrategia bélica clásica, necesita, digo, una **real y efectiva solución del conflicto que permita la PACIFICACIÓN de las relaciones sociales**, especialmente si las partes, han de seguir manteniendo una relación personal y directa en el futuro(familia, vecinos, compañeros de trabajo...)

Y aquí entramos en otra cuestión, ¿la **PACIFICACIÓN** de la vida social, de la vida en comunidad (fin último de la mediación), la construcción de la cultura de paz a la que se hizo referencia al comienzo de esta disertación, **nos compete a los Jueces?** ¿Nos compete si tenemos a nuestro alcance un **recurso de calidad y cualidad apropiada** a tal fin, como la mediación?

Y quizás, para contestar a estas preguntas, deberíamos reflexionar sobre el modelo de juez que somos y el que nos gustaría ser.

Puede ayudarnos en el análisis François Ost, jurista y filósofo belga, que ha reflexionado atentamente sobre la evolución del rol del juez, en diferentes estudios a lo largo de los últimos 20 años y quien ya por el año 1991 publicó un artículo titulado “Júpiter, Hércules, Hermes, tres modelos de Juez”.

Primer modelo de Juez: Júpiter. Es aquel que “dice” la Ley desde lo alto de la Pirámide que le representa - la de Kelsen, podría ser - desentendiéndose de las consecuencias de sus decisiones. Representa lo imperativo, da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. El Derecho en que se basa esta inscrito en un depósito sagrado, llámese Ley, código o constituciones modernas. Está marcado por lo sagrado y por la trascendencia. Mira desde arriba. También le representa una montaña.

Segundo modelo: Hércules. El Juez Hércules nos baja a la tierra. Le representa un Embudo (o pirámide invertida). Es un Juez semi-dios que se somete a la ingente y agotadora tarea de juzgar, y acaba por llevar al mundo sobre sus brazos. **Su autoridad radica en la decisión, no en la Ley.** Al código le sustituye el dossier. Mientras la pirámide sugería lo sagrado, lo ideal, el embudo evoca la materia, lo profano, incluso lo alimenticio.

El Juez Hércules tiene la misión agotadora e inagotable de llevar el mundo en sus brazos, y todo lo intenta resolver con esfuerzo de héroe: tanto resuelve sobre un derecho de visitas o dilucida sobre el interés del menor en un asunto de familia, como acuerda un desahucio, una orden de alejamiento, un internamiento de extranjero, o celebra y sentencia un juicio de faltas de injurias entre vecinas... Y así un día tras otro.

Su símbolo, el Dossier, implica la proliferación de decisiones particulares; la singularidad y la abstracción de la Ley, propias del modelo jupiteriano, dejan paso a la singularidad y a lo concreto del juicio.

Tercer (y nuevo) modelo: El Juez Hermes. Hermes es el mensajero de los dioses, siempre en movimiento, está a la vez en tierra, cielo y los infiernos.

Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Es el dios de los mercaderes, preside los intercambios, es también el dios de los navegantes, supera travesías desconocidas.

Hermes es el MEDIADOR UNIVERSAL, el gran comunicador.
Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Su símbolo es la RED.

Es el Juez que corresponde a la complejidad del momento presente:

- Con multiplicidad de actores jurídicos
- Multiplicidad de los niveles de poder (europeos, nacionales, autonómicos, locales...)
- Multiplicidad de instrumentos jurídicos para discernir sobre su aplicación
(Convenios internacionales bilaterales y multilaterales, Reglamentos comunitarios, Directivas, Constitución, leyes....)

François Ost define el derecho de los tiempos modernos como un **derecho “líquido”**, un derecho que, sin cesar de ser él mismo, se presenta en ciertas ocasiones en el estado fluido que le permite colocarse en las situaciones más diversas y ocupar así, suavemente, todo el espacio disponible. **Es el derecho que correspondería a lo que más tarde, Zygmunt Bauman** sociólogo polaco, y uno de los grandes pensadores europeos de la actualidad, premio Príncipe de Asturias de Comunicación y Humanidades 2010, **denominó como “modernidad líquida”**, la que corresponde a una sociedad cambiante donde prevalecen los intereses individuales, a una sociedad en crisis constante.

Pues bien, solo el Juez Hermes (su nombre romano , Mercurio , corresponde también, tal como fue denominado en la Edad Media por los alquimistas, oh coincidencia, al único metal líquido) puede darse cuenta del mundo que le ha tocado vivir y de que él sólo, no puede acometer su transcendental tarea de hacer Justicia, y que ha de echar mano , interconectar - recordemos que su símbolo es la Red- hacer servir , dar intervención a otros saberes , a otros expertos, a otros modelos que le ayuden , sin perder la autoridad, en su función de impartir Justicia. Otros modelos como la Mediación.

Todo esto que cuento aquí lo desconocía cuando en el año 2000 tuve el primer contacto con la mediación, en concreto con la mediación penal.

A ella llegué desde la insatisfacción, desde la curiosidad, un trabajo desbordante y la acumulación de “dossiers” sobre la mesa.

Cuando fui nombrada Juez de Instrucción de Barcelona, en el año 2000, entre los numerosos casos que me encontré había una causa, un robo con intimidación, que se imputaba a un joven de 17 años, y donde el Fiscal, a propuesta de la defensa, había pedido que se iniciase

un proceso de mediación. En dicho proceso, el ciudadano víctima del delito pudo expresar la indignación y miedo que el hecho le había causado, y pudo obtener explicaciones, que le debieron ser suficientes por cuanto llegó a un **Acuerdo de Reparación** con el infractor, primerizo y arrepentido de su acción. Este Acuerdo posibilitó un escrito de conformidad de acusación pública y defensa, donde se reconoció la atenuante muy cualificada de reparación del daño causado, y evitó el juicio.

Desde la revelación, con este primer caso, de la evidencia de las bondades del sistema – **víctima satisfecha, infractor responsabilizado, eficacia y economía de medios**- he llegado, tras numerosa práctica a lo largo de todos estos años, a la convicción de que se nos presenta ya un nuevo paradigma de Justicia, la Restaurativa, que aúna y supera los intereses de los ya viejos modelos de retribución y rehabilitación , por cuanto incorpora y da visibilidad a los intereses de la víctima, sirviéndose para ello , principalmente , de la mediación.

Y si acepto la mediación más radical a mi juicio, la mediación penal, como no aceptar la mediación en general como modelo complementario de Justicia, como sistema que propicia que las propias partes, con la ayuda de un tercero experto, decidan todo o parte de la controversia...

Y esto me llevó al mundo de los ADR.

La conclusión que se extrae de un somero análisis empírico de la opinión de los ciudadanos sobre el sistema legal es la de que la administración de justicia no da una respuesta satisfactoria a los problemas en muchos casos. El tratamiento de estos conflictos ante el mecanismo social que tradicionalmente ha tenido el encargo de resolverlos debe ser eficiente y no lo es.

La causa evidente es que en un gran número de conflictos suelen existir dimensiones extrajurídicas e intereses diferentes a los que idealmente contempla la norma que, por su propia esencia, es abstracta y no puede contemplar la complejidad de los casos que presenta la casuística.

La sentencia judicial es necesaria en muchos casos. La práctica en los tribunales nos muestra que existe una gran cantidad de asuntos que necesitan de la resolución judicial, como hay un gran número de enfermedades que necesitan al cirujano. Cuando se han desconocido los

derechos básicos de una persona, o se le ha humillado, se requiere que la administración de justicia restituya el orden jurídico. No puede sustituirse la sentencia en estos casos por un arreglo circunstancial cuando existe un **claro abuso de poder**. La Justicia equilibra y en muchas ocasiones sirve para corregir la actuación del prepotente. Pero ya se ha señalado que en otras ocasiones los conflictos no obedecen a la lógica binaria del bien y el mal, sino que el propio sentido de la justicia desde el punto de vista subjetivo está marcado de una cierta relatividad. Por esta razón algunos asuntos requieren de un tratamiento distinto al del proceso judicial clásico. La falta de previsión legislativa en este campo y la ausencia de cultura de la negociación e incluso de mecanismos alternativos clásicos como el arbitraje, determina la tendencia a la judicialización como destino normal de los conflictos, cuando debería ser el recurso extremo.

Por otra parte la administración de justicia es rígida. Quien acude a los tribunales necesita una respuesta del sistema de justicia con arreglo a las normas del proceso debido. La tramitación de un proceso judicial contradictorio (controversarial en terminología latinoamericana), obedece a una metodología ontológicamente burocrática. No puede ser de otra forma puesto que la base del método es la sucesión de actos procesales que formalicen y representen teatralmente la controversia, con el máximo respeto a los ritos y normas preestablecidos en la ley.

En un porcentaje de casos que supera el 35 % la aplicación de esta metodología es notoriamente excesiva por innecesaria, o inadecuada por rígida e ineficiente. Sin embargo los tribunales están con una sobre carga enorme por la ausencia de otras vías de gestión de estos conflictos.

La rigidez de los mecanismos de resolución de conflictos conocidos y practicados, que es básicamente el proceso judicial, es insuficiente para las dinámicas y necesidades de la sociedad actual.

Por otra parte, el sistema de justicia es un buen barómetro para medir el nivel de cultura de una determinada sociedad, de un determinado país. Disponer de una justicia imparcial, eficiente, bien estructurada, con los medios tecnológicos propios de los tiempos en los que vivimos y con profesionales que estén preparados para afrontar estos retos es la mejor garantía de buen funcionamiento del Estado de Derecho. Ello requiere que la carga de trabajo de los tribunales sea la adecuada, la necesaria, y que se introduzcan mecanismos para que la demanda

de servicios que soporta la justicia sea atendida con criterios de racionalidad, profesionalidad y eficacia.

En 1976 y en pleno proceso de reforma de la administración de justicia en EEUU, aquejada un enorme colapso, desde la Harvard Law School el profesor Frank Sander presentó el concepto de una administración de justicia integrada por un **sistema de múltiples puertas**. Toma el nombre de la metáfora en la cual el ciudadano puede obtener diversos servicios, después de haber expuesto el motivo de su “visita” a un especialista que le aconseja la puerta más indicada para la solución de su problema, en la que la confrontación ante un tribunal queda reservada para una tipología de temas específica, mientras que se ofrece la posibilidad de utilizar el arbitraje, en sus diversas metodologías, la evaluación neutral por un experto independiente, un pre-trial (mini juicio) previo para confrontación de puntos de vistas y pruebas ante un experto, una conciliación o **la mediación en sus diversas formas**.

Este sistema ha sido implantado en muchos países del mundo anglosajón, y en gran medida inspira la creación de centros de mediación al servicio de los Tribunales, y de experiencias de mediación que se han venido desarrollando en países de la órbita del derecho continental, entre ellos muchos países iberoamericanos y España.

Y es en este ámbito , de la mediación vinculada al Tribunal, donde el juez juega un papel importante, pues evalúa el caso y es él mismo el que propone a las partes que vayan a un proceso de mediación explicándoles las ventajas que en su caso podrían obtener. Por esta razón es esencial que los jueces confíen en la calidad de los mediadores, y son los tribunales quienes certifican su capacitación, aun cuando son las partes quienes los eligen según su perfil, su disponibilidad, su experiencia, sus afinidades, el origen y recorrido profesional y su edad y sexo. Es obligatorio que cada parte tenga su propio abogado durante el proceso de mediación. Los datos publicados reflejan que en el último año se han conseguido el 68 % de acuerdos en procesos civiles, el 52 % en familia, el 69 % en conflictos laborales, el 59 % en conflictos societarios, el 65 % en procesos contra la administración pública y el 79 % en procesos de carácter penal.

Y si hablamos de jueces y de mediación, cabe destacar el impulso de la mediación , también de la penal , llevada a cabo en los últimos años desde GEMME, Grupo de Magistrados europeos pro mediación (www.gemme.europa.eu).

GEMME es una asociación europea y europeísta que tiene por finalidad la de promover, desde el ámbito de los propios tribunales de justicia, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y, especialmente, de la mediación.

Se creó en Francia en el año 2004. Su impulsor y primer presidente fue el presidente de la Cour de Casación francesa Guy Canivet. Hoy existen secciones en Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza... y miembros asociados de Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Polonia y Lituania. **La sección española se constituyó en 2007, tras una Asamblea general celebrada en Roma, a donde acudimos unos cuantos Magistrados españoles, de todos los órdenes jurisdiccionales, aunque el núcleo mayoritario provenía de Familia, y a la vuelta nos constituimos en sección nacional de Gemme – Europa.**

Es una asociación que tiene el estatus de observadora en el Consejo de Europa, y que está vinculada recientemente a la Red Europea de Cooperación Judicial.

Es una asociación de carácter no gubernamental, de adscripción absolutamente voluntaria, que respeta en su seno el pluralismo ideológico de sus miembros, y que pretende ser un punto de encuentro entre profesionales de diversas procedencias y roles en la administración de justicia.

Pueden ser socios los jueces, magistrados, fiscales y secretarios judiciales .

A pesar de que el núcleo fundamental lo constituyen profesionales de la administración pública de la justicia, los estatutos prevén que pueden ser admitidos como socios un 30 % de profesionales de la mediación, o del ámbito de la abogacía o de la enseñanza, que tengan reconocido prestigio por su trabajo en pro de la resolución alternativa de conflictos, y trabajen en el ámbito de los tribunales de justicia.

En la actualidad la asociación cuenta con más de 300 miembros en toda Europa, y la sección española-la más numerosa, con 200 socios y lista de espera , para respetar la proporción- ha abierto sus estatutos para que puedan integrarse, también, magistrados y jueces latinoamericanos en condición de observadores. En la última Asamblea de Gemme Europa, celebrada en París , el 6 y 7 de junio de 2014, se encomendó a la sección española el establecer vínculos con la comunidad jurídica iberoamericana para la creación de una red hermana en Latinoamérica.

La finalidad de la asociación es la de generar entre los operadores jurídicos y desde el ámbito forense **la cultura de la mediación**. Se parte de la base de que es posible incrementar la calidad de la justicia si se potencian las formas de composición extrajudicial de las controversias desde los tribunales, especialmente con la implantación de la metodología de la mediación, de la conciliación judicial practicada de forma elaborada y sistemática y la justicia reparadora.

La asociación pretende ser un eficaz colaborador de los poderes públicos en la introducción de la metodología. Por ello , Gemme-España mantiene contactos permanentes con el Consejo General del Poder Judicial y con el Ministerio de Justicia a quienes ha ofrecido su colaboración para asesorar e informar los anteproyectos legislativos que se precisen en materia de mediación. En este sentido , hemos colaborado no solo en la transposición de la Directiva en materia civil y mercantil , sino también elaborando informes para la regulación de la mediación penal en la futura Ley de enjuiciamiento criminal.

La mediación ha nacido como alternativa a la lucha por la victoria, y con ello se está remarcando uno de los objetivos de esta metodología, que es el de poner fin a los conflictos por medio de intentar encontrarles una **solución que pueda ser razonable para las dos partes**. Generalmente es una **solución constructiva**, y ello contribuye también a una **mayor cohesión social**, a una consolidación y **fortalecimiento de los vínculos en la sociedad civil**, y no hay que olvidarlo, a una **mayor calidad del producto de la justicia**. (En las encuestas de satisfacción llevadas a cabo por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, en relación a su Programa de Mediación penal, en torno al 90% de usuarios declaran que han mejorado su visión de la Justicia tras su paso por un proceso de mediación)

Luis Rojas Marcos. Presidente del Sistema de los Hospitales Públicos de Nueva York, afirma que “la bondad, la compasión, la generosidad, y la empatía brotan en el ser humano con una extraordinaria facilidad y con un mínimo estímulo. La prueba fehaciente de que la mayoría de los humanos somos benevolentes es que perduramos. Si fuéramos por naturaleza crueles y egoístas la humanidad no hubiera podido sobrevivir”.

Luis Rojas Marcos (1995): ***Las Semillas de la violencia***, Espasa, Madrid, 217s

Concha Sáez, Secretaria Judicial , que participó en la primera experiencia piloto de mediación que se llevó a cabo en Madrid, en el orden penal, dijo algo parecido durante unas Jornadas sobre Mediación penal, dirigidas a Secretarios Judiciales, que se celebraron en Madrid el 12 y 13 de noviembre de 2008 en el Centro de Estudios Jurídicos : *En un entorno en principio hostil o cuando menos incierto, como en el seno de un proceso penal, por virtud de los* Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

*mecanismos que la mediación introduce en el proceso se crean las condiciones idóneas para hacer posible que brote lo mejor de cada uno y que se produzca el –aparente- milagro de que quienes han llegado hasta nosotros enfrentados (a veces hasta irreconciliablemente) se escuchen, atiendan los argumentos del otro, se disculpen y perdonen. Tener la fortuna de contemplar este fenómeno, desplegado de manera natural por los justiciables en los estrados ante nosotros, juristas ya en buena media experimentados y en no poca descreídos, produce casi de manera tan inevitable como imperceptible una **notable alteración en nuestra manera de mirar, de contemplar, y por ende de analizar** los fenómenos humanos que constituyen la base de nuestro trabajo.*

Por tanto, depende de todos nosotros la posición que como Jueces queramos adoptar frente a la mediación, simples y perpetuos espectadores, participantes activos y convencidos, garantes y defensores de una tutela real y efectiva a conseguir a través de la mediación, y porque no, **activistas**, como yo.

De nosotros depende también ser Jueces- Hércules, aplastados por el peso del incesante trabajo que cada día tenemos ante nosotros, y por el peso de una opinión ciudadana que no nos valora suficientemente, no , al menos , como nos gustaría, o bien, Jueces- Mercurio, aquellos que , conscientes de los tiempos en los que le ha tocado desarrollar su función, reconocen y aceptan que la intervención de otros modelos de justicia como la mediación y de otros expertos , los mediadores, les pueden ayudar en su tarea.

No obstante, se necesita la ayuda e implicación de las Instituciones, y la complicidad y la confianza de los operadores jurídicos implicados, , para conseguir entre todos el reto al que nos enfrentamos: mejorar el sistema de Justicia del Siglo XXI, fomentando una mejor convivencia ciudadana, mediante la puesta en juego de herramientas o instrumentos que favorezcan el diálogo, la responsabilidad, el respeto, la dignidad...en la convicción de que se crea un efecto regenerador de las relaciones sociales e interpersonales que redundará, en definitiva , en el éxito y el reconocimiento de nuestras instituciones de justicia, que verán cumplir así el fin último que las legitima. Ayudaremos a construir la paz. ¿Cómo ? Con IMAGINACIÓN MORAL*, en palabras de John Paul Lederach, mediador y uno de los mas destacados expertos en construcción de paz y reconciliación. Suyas son las últimas palabras de mi intervención :

Tiende tu mano a quienes temes.

Toca el corazón de la complejidad.

Imagina mas allá de lo visible.

Arriesga la vulnerabilidad paso a paso.

*Imaginar respuestas e iniciativas que, estando enraizadas en los retos del mundo real, sean por naturaleza capaces de elevarse por encima de los patrones destructivos y de dar a luz aquello que aún no existe. En relación con la construcción de la paz, es la capacidad de imaginar y generar respuestas e iniciativas constructivas que, arraigadas en los retos cotidianos de los escenarios violentos, trasciendan y finalmente rompan los grilletes de esos patrones y ciclos destructivos.

“La imaginación moral. El arte y el alma de la construcción de la paz.” John Paul Lederach. Ed. Bakeaz. 2007

NEW PERSPECTIVES OF CIVIL AND COMMERCIAL MEDIATION IN BRAZIL

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Associate Professor of Civil Procedural Law at UERJ.

Public Prosecutor for the State of Rio de Janeiro.

<http://www.humbertodalla.pro.br>

ABSTRACT

The text examines the institute of mediation in Brazilian law and the various legislative initiatives, since Bill No. 4,827/98 up to the Amendment presented to Project number 7.169/14 by the House of Representatives. Along the way we also examine the text of the Project of the Civil Procedure Code, and the Resolution No. 125/10 from the National Council of Justice. Finally, we present the perspectives for the near future in Brazil.

KEYWORDS: mediation; project; new CPC; perspectives.

SUMMARY

1. Evolution of Brazilian Law on Mediation. 2. Legal Initiatives. 2.1 The Project of the Civil Procedure Code. 2.2. The Project of the Mediation Bill. 3. New Perspectives for Brazilian law. 4. References

1. EVOLUTION OF BRAZILIAN LAW ON MEDIATION

In Brazil, starting from the 1990's, interest began to grow concerning the institute of mediation, especially under the influence of the Argentinean legislation enacted in 1995¹.

Over here, the first lawmaking initiative took shape with Bill No. 4,827/98, arising from a proposal by Congresswoman Zulaiê Cobra, and the initial draft submitted to the House contained a concise text, setting out the definition of mediation and listing some pertinent provisions.

¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizer]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

In the House of Representatives, as far back as 2002, the bill was approved by the Commission for the Constitution and Justice and sent to the Federal Senate, where it was given the number PLC 94, of 2002.

However, the Federal Government, as part of the “Republican Package” that followed Constitutional Amendment No. 45, dated December 08, 2004 (known as the “Judiciary Reform”), presented various Bills modifying the Code of Civil Procedure, which led to a new report for PLC 94.

The Substitute (Amendment No. 1-CCJ) was approved, which impaired the initial bill. The substitute was sent to the House of Representatives on July 11, 2006. On August 01 the bill was forwarded to the CCJC, which received it on August 07. After that, there were no further news of it until mid-2013, when it was once again addressed, probably inspired by the bills already under discussion before the Senate.

In 2010 the National Council of Justice published Resolution No. 125, based on the premise of the right of access to Justice, laid down in art. 5, XXXV, of the Federal Constitution.

Art. 1 of the Resolution institutes the National Judiciary Policy for handling conflicts of interests, seeking to ensure everyone with the right to resolve disputes by suitable means, making it quite clear that it falls to the Judiciary Branch – not only via a resolution awarded by judicial decision - to afford other mechanisms for the resolution of conflicts, in particular the so-called consensual means, such as mediation and conciliation, while also providing the citizens with attention and guidance.

To achieve these targets, the Courts were to set up Permanent Centers for Consensual Methods of Resolution of Disputes, and install Judiciary Centers for Reolution of Disputes and Citizenship.

The Resolution also addresses qualification of the conciliators and mediators, the registry and statistical monitoring of their activities and management of the Centers².

² PELUSO, Antonio Cezar. RICHA, Morgana de Almeida [coordinators]. *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

2. LEGAL INITIATIVES.

2.1 The Project of the Civil Procedure Code.

In 2009 a Commission of Jurists was set up, chaired by Justice Luiz Fux, with the aim of presenting a new Code of Civil Procedure.

In record time a Preliminary Bill was presented, converted into a Legislative Bill (No. 166/10), submitted to discussion and examination by a Commission especially constituted by Senators, within the realm of the Federal Senate Commission for the Constitution and Justice.

In December 2010 a Substitute was presented by Senator Valter Pereira, which was approved by the Plenary Session of the Senate with two minor changes. The text was then sent on to the House of Representatives, where it was identified as Bill No. 8046/10³.

Early 2011 saw the first initiatives of reflection on the text of the new CPC, broadening the debate with civil society and the juridical milieu, with activities held jointly by the Commission, the House of Representatives and the Ministry of Justice.

In August, a special commission was created to examine the text, chaired by Congressman Fabio Trad.

In the year 2013, under the chairmanship of Congressman Paulo Teixeira, a Substitute was presented in the month of July and an Overall Cumulative Amendment in October. At the moment that this text is being concluded, the activities of revising the text have still to be completed.

In the wording at present available of the Project for a new CPC, we can identify the Commission's concerns with the institution of conciliation and mediation, specifically in articles 166 to 176.

The Project shows special concern with the activity of mediation done within the structure of the Judiciary Branch, although it does not rule out prior mediation or even the possibility of using other means of dispute resolution (art. 176).

³ All the steps of handling the Project for the New CPC can be followed on our blog: <http://humbertodalla.blogspot.com> and at <http://www.facebook.com/humberto.dalla>.

The fundamental principles of conciliation and mediation were safeguarded, to wit: (i) independence; (ii) neutrality; (iii) autonomy of will; (iv) confidentiality; (v) oral expression; and (vi) informality.

It is important to stress the relevance of the activity to be conducted by a professional mediator. In other words, the function of mediating should not, as a rule, be accumulated with other professions, such as judges, public defenders and prosecutors.

In art. 166, 3rd and 4th paragraphs, the Commission of Jurists, after noting that conciliation and mediation must be stimulated by all the players in the process, established an objective distinction between these two mechanisms. The differentiation comes about through the posture of the third party and the type of dispute..

Thus, the conciliator may suggest resolutions for the dispute, whereas the mediator assists the persons in conflict to identify, by themselves, alternatives of mutual benefit. Conciliation is the best suited tool for disputes involving material interests, whereas mediation is recommended in cases where it is sought to preserve or restore ties.

It is important to note that the original version of PLS 166/10 required the mediator to be registered as a member of the OAB (Brazilian Bar Association). The Report and Substitute presented on November 24, 2010 prioritized the understanding that any professional can exercise the functions of mediator.

There will be a judicial record with information on the mediator's performance, indicating, for example, the number of cases in which he/she took part, the success or failure of the activity and the issue involved in the dispute. This data will be published periodically and systematized for statistical purposes (art. 168 of the Project).

The Commission, using some of the provisions already present in the Bill of the Mediation Law, was also concerned with the ethical aspects of the mediators and conciliators, and in this regard made provision for the hypotheses of exclusion of names from the Court's record and providing for the opening of an administrative procedure to investigate the conduct (art. 174).

As to remuneration, art. 170 of the Bill states that a table of fees will be published by the National Council of Justice (CNJ).

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

As we see, the concern of the Commission is with judicial mediation. The Bill does not forbid prior or out-of-court mediation, but merely opts not to regulate it, making it clear that interested parties may make use of this modality, resorting to the professionals available on the market.

2.2. The Project of the Mediation Bill

With the advent of the Project for the Code of Civil Procedure, in the year 2011 Senator Ricardo Ferraço presented to the Senate Legislative Bill 517/11, proposing the regulation of judicial and out-of-court mediation, so as to create a system aligned with both the future CPC and with CNJ Resolution No. 125.

In 2013 two more legislative initiatives were attached to PLS 517: PLS 405/13, the outcome of the work performed by the Commission instituted by the Senate, and chaired by Justice Luis Felipe Salomão, of the Superior Court of Justice (STJ), and PLS 434/13, result of the works of the Commission instituted by the CNJ and the Ministry of Justice, chaired by Justices Nancy Andrichi and Marco Buzzi, both of the STJ, and by the Secretary of Judiciary Reform at the Ministry of Justice, Flavio Croce Caetano.

We shall first address the text of PLS 517.

With CNJ Resolution 125 already in effect, faced with the prospects of regulation of judicial mediation by the new CPC, and given the need to deal with issues concerning the integration between adjudication and self-composing forms, in August 2011 we had the opportunity to submit suggestions to Senator Ricardo Ferraço, then involved with the works of the third edition of the Republican Pact.

We made up a working group alongside Professors Tricia Navarro and Gabriela Asmar and devoted ourselves to the task of drafting a new Preliminary Bill for a Law of Civil Mediation. After examination by the Senate Consultancy, the Senate Bill was presented, taking the number 517⁴, and which is now following the legislative procedure in the Federal Senate.

The Bill works with concepts more updated and adapted to Brazilian reality. For example, in art. 2 it states that *“mediation is a decision-making process conducted by an*

⁴ The text can be consulted on the Federal Senate site, at: <http://www.senado.gov.br>.

impartial third party, with the aim of assisting the parties to identify or develop consensual resolutions”.

With regard to modalities, art. 5 admits prior and judicial mediation, which in both cases may, chronologically, be prior, incidental or even subsequent to the procedural relationship.

Also according to the text of the Bill, the judge must “*recommend judicial mediation, preferably, in disputes in which it is necessary to preserve or make good an interpersonal or social relationship, or when the decisions of the parties entail material consequences for third parties*” (art. 8).

On the other hand, if mediation should prove unsuitable for resolving that dispute, the occasion may be transformed into a hearing for conciliation, provided that all of the involved parties agree to it (art. 13).

In closing, without going into the specific questions of the Bill, it is important to stress the intent of making the provisions of the new CPC and CNJ Resolution No. 125 uniform and compatible, regulating the points that still lacked legal treatment.

Early 2013 also saw the constitution of a commission chaired by Justice Luis Felipe Salomão, a member of the Higher Court of Justice, with the aim of presenting the preliminary bill for the New Law of Arbitration and Mediation⁵.

This Bill was given number 405/13 and addresses only out-of-court face-to-face and electronic mediation (on-line mediation).

In the text, mediation is defined in art. 1, sole paragraph, as “*the technical activity performed by an impartial third party, with no decision-making power, who, chosen or accepted by the interested parties, hears them and encourages them, without imposing resolutions, seeking to allow them to prevent or resolve disputes by consensual means*”.

⁵ <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/03/comissao-de-juristas-apresentara-proposta-de-modernizacao-da-lei-de-arbitragem-em-seis-meses>. Consulted on April 202013.

Art. 2 states that any issue that admits a settlement may be the subject to mediation. However, agreements that involve inalienable rights must be addressed in judicial ratification, and if interests of incapable parties are involved, the Public Prosecutor's Office must be consulted before judicial ratification.

Art. 15 determines that mediation is deemed to be instituted on the date in which the initial terms of mediation are signed, while art. 5 states that *“the parties interested in submitting the solution of their dispute to mediation shall sign terms of mediation document, in writing, once the conflict has arisen, even if mediation was provided for in a contractual clause.”*

The final terms of mediation - signed by the parties, their attorneys and the mediator - constitutes an out-of-court title to execution, irrespective of the signature of witnesses (arts. 22 and 23); the parties may request judicial ratification of the final terms of mediation, so as to constitute an out-of-court title to execution.

Lastly, art. 21 authorizes holding mediation via the internet or other form of remote communication.

In May 2013, the Ministry of Justice, through the Secretariat of Judiciary Reform, in partnership with the National Council of Justice, set up a commission of specialists to submit a preliminary bill on judicial, out-of-court, public and on-line mediation⁶.

In its art. 3, the text determines that any issue that addresses available rights or inalienable rights that are subject to a settlement may be the subject to mediation. If the agreements address inalienable rights, they will only be valid after consulting with the Public Prosecutors and going through judicial ratification.

On the other hand, there will be no judicial mediation in cases of: a) filiation, adoption, paternal power, and annulment of matrimony; b) restraint; c) judicial recovery and bankruptcy; and d) injunctive relief. This is, somehow, a consequence of the system adopted by art. 26, *“the initial petition will be distributed simultaneously to the court and the mediator, stopping the counting of the statute of limitations and lapse”*.

⁶ <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/441916-GRUPO-DE-JURISTAS-VAI-PROPOR-MARCO-LEGAL-DA-MEDIACAO-E-CONCILIACAO-NO-BRASIL.html>

As to out-of-court mediation, art. 19 determines that the parties interested in submitting their disputes to mediation are to sign initial terms of mediation, in writing, once the dispute has arisen, even if mediation was provided for in a contractual clause. Also, art 25 states that the final terms of mediation enjoy the nature of an out-of-court title to execution and, once ratified in court, they become a judicial title to enforcement, similar to a final judgment in a court case.

With regard to public mediation, art. 33 authorizes the agencies of the direct and indirect Public Administration of the Federal Union, the States, Federal District and Municipalities, and also the Public Prosecutor's Office and Public Defender's Department, to submit disputes to which they are parties to public mediation.

Thus, public mediation may take place in disputes involving: a) public entities ; b) public entities and a private party; c) homogeneous individual, collective or diffused rights.

Lastly, on-line mediation, as set forth in art. 36, may be used as a means for resolution of conflicts in cases of sales of goods or provision of services via the internet, with the aim of resolving any domestic consumer disputes .

In November 2013, public hearings were scheduled to discuss the three bills and go into the controversial issues that still surround the theme. The Reporter for the subject in the Senate, Senator Vital do Rego, presented a substitute for PLS 517/11, seeking to bring together what is best in the three initiatives. Then, two amendments were presented by Senator Pedro Taques and three by Senator Gim Agnello. The first amendment from Senator Taques was accepted in full, and the second, partially. The three amendments presented by Senator Agnello were rejected⁷.

Thus, the final text that was approved and sent to the House of Representatives, where it was identified as Project of Law 7.169/14. In June 2014, Congressman Sergio Zveiter presented a substitute for this Project with some adjustments, but maintaining the general idea idealized at the Senate's version.

⁷ <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/11/projeto-que-disciplina-a-mediacao-judicial-e-extrajudicial-e-aprovado-pela-ccj>.

3. NEW PERSPECTIVES FOR BRAZILIAN LAW

Even though this paper has concentrated on the procedural issues pertaining to mediation, we hold the opinion that the best model is the one which urges the parties to seek a consensual resolution, making every effort before filing a lawsuit. A resolution extolling only a system of very well-equipped incidental mediation mechanisms after a lawsuit has already been initiated does not appear to be ideal, as the judicial machinery will already be in motion, when, in many cases, this could have been avoided⁸.

On the other hand, we do not agree with the idea of obligatory mediation or conciliation. The voluntary nature is the essence of such procedures. This feature can never be compromised, even with the argument that it is a form of educating the people and implementing a new form of public policy.

However, we are forced to acknowledge that, in certain cases, mediation and conciliation must be regulatory stages of the procedure, to the extent that such tools prove to be the best suited to the outcome of that particular dispute.

Thinking of a prior and obligatory instance of conciliation, in cases in which only property issues are being discussed, or imposing sanctions for not accepting a reasonable settlement (such as payment of the costs of the proceeding or the attorneys' fees, even if the party is successful, when that amount is exactly what was decided by the judge in the decision), may be valid solutions. They are examples from English law⁹ and U.S. law¹⁰, which deserve to be studied.

⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, volume 8, available at <http://www.redp.com.br>.

⁹ ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice*. Cambridge: Springer, 2012, p. 197

¹⁰ As an example, we may mention Rule 68 of the F.R.C.P.: "*Federal Rules of Civil Procedure. Rule 68. OFFER OF JUDGMENT. (a) MAKING AN OFFER; JUDGMENT ON AN ACCEPTED OFFER. At least 14 days before the date set for trial, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 14 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment. (...)*". Text available at <http://www.uscourts.gov>, access on Sep. 12 2013.

But should never be applied in a mediation where there are profound emotional issues - quite often unconscious - that require time, maturity and mutual trust to be exposed and resolved¹¹.

However, we are obliged to acknowledge that it is necessary to seek a resolution for cases in which mediation is the most suitable solution, yet rejected by the parties for no plausible reason.

The Judiciary cannot be allowed to be used, abused or manipulated at the whim of litigants who quite simply want to fight or push the dispute to new frontiers.

We reassert here our opinion that the parties should have the obligation to demonstrate to the Court that they have tried, in some way, to seek a consensual resolution for the dispute.

We support, as already stated¹², expanding the procedural concept of interest to act, welcoming the idea of adaptation, within the binomial need-usefulness, as a way to rationalize the measure of jurisdiction and avoid unnecessary resort to the Judiciary Branch, or even abuse of the right of action.

This view may lead to a difficulty of harmony with the principle that jurisdiction may not be delegated; that the judge may not evade his function of judging, that is to say, if a citizen knocks at the door of the Judiciary, his access shall not be denied or hindered, pursuant to article 5, sub-item XXXV of the 1988 Constitution.

What must be clarified is the fact that a party under jurisdiction requesting measures from the state does not mean that the Judiciary must, always and necessarily, offer a response of imposition, doing no more than applying the law to the case in point¹³. It may be that the judge

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação, *in* Revista Eletrônica de Direito Processual, volume 10, Jan-Jun. 2013.

¹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, *in* REDP – YEAR 4 – 5th volume – January - June 2010, available at <http://www.redp.com.br>, p. 147.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

understands that those parties must be submitted to a conciliatory, pacifying stage, before any technical decision should be issued¹⁴.

This is made very clear in the legislative bill for the new CPC, to the extent that art. 139 grants the judge a whole series of powers, especially with regard to steering the proceeding, expressly mentioning adaptation and mitigated flexibility as tools for attaining effectiveness.

On this point, obviously the judge's paramount concern will be with the actual pacification of that dispute, rather than with merely rendering a judgment, as a form of technical-juridical answer at the urging of the party under jurisdiction.

If the new CPC requires from the judge absolute fidelity to the Constitutional Principles, converting him/her, beyond question, into an agent of preservation of the constitutional guarantees, on the other hand, it also grants him/her with instruments to acquire profound knowledge of the conflict, encompassing its reasons, albeit-meta-legal, so to as to effect its pacification.

In this regard, it is necessary to establish a system balanced between judicial and out-of-court mediation, so as to firmly guarantee access to justice and maintain a Judiciary that is agile, speedy and effective. Once a lawsuit has been filed, just as we have developed a system of filters for repetitive cases, we also have to think of a multi-door system that adapts to each type of dispute.

Another point that strikes me as vital is the construction of a collaborative network¹⁵, involving the entities of the Judiciary Branch and sectors of organized civil society possessing the structure necessary to offer this service under a regime of cooperation. I am referring to out-of-court registry offices, the public and private universities, professional associations, the Public Defenders and Prosecutors, and Public Advocacy.

¹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in: *Acesso à Justiça: efetividade do processo* (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

¹⁵ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. <http://www.unisc.br/porta/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>.

Thinking of judicial mediation alone will not resolve the problem of the overload of work that currently presses down on the judges' shoulders. On the contrary, it will most likely cause a new "boom" of cases, just as happened with enactment of the CDC (Consumer Defense Code) in 1990 and institution of the Civil Special Courts, in 1995.

Faced with this, we are obliged to recognize that, before enacting our future law of mediation, we have to build this network and prepare it for the volume of cases to come, in order to avoid the risk of compromising this institution before it even comes into effect.

4. REFERENCES

1. ANDREWS, Neil. *La « doppia elica » della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, fascicolo secondo, p. 529.
2. BESSO, Chiara. *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, fascicolo terzo, p. 863.
3. CADIET, Loic. *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 60, n. 4, Giuffrè: Milano, 2006, p. 1181.
4. CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, in *Revista de Processo*, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 82/97.
5. CHASE, Oscar. *I Metodi Alternativi di Soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli stati uniti d'america*, in VARANO, Vincenzo. *L'altra giustizia. I Metodi Alternativi di Soluzione delle Controversie nel Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 131/156

6. CLARKE, A. *The future of civil mediation*. Civil Mediation Council, at http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Speeches/mr_mediation_conference_may08.pdf, acesso em janeiro de 2012.
7. COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in *Revista de Processo*, vol 99, p. 249/293.
8. COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça: Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
9. DE PALO, Giuseppe. TREVOR, Mary B. *E U Mediation. Law and Practice*. Oxford, University Press, 2012.
10. FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.
11. FONSECA, Elena Zucconi Galli. *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, fascicolo secondo, p. 653.
12. GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos Estados Unidos: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
13. MIRIMANOFF Jean A., *La Mediation: de la mythologie a la realite. Une parabole*, Genève, novembre 2012, www.gemme.ch
14. NOLAN-HALEY, Jacqueline. *Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation?* *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Carolina do Norte, v. 37, p. 01-31, fev. 2012.
15. PAUMGARTTEN, Michele. *O Futuro da Mediação na Itália após a Decisão da Corte Constitucional da República*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XI, disponível em <http://www.redp.com.br>.

16. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação Obrigatória: uma versão moderna do autoritarismo processual*. Revista Eletrônica de Direito Processual. *texto disponível em <http://www.redp.com.br>*, vol.10, p.210 - 225, 2012.
17. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
18. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil projetado, in *Revista de Processo*, ano 37, vol. 207, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 213/238.
19. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Disposições Gerais do P.L. 7.169/14*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 8, volume especial: *A Nova Lei de Mediação Brasileira: comentários ao P.L. 7.169/14*, pp. 35/61, outubro / 2014, disponível em <http://www.redp.com.br>.
20. VIGORITI, Vincenzo. *Europa e mediazione. Problemi e soluzioni*. Revista de Processo. n. 197, p. 339-355. 2011.

FUNDAMENTOS DA MEDIAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha*

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é o de expor os fundamentos dos direitos humanos e das condições de possibilidade da mediação de conflitos que os envolvam. Vinculados à ideia de conflito, constata-se que os direitos humanos efetivamente aparecem em meio às crises que atravessa a humanidade. Portanto, na essência daqueles desponta a necessidade de investigação dos fundamentos da própria crise da humanidade. A visada fenomenológica é determinante no âmbito dessa análise, pois permite evidenciar um colapso do mundo cultural, fundado na ideia de perda da liberdade. Assim, toda e qualquer prática humana em meio à fundação do seu projeto existencial, portanto, também na sua relação com o outro, há que se dar com consciência do caráter fundante que assume a liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Crise. Fundamentos. Mediação. Liberdade.

ABSTRACT

The aim of this paper is to present the grounds of human rights and the conditions of possibility of mediating conflicts involving them. Linked to the idea of conflict, it is clear that human rights effectively appear beside the crises that crosses humanity. Therefore it is necessary investigate the crisis foundations of the humanity. Phenomenology is decisive in this analysis because will show a breakdown of the cultural world, founded on the idea of loss of freedom. Thus, any human practice involving the foundation of your existential project, so in their relationship with each other too, must attempt to the foundational character of liberty.

KEYWORDS: Human rights. Crisis. Grounding. Mediation. Liberty.

1 INTRODUÇÃO

Conquanto o termo “mediação” nos remeta imediatamente à ideia de pacificação de conflitos com base em um acordo, sobretudo por meio de uma arbitragem não estatal, ainda que institucionalizada socialmente, certo é que essa restrição semântica não se impõe. A mediação pode referir-se simplesmente à negociação destinada a resolver conflitos, conduzida por um terceiro que se interpõe entre as partes litigantes, que se põe entre elas, em meio a elas para intermediar a disputa.

Nesse sentido amplo, abrange aquela acepção ordinária (arbitragem), como também contempla as formas institucionalizadas de pacificação social, inclusive as estatais. Quando, por

* Juiz Federal, Doutor em Direito Público (PUC-MG), Doutor em Filosofia (UFRJ) e Professor da FDV.

exemplo, o Poder Judiciário promove a Semana Nacional de Conciliação, estamos diante de uma ideia de mediação. Quando o mesmo órgão, em sua atuação ordinária, intermedeia o conflito entre as partes, mesmo sem um acordo, também estamos diante de um processo de mediação.

É nessa acepção ampla que o termo será usado neste trabalho. Feito este esclarecimento inicial, prossigo.

As ciências se debruçam em estudo sobre os objetos de uma determinada região ontológica sem antes delimitá-la. De fato, essa é uma tarefa da filosofia, a de fundar as ciências em geral. No caso específico da mediação, ela está aqui referida a um objeto específico: os direitos humanos. Assim, apressadamente seríamos conduzidos a descrever e expor analiticamente os modos e técnicas de pacificação social dos conflitos nessa área, com omissão das questões basilares que subjazem a toda reflexão temática. O que são os direitos humanos? Em que se fundam eles? Sem essa pergunta por fundamentos, recairemos no discurso meramente operativo, o qual, precisamente em torno do objeto em questão – os direitos humanos – seria trágico, pois o homem se recusa a ser coisa!

Portanto, o presente trabalho se volta à investigação dos fundamentos dos direitos humanos, dos conflitos que se instalam em torno deles, assim como as condições de possibilidade de qualquer mediação. Nesse aspecto, trata-se de uma reflexão filosófico-transcendental da mediação em direitos humanos.

2 A CRISE DA HUMANIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

Em sua obra “A era dos direitos”, Norberto Bobbio reconhece textualmente a existência de uma crise de fundamentos em torno dos direitos humanos, mas recusa qualquer tentativa de procurar superá-la, mediante a busca de algum fundamento absoluto que venha a substituir as propostas já existentes. Vê na crise dos direitos um problema muito mais de política do que de filosofia, pelo que recomenda aos que se debruçam em reflexão filosófica, que o façam em companhia do estudo dos problemas históricos, sociais e econômicos, sob pena de sua vocação obstinada restar condenada à esterilidade. Daí a sua já célebre afirmação de que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (Bobbio, 1992, p. 24).

Neste estudo, o meu ponto de partida é diametralmente oposto: o problema dos direitos humanos não pode ser enfrentado politicamente se não estivermos conscientes dos fundamentos que a eles se ligam. Não se trata de desprezar a dimensão da sua efetivação, mas o que não podemos é buscar soluções para problemas sem um encaminhamento devidamente orientado, e esse norte pressupõe a fixação de um ponto de partida seguro, um marco bem delimitado que permita determinar o próprio horizonte da nossa jornada. Sem essa referência inicial, nosso “destino” estará obscurecido, sem *arché* não há *télos*.

O problema dos direitos humanos ganha importância sobretudo quando nós nos deparamos com circunstâncias históricas, reveladoras de uma profunda crise na própria humanidade, que se vê refletida em suas instituições políticas e, conseqüentemente, nas relações humanas. Não por outro motivo a notória evolução que tais direitos experimentaram no pós-guerra, já que a dimensão universal do conflito revelou o total descaminho trilhado pelos povos das mais diversas nações. Configurou-se um tal nível de desrespeito a direitos, que mal possibilitava a distinção entre bestas e humanos. Naquele panorama, o que estava em jogo não era a proteção desta ou daquela categoria de pessoas, não se tratava de lutas entre nacionais, tampouco da possibilidade de dizimação de um grupo, mas algo muito mais grave, a saber: a perda de nossa própria humanidade, a desnaturação do que somos.

Sem a pretensão de recorrer a um relato historiográfico, bem como aos antecedentes mais remotos desses saltos na conscientização da importância do reconhecimento dos direitos humanos, o marco da guerra e dos regimes políticos que se consumavam no seu contexto deixam bem clara a relação entre a afirmação de tais direitos e as situações de crise que a permeiam. Trata-se da assimilação dos direitos humanos pela dor (Comparato, 1999, p. 44):

Ao emergir da 2.^a Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

Não deixa de ser curioso que exatamente quando mais nos faltem os direitos, mais eles apareçam! Essas manifestações bestiais cumprem uma função sinalizadora, pois ao ocorrerem, remetem-nos a algo outro que precisamente não aparece. Esse sentir falta é um modo de mostração originária do próprio fenômeno que até então estava velado, é o que nos faz perceber o que somos, exatamente quando não o estamos sendo. Esse modo mediato de desvelamento dos direitos humanos é o que explica a busca por sua declaração e efetivação.

Portanto, fixada essa correlação entre direitos e crise, importa agora buscar o solo onde essa última se instala, pois somente assim compreenderemos os primeiros.

De fato, percebendo que as crises na humanidade estão entrelaçadas com atentados aos direitos humanos, preparamo-nos para as novas violações, estabelecendo um rol de direitos inalienáveis e meios para garanti-los. Assim, a identificação de direitos e a previsão de mecanismos para a sua restauração, conquanto sejam medidas que possam ser vistas como antecedentes às novas violações de direitos, e com isso possam ser assumidas como medidas preventivas, elas, porque não tocam a origem das próprias transgressões, não podem ser consideradas originariamente preventivas.

É preciso um enfrentamento verdadeiramente radical da questão, uma investigação que nos traga à luz o próprio fundamento da crise, pois somente a partir daí é que o problema dos direitos humanos poderá ser efetivamente tratado.

Pois então, por que há crise? As possíveis respostas são tributárias de enfoques determinados, razão pela qual tenho consciência de que aqui se põe apenas uma possível visada, mas uma possível visada que foi eleita exatamente diante do seu potencial de redenção, da sua aptidão para promover mudanças que, sinceramente, acredito sejam relevantes para uma cultura dos direitos humanos.

Direitos humanos são direitos dos homens, não como regras decorrentes de um sistema de imputação que, reagindo a influências históricas, prescrevem condutas e resguardam possibilidades, pondo-as ao abrigo da intervenção de terceiros, inclusive do próprio Estado (liberdades públicas). Direitos humanos são aqueles que, talvez independentemente de qualquer estatuição, guardam uma relação umbilical conosco mesmos. São inerentes à nossa própria condição humana porque resguardam nossas possibilidades existenciais, ou seja, existem para permitir que sejamos o que podemos ser. Alguns afirmam que são expressão de nossa dignidade, mas o que é a dignidade humana?

Esse princípio é erguido como marco fundacional dos direitos humanos, por isso mesmo é visto como um baluarte para os seus defensores. Kant o usou como critério distintivo do humano, ou seja, homem é aquele ente dotado de dignidade, que tem um valor em si mesmo e que, por isso, não deve ser usado de modo instrumental.

De fato, “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. O que tem um preço, no seu lugar pode ser colocada alguma outra coisa equivalente; ao contrário, o que está Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

acima de todo preço, e que portanto nenhum equivalente permite, isso tem dignidade” (Kant, 2011, p. 72)¹. Até aí parece que nada nos garante seja a dignidade um atributo privativo do humano, aliás, é comum dizermos de certos bens, como um anel materno que nos foi legado, que “isso não tem preço!”. Entretanto, mesmo neste caso, apenas se quer afirmar que o ingresso daquele ente em nossa história acabou por conferir-lhe um sentido para nós, que faz penetrá-lo de um valor inestimável². Daí não deriva que o anel tenha conquistado uma dignidade. Realmente, apenas os entes racionais, enquanto revestidos de moralidade, podem ostentar dignidade (Kant, 2011, p. 73)³:

Então, a moralidade é a condição sob a qual apenas um ser racional pode ser um fim em si mesmo, pois apenas através dela isto é possível: ser um membro legislador no reino dos fins. Portanto, apenas a moralidade, e a humanidade (na medida em que é capaz da moralidade), tem dignidade.

Portanto, “dignidade humana” é uma redundância, uma expressão que, apesar de pleonástica, aqui me permito utilizar em razão da sua difusão. Pois bem, o homem, enquanto ente moral, é capaz de representar para si a própria norma de ação e determinar-se conforme ela. Essa potência racional lhe confere uma singularidade frente aos demais entes, que Kant denomina dignidade.

Chegamos ao ponto de asseverar que a dignidade é o fundamento dos direitos humanos. Por sua vez, ela está ancorada na ideia de moralidade, ou seja, somos dignos porque a humanidade é capaz de moralidade. Mas que dizer dos nossos desencontros valorativos nesse campo? Se a própria moralidade se recusa a determinar-se, então como pode ela servir de fundamento para alguma coisa? Se direitos humanos são fundados na dignidade, e se essa é reflexo da própria moralidade, não podendo a última ser afirmada em graus absolutos, não estariam então os próprios direitos humanos fadados a um relativismo cético?

Isso parece confirmar-se na constatação fática de que o rol de direitos humanos que efetivamente são inseridos nos ordenamentos nacionais (direitos fundamentais) não é coerente, que historicamente esses espaços de inserção ora se alargam, ora se constroem. Tempo e espaço parecem ser determinantes no reconhecimento dos direitos humanos, razão pela qual

¹ *Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis, oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde.*

² Nas palavras de Kant, tais bens tem um “preço de afeto” – *Affektionspreis* - (KANT, 2011, p. 73).

³ *Nun ist Moralität die Bedingung, unter der allein ein vernünftiges Wesen Zweck an sich selbst sein kann, weil nur durch sie es möglich ist, ein gesetzgebend Glied im Reiche der Zwecke zu sein. Also ist Sittlichkeit und die Menschheit, sofern sie derselben fähig ist, dasjenige, was allein Würde hat.*

estaria em xeque qualquer tentativa de fundamentá-los. Talvez por isso Bobbio tenha se voltado contra o desperdício de esforços na busca por uma nova fundamentação, em detrimento de uma outra que deva ser superada.

Entretanto, afirmar o caráter histórico dos direitos humanos não significa que estejamos diante de algo carente de fundamentação. Toda compreensão que temos dos fenômenos se dá no horizonte do tempo, isso porque nós mesmos somos entes temporais. Quando aqui falo em busca por fundamentos, com isso não quero dizer que haja alguma transcendência metafísica em que eles possam escorar-se, mas que a própria necessidade de busca por fundamento é um caráter ontológico essencial do homem, algo que integra o próprio desdobrar-se de seus projetos de mundo.

Aí talvez resida o caráter essencial. O homem, e por conseguinte a própria humanidade, não é algo pronto, mas se constrói no tempo. É ele o seu próprio demiurgo, que, sempre em operação, perfaz-se indefinidamente, pois sempre incompleto. Trata-se de um índice de indigência que o acompanha sob a marca da temporalidade. Daí a afirmação de Martin Heidegger, de que a essência do homem reside na sua existência⁴.

Assim, se o homem é um ente marcado essencialmente por suas possibilidades de ser, ele estará sempre lançado em um projeto, um projeto que demarca o seu mundo de significados e que somente pode ser compreendido no horizonte do tempo. Correlacionada a tudo isso está a ideia de liberdade, uma liberdade não em sentido corrente, como um agir livre de constrangimentos. É também isso, mas não essencialmente. Liberdade aqui quer significar deixar o mundo ser o que ele é, deixar o homem ser o que ele pode ser, deixá-lo livre para erigir o seu próprio projeto, alcançando a multiplicidade de sentidos que demarcam o mundo.

Daí decorre que se a essência do homem está em sua dignidade, esta deverá ser assumida não apenas como uma potência racional, mas como um ideal de liberdade, liberdade para que os entes se manifestem naquilo que são, liberdade de deixar o mundo ser mundo, em suas infinitas significações, livre de constrangimentos semânticos que engessam nossas possibilidades. É essa ideia de liberdade que deve ser o norte, o ponto de partida, o *a priori* cultural que serve de *arché* a todo direito humano.

⁴ Eis o trecho original (HEIDEGGER, 1977, p. 57): *Das »Wesen« des Daseins liegt in seiner Existenz.* Em verdade, Heidegger se refere ao homem enquanto “*Dasein*”, exatamente para não promover uma confusão do homem enquanto ente lançado no mundo (*in-der-Welt-sein*), enquanto existência (*das Dasein*), com o homem como ente biológico, uma simples presença, algo que simplesmente está-aí (*Vorhandensein*).

Retomemos nosso rumo. Inicialmente firmei a ideia de que o problema dos direitos humanos não pode ser enfrentado se não estivermos conscientes dos fundamentos que a eles se ligam. Em seguida, deixei clara a correlação existente entre eles e as situações de crise por que passa a humanidade, razão pela qual um enfrentamento radical da questão exige que se traga à luz o próprio fundamento da crise. Eis o ponto em que chegamos. Parece que a noção de dignidade, tal como aqui procurei estabelecer, é o fundamento dos direitos humanos, mas resta enfrentar os fundamentos da crise, a fim de estabelecer a correlação entre um e outro⁵.

Edmund Husserl, em palestra proferida em Viena no ano de 1935, viu a crise da humanidade como uma consequência da própria crise da ciência. Pode parecer estranho que alguém ponha em questão a própria cientificidade natural, tão coroada de êxito nos seus desdobramentos técnicos, bem como na coerência e precisão dos seus métodos. Evidentemente que não é sob tais aspectos que a crítica se volta, mas a uma crise de nossa cultura e o papel adjudicado à ciência. Como afirmou Husserl, a valoração que faz das ciências “não concerne à sua cientificidade, mas ao que a ciência em geral tinha significado e pode significar para a existência humana”⁶ (Husserl, 1976, p. 3). As ciências se apequenaram ao transformarem-se simplesmente em ciências de fatos, de objetividades, deixando de lado o que denominou de “enigma da subjetividade”. Assim encurtadas, elas nada podem dizer do sentido ou sem-sentido de nossa existência, nada têm a dizer-nos acerca de nossas questões fundamentais. Confira (Husserl, 1976, pp. 3-4)⁷:

A exclusividade com que na segunda metade do século XIX, a total visão de mundo dos homens modernos se deixa determinar pelas ciências positivas e cegar por sua devida “prosperidade”, significou um distanciamento indiferente das perguntas que são decisivas para uma autêntica humanidade. Meras ciências de fatos fazem meros homens de fatos.

Essas perguntas esquecidas estariam vinculadas aos nossos comportamentos relativos aos entes intramundanos, nós mesmos e os outros, inclusive quanto à possibilidade de conformação em liberdade do mundo circundante e do próprio homem. Como meras ciências de

⁵ Quero dizer que somente com a evidenciação desse último fundamento é que poderei estabelecer o modo como a nossa dignidade é afetada na situação de crise da humanidade. Consequentemente, com essa ponte estabelecida, veremos justificada, e assim compreenderemos, como e por que as situações de crise afetam os direitos humanos, reclamando a sua aparição.

⁶ *Sie betrifft nicht ihre Wissenschaftlichkeit, sondern das, was sie, was Wissenschaft überhaupt dem menschlichen Dasein bedeutet hatte und bedeuten kann.*

⁷ *Die Ausschließlichkeit, in welcher sich um der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die ganze Weltanschauung des modernen Menschen von den positiven Wissenschaften bestimmen und von der ihr verdankten „prosperity“ blenden ließ, bedeutete ein gleichgültiges Sichabkehren von den Fragen, die für ein echtes Menschentum die entscheidenden sind. Bloße Tatsachenwissenschaften machen bloße Tatsachenmenschen.*

efetividades, elas nada teriam a dizer-nos acerca dessa liberdade, pois se abstraem de toda questão pertinente à subjetividade, de toda questão genuinamente humana.

Insisto nesse ponto. Quando os homens se deixam cegar pelo êxito e prosperidade das ciências, acabam por aceitar tornarem-se também “homens de fato”, reduzindo o subjetivo ao factual. Esse comportamento científico-positivo acaba “destruindo a subjetividade do homem, a liberdade do seu comportamento no mundo, sua liberdade para plasmar racionalmente a si mesmo, a vida, a história. [pois] Os homens são os sujeitos dessa liberdade” (Paci, 1968, p. 13). Precisamente aí reside a crise, nessa abstração que põe de lado a possibilidade de o homem conformar seu mundo em liberdade. Portanto, “a crise das ciências se deve à renúncia, por parte das ciências mesmas, à própria cientificidade, entendida como horizonte da vida, como sentido e propósito da vida” (Paci, 1968, p. 13).

Para Husserl, a humanidade se projetaria em uma existência autêntica quando movida por um ideal de racionalidade omniabarcante, tal como originariamente se lançaram os gregos antigos, em um projeto infinito de realização espiritual, onde a filosofia exerceria esse papel redentor, exatamente porque se projetaria sobre todas as ciências particulares em seu papel unificador. A crise da humanidade deriva da perda da crença neste papel, quando a própria filosofia é posta em juízo, quando a nossa capacidade racional para o alcance da verdade é questionada, quando, em razão disso, seduzidos pelo progresso das ciências, reduzimos elas a ciências de objetividades, deixando circunscrita a verdade apenas ao fático. Assim, paralelamente à crise das ciências há também uma crise da filosofia, e “a crise da filosofia e da ciência é crise da existência” (Paci, 1968, p. 15).

A maneira como as ciências se colocaram neste (des)caminho é vista por Husserl como tributária de um processo de idealização do próprio mundo. Galileu seria a sua expressão mais contundente, pois ao afirmar que Deus escreveu o mundo em caracteres matemáticos, acabou por encerrá-lo nas suas formas geométricas puras e nas relações aritméticas que as explicam. O espaço euclidiano deixa de ser uma abstração e contamina todo o mundo vivido, apresentando-se como seu fundamento e verdade. Ocorre que se a autoafirmação humana é também uma tarefa científico-filosófica, então é também necessário retornar às coisas mesmas, em carne e osso, e regressar ao verdadeiro fundamento de tudo isso, ao próprio mundo da vida (*Lebenswelt*), pois o seu esquecimento “e o apego às fórmulas a ele impostas acabaram por conferir ao mundo uma destinação alheia aos seus verdadeiros sentidos. Daí a encruzilhada em que se encontra a humanidade” (Guimarães, Fenomenologia e direitos humanos, 2007, p. 5).

Não me debruçarei aqui em detalhes sobre todo esse processo de artificialização e a proposta de saída que Husserl apresenta⁸. Para os modestos objetivos deste estudo, interessa-me apenas destacar que a limitação positivista da ideia de ciência acabou por decapitar a filosofia, pois lhe suprimiu o papel fundante que deveria exercer sobre as ciências, destinada a dar-lhes uma unidade tal que pudesse evidenciar como papel da racionalidade a orientação de todo o agir humano. Assim, despedindo-se as ciências de toda preocupação com a subjetividade, a crise que sobre elas se estabelece também se reflete em uma crise da própria humanidade.

Em última análise, trata-se de uma crise de fundamentos, pois se perde todo o sentido, todo *télos* por que poderia se orientar nossa história. Evidentemente não com um sentido escatológico absoluto, mas como uma tarefa infinita de autoafirmação racional da própria humanidade, “ou seja, o homem vive a finitude, mas é convocado a realizar a tarefa infinita do pensamento” (Guimarães, Fenomenologia e direitos humanos, 2007, p. 12).

Qualquer caminho que se apresente como candidato à superação dessa crise, há que ser sobretudo um caminho pela busca de fundamentos. E isso vale especialmente em relação aos direitos humanos (Guimarães, Fenomenologia e direitos humanos, 2007, p. 66):

[...] quando falamos de “direitos humanos”, quase sempre não nos apercebemos do fato de que, não investigados os seus fundamentos, estes se reduzem a meras proclamações. Essas proclamações, longe de se afirmarem como efetividade na operância protetora daquilo que se manifesta com maior relevância na estrutura ontológica da pessoa humana, encobrem os seus próprios caminhos, na medida em que pulverizam os propósitos no universo ideológico e se esquecem dos fundamentos que os sustentam. Levar a sério os “direitos humanos” significa voltar aos seus fundamentos [...]

Portanto, a busca por fundamentos exerce um papel central na compreensão dos direitos humanos porque somente a partir daqueles é que poderemos evidenciar o *ethos* humano, o seu lugar enquanto morada espiritual⁹. É exatamente esse caminho que estamos trilhando, em um esforço do pensamento para deixar que se mostrem os próprios direitos humanos em seu enraizamento. E a que ponto chegamos? Primeiro, que a “essência” de tais direitos está na ideia de dignidade. Essa, por sua vez, deriva do caráter primevo e insubstituível do próprio homem no panorama do mundo da cultura, um mundo que, conquanto referido a naturalidade *a priori* que o torna possível (*die Lebenswelt*), é a expressão das suas próprias realizações, da sua própria

⁸ Para essa finalidade, remeto o leitor à primeira parte do meu “Segurança jurídica e crise no direito” (CUNHA, 2012).

⁹ O substantivo deriva do grego, e na lição do Padre Henrique Lima Vaz, o seu emprego original estava voltado à designação da morada ou abrigo dos animais. Vem daí inclusive o termo “etologia”, como estudo do comportamento animal. Confira em VAZ, 2009, p. 13.

existência, uma existência fundada na ideia de liberdade. Daí a afirmação de que (Guimarães, Fenomenologia e direitos humanos, 2007, p. 81)

No fundo, o que está em jogo no mundo contemporâneo é a dignidade humana [...] não podemos deixar de tentar compreender que toda a dignidade humana [...] está condicionada à liberdade enquanto atmosfera de criação de valores. A essência da dignidade humana consiste no fato da própria existência humana.

Assim, os possíveis sentidos que caracterizam o mundo devem ser conquistados no exercício da liberdade, liberdade para deixá-lo viger. Nesse contexto, “mundo” não é a expressão de um continente que abrange os mais diversos entes naturais, mas a própria ideia de significatividade. Mundo não é algo, mas se faz mundo enquanto nos realizamos em um projeto fundado. Mundo é o conjunto de sentidos possíveis para a nossa própria existência. Por isso, com esse significado específico, apenas o homem tem mundo, já que é ele o único ente para quem a vida pode ter algum sentido. Logo, quando falamos que “meu mundo desabou quando ela se foi”, o que se põe aqui é a total perda de sentido da minha existência, em decorrência do abandono de alguém com quem a vida se tornava mais amena e valia ser vivida.

Chegamos a um ponto crucial: embora seja correto que o mundo é sempre o meu mundo, também é ele um mundo compartilhado (*Mitwelt*), pois é um postulado de essência que o homem é sempre com os outros (*Mitsein*). Acerca desse existencial, discorri em outra oportunidade (Cunha, Hermenêutica e argumentação no direito, 2014, pp. 180-181):

[...] destacamos que jamais somos isoladamente junto aos entes intramundanos, para depois vermo-nos agregados a outros entes que, tal como nós, também se mostram no modo da existência. Somos sempre com eles, não no sentido categorial de co-estar-aí; e sim existencial, como um compartilhamento da verdade que se dá no desvelamento. O núcleo conceitual do ser-com é, portanto, o próprio compartilhar da verdade, sendo exatamente por isso que o mundo, enquanto abertura em que o *Dasein* está, é também um mundo compartilhado (*Mitwelt*). Por isso dirá Heidegger que o outro não está em um horizonte temporal distinto do meu, alguém de que me distingo enquanto fora de mim, mas exatamente o contrário, é aquele que, tal como eu mesmo, está-aí sempre também lançado na abertura e compartilhando o mundo.

Ao analisar detidamente este modo de ser que nos identifica (“ser-com”), fica claro que os outros, com quem compartilho o mundo, não podem ser assumidos como coisas, já que ostentam a mesma dignidade que eu e, portanto, nossa coexistência é também um compartilhar da própria liberdade. Aqui, novamente ela não se refere ao deixar o outro livre de constrangimentos, em completo estado de anomia, mas de liberá-lo para que ele possa ser em suas possibilidades existenciais. Por isso mesmo, nossa relação com o outro é marcada por um estado de solicitude (*Fürsorge*), a qual pode manifestar-se em modos positivos ou negativos.

Negativamente, a solicitude se manifesta na forma deficiente em que deixa nossa convivência marcada pela indiferença, ou seja, prescindimos dos outros, passamos ao largo do outro, não nos interessamos pelo outro etc. Por sua vez, positivamente, há a possibilidade de, por um lado, lançarmo-nos em substituição ao outro, o que acaba por suprimir-lhe a própria liberdade de ser (tal o que Heidegger denomina de forma substitutivo-dominadora); e, de outro, é possível que a solicitude se manifeste sob a forma antecipativo-liberadora, ou seja, ao invés de ocupar o lugar do outro, antecipa-se às suas possibilidades, deixando-o em liberdade para suas possibilidades existêntivas.

Cotidianamente, o homem não chega a ser ele mesmo, mas é absorvido no mundo da sua ocupação com os entes, de tal forma que os outros lhe tomam o seu ser. O problema maior é que esse outro que dispõe de minhas possibilidades mais próprias; e, portanto, da minha liberdade, não é esse ou aquele, nem alguns e tampouco eu mesmo, mas o que Heidegger denomina de o “impessoal” (*das Man*). Julgo como se julga, faço o que se faz, gosto do que se gosta, enfim, esse indeterminado “se” travessa toda a minha existência, sem que seja possível determiná-lo, pois afinal, quem é que faz isso ou aquilo, julga assim ou assado, gosta disso ou daquilo? Se analisarmos cuidadosamente o modo de nossa existência cotidiana, veremos essa manifestação do impessoal sempre reforçada em sua reiterada aparição.

Talvez nesse sentido, aqui apenas grosseiramente delineado, tenhamos um esboço da ideia fundamental que preside os direitos humanos. Insisto que eles estão enraizados, daí ganhando sustentação, na ideia de dignidade. Ela projeta o homem na centralidade de todo o processo de afirmação do mundo da cultura, mundo esse que é a expressão de nossas próprias realizações espirituais, as quais, por sua vez, são manifestações da nossa liberdade. Assim vamos deixando desvelar os infinitos mundos possíveis de significações, sempre compartilhado com os outros, pois, afinal, “ser-com” e por meio dos outros “deve ser entendido como um enunciado existencial de essência”¹⁰ para o homem (Heidegger, 1977, p. 164).

Pois bem, se a idealização do mundo o artificializa e encobre a proveniência maior de todas essas possibilidades, que é o mundo da vida, nosso esforço maior deverá ser o de promover um retorno a esse campo existencial, reconquistando a liberdade de deixá-lo viger. Por isso é acertada a afirmação de que (Guimarães, Fenomenologia e direitos humanos, 2007, p. 80):

¹⁰ *Das muß als existenziale Wesensaussage verstanden werden.*

Compreender e interpretar os direitos humanos significa compreender e interpretar o humano nas suas múltiplas projeções decorrentes de vontades, interesses e necessidades que se desenvolvem no amplo universo das expressões da vida. Ciência, filosofia, arte, religião, direito, política e tudo o mais que podemos designar como expressões da vida são criações do espírito que assinalam os modos de ser da pessoa humana: a liberdade.

Portanto, Husserl diagnostica uma falha geral no processo de desenvolvimento científico, pois as ciências, ao tornarem-se ciências de efetividades, ciências de fatos, também objetificaram o homem, levando-o a experimentar uma crise da própria humanidade. Trata-se de uma crise de fundamentos, em que nos vemos arrastados como dispositivos à disposição da técnica moderna. Em uma sequência infinita de idealizações, perdemos o vínculo com o próprio mundo da vida, fonte de todas as possíveis significações e valores de nossa existência. Assim, urge desfazer esse processo de transfiguração, a fim de resgatar nossa própria liberdade, pois a crise da humanidade é, no sentido do texto, uma crise de liberdade.

Crise de fundamentos, liberdade e dignidade são expressões que se alocam no cerne da questão dos direitos humanos. Conquanto as declarações tenham exercido, e ainda exerçam algum papel relevante na sua consagração, importa reconhecer que nas múltiplas manifestações desses direitos, dignidade e liberdade serão os seus elementos fundantes. É que expressar-me, reunir-me com os outros, associar-me aos outros, manifestar minha opinião para os outros, ver garantidas minha intimidade e privacidade contra os outros etc., todos são expressões de minha própria liberdade de instituição de um projeto existencial fundado, onde, não despropositadamente, tenho registrada a marca do “ser-com os outros”.

E exatamente porque minha existência é um coexistir (*Mitdasein*), que ontologicamente essa marca existencial se mostra como uma condição de possibilidade de qualquer acordo ou desacordo entre os homens. Portanto, conflitos são reflexos (ônticos) que se fundam na marca essencial de nossa existência compartilhada. São eles mesmos possibilidades existêntivas do homem, de tal forma que eventual estratégia a ser adotada na tentativa de superá-lo, seja por meio do estabelecimento de medidas preventivas ou nas múltiplas formas de sua resolução, jamais poderemos suprimir a sua possibilidade de ocorrência.

A conquista do nosso mundo é uma conquista da liberdade de deixá-lo viger. Assim, porque múltiplas as possibilidades, múltiplos serão os modos com que essa liberdade deverá afirmar-se, o que se reflete na dinâmica dos direitos humanos e no perene processo da sua construção. Essa constatação talvez explique o porquê do extenso rol de direitos fundamentais previstos na Carta de 1988 vir seguido de uma cláusula de abertura que, para além daqueles

expressos na Constituição, incorpora os direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais de que participe o Brasil.¹¹

Assim, mais do que promover cada vez mais a especificação desses direitos em declarações ou relações legislativas, mais do que prever garantias cada vez novas para a sua efetivação, mais do que estabelecer mecanismos procedimentais e instituições para a restauração de sua violações, mais do que mecanismos de mediações, importa reconhecer que a própria dinâmica que alimenta os direitos recrutará sempre um esforço cada vez mais apurado para tentar lidar com eles. E tal se dá porque tais direitos estão fundados em um projeto de liberdade, em um projeto de fundação. Quando identificamos essa marca, podemos perceber que somente a efetiva educação para o fundamento, para a liberdade, é que poderá sinalizar para uma nova alvorada da história da humanidade.

3 CONCLUSÃO

O estudo dos modos de mediação voltados à pacificação de conflitos envolvendo direitos humanos não pode prescindir da reflexão acerca dos seus fundamentos, os quais, em última análise, estarão conectados aos fundamentos daqueles direitos mesmos. Sem esse ponto de partida corremos o risco de reproduzir no Direito uma crise que remonta o início da Modernidade, uma crise científica que é marcada pelo encurtamento do papel das ciências no desenvolvimento de um projeto humanístico, a tarefa infinita do pensamento em torno da autoconformação do homem.

Assim, toda manifestação de um projeto de mediação há que estar voltado às suas condições de possibilidade e aos fundamentos dos próprios direitos humanos como princípio diretor dessa tarefa.

Nesse contexto, aparece a dignidade como princípio decisivo na demarcação do que é o humano. Por sua vez, a própria dignidade está associada à liberdade com que instituo e fundo o meu projeto existencial, pois toda e qualquer significação que a ele estiver vinculada configura o meu mundo, mundo esse que é compartilhado com os outros.

Portanto, uma cultura dos direitos humanos e todo esforço por preservá-los, bem assim qualquer mediação que busque promover a pacificação de conflitos que os envolvam, deve

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5.º, §2.º

estabelecer-se tendo em vista a liberdade para instituir o meu projeto, conseqüentemente a liberdade para deixar o mundo viger, bem como a liberdade de “ser-com o outro”, pois como já disse logo acima, somente a efetiva educação para o fundamento, para a liberdade, é que poderá sinalizar para uma nova alvorada da história da humanidade.

REFERÊNCIAS

- Bobbio, N. (1992). *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus.
- Comparato, F. K. (1999). *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.
- Cunha, R. A. (2014). *Hermenêutica e argumentação no direito*. Curitiba: CRV.
- Cunha, R. A. (2012). *Segurança jurídica e crise no direito: caminhos para a superação do paradigma formalista*. Belo Horizonte: Arraes.
- Guimarães, A. C. (2007). *Fenomenologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Guimarães, A. C. (2007). *Fenomenologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Heidegger, M. (1977). *Sein und Zeit* (Vol. Gesamtausgabe v. 2). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Husserl, E. (1976). *Die Krisis der Europäischen Wissenschaften und die Transzendente Phänomenologie* (Vol. Husserliana v. VI). Hague: Martinus Nijhoff.
- Kant, I. (2011). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam.
- Paci, E. (1968). *Función de las ciencias y significado del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Vaz, H. C. (2009). *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica* (5. ed.). São Paulo: Loyola.

UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO À MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

A FIRST APPROACH TO MEDIATION CONFLICT AS AN ALTERNATIVE TO JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS

Rogério Luiz Nery da Silva¹

Daiane Garcia Masson²

RESUMO

O presente artigo consiste na exteriorização de pesquisa em curso, realizada na Universidade do Oeste de Santa Catarina, pelo grupo de trabalho da área de concentração de eficácia material dos direitos sociais e tem por objetivo realizar uma aproximação com o tema da mediação, estudando-lhe o conceito, os contornos, possibilidades e limitações como alternativa na solução dos conflitos, de forma a servir de alternativa a prevenir o recurso à judicialização dos litígios, notadamente, aqueles que decorrem da violação dos direitos fundamentais. O ponto central se resume em constatar o grau de complementaridade que o instituto da mediação pode representar em relação à ao exercício da tutela jurisdicional para a solução de controvérsias, especialmente sobre os direitos sociais, servindo de argumento fático a redução de processos judiciais, ao propiciar soluções contemporizadoras em casos de determinadas pretensões inicialmente resistidas pelo advento da composição dos interesses em conflito. O método utilizado, parte da opção pela pesquisa bibliográfica, com aplicação do método analítico-interpretativo e busca apresentar um debate atual sobre alternativas à grave situação vivenciada pelo Poder Judiciário, que não é capaz de desempenhar com excelência sua função pacificadora, seja por falta de estrutura, seja pela crescente judicialização de conflitos para adentrar aos contornos do instituto da mediação e conhecer alguns exemplos de sua utilização exitosa, com especial destaque para a experiência em Chapecó-SC, dentre outras.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; acesso à justiça; mediação

ABSTRACT

This paper describes the manifestation of ongoing research, conducted at the University of the West of Santa Catarina, the working group of the concentration area of social rights in material efficiency and aims to achieve a rapprochement with the theme of mediation, studying

¹ Professor-doutor em Direito e Evolução Social, Professor do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Consultor em Direito Público. Editor da Seção de Direito internacional e direitos Humanos da Espaço Jurídico Journal of Law (Qualis B1) e membro do Corpo Editorial da Revista Federalismi (Itália – Facha A)

² Mestranda do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Professora de graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Advogada.

HIM the concept, contours, possibilities and limitations as an alternative in solving conflicts, to serve as an alternative to prevent the use of justiciability of disputes, notably those arising from the violation of fundamental rights. The point comes down to observe the degree of complementarity that the institute of mediation may represent in relation to the exercise of judicial protection for the settlement of disputes, especially on social rights, serving as a factual argument to reduce lawsuits by providing contemporizadoras in cases of certain claims solutions initially resisted by the advent of the composition of conflicting interests. The method, part of the option by the literature search, with application of analytic and interpretive method seeks to present a current debate about alternatives to the serious situation experienced by the judiciary, which is not able to perform with excellence its pacifying function, either for lack of structure because of increasing judicialization of conflicts to enter to the contours of the institute of mediation and know some examples of its successful use, with particular emphasis on experience in Chapecó-SC, among others.

KEYWORDS: constitutional rights; access to justice; mediation

INTRODUÇÃO

A concepção da atividade jurisdicional se justifica com a busca da pacificação social. Considerando-se a vida em sociedade como um experimento de contínua conformação da realidade da vida de relação, à qual se agregam diariamente diversos componentes dinâmicos decorrentes da velocidade do viver cosmopolita, no contexto da sociedade da informação. O que se registra é uma imensa profusão de novas fontes de tensão relacional, que somadas às tradicionais formas de contenda, vêm multiplicar as razões de desencantamento nas relações humanas. Nos dias atuais, além de se litigar por todos os problemas já classicamente conhecidos, tais como liames de responsabilidade legal ou contratual, danos materiais e morais clássicos, ora agregam-se elementos inovadores do desconforto individual e coletivo, tais como o desrespeito aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade, cada vez mais ameaçados pelas possibilidades da tecnologia que invade os meios de transmissão e comunicação, assim como as opções de exposição exacerbada representadas pelas chamadas mídias sociais ou omissões estatais com relação a prestação de serviços e disponibilização de oportunidades de justiça social.

Para além desse universo de relações patrimoniais e de ofensas à honra e imagem das pessoas, orbita em paralelo outra dimensão da dignidade humana, aquela identificada com as condições de dignidade social, para além daquelas mínimas de sobrevivência, designada por mínimo existencial e compreendida pela garantia das prestações elementares assecuratórias do direito à vida digna – algo como: estar vivo, mas em condições mínimas aceitáveis. Estas condições podem ser, dentre outras, reconhecidas por alguns direitos, a saber: o direito à

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

alimentação, capaz de sustentar o organismo em condições adequadas; o direito à habitação, que propicie um local seguro e protegido, a salvo para o repouso e convívio familiar; o direito à saúde, traduzido no acesso a tratamentos, inclusive profiláticos, e medicamentos para a manutenção da saúde; o direito à educação, que oportunize o acesso ao conhecimento de modo a possibilitar reais condições de exercício da autodeterminação social e política, segundo seus próprios valores e escolhas.

Assim, diante das múltiplas situações de ordem individual ou coletiva capazes de gerar fricção entre as relações sociais, negociais, de vizinhança, de sobrevivência etc., é necessário enxergar para além da solução judiciária, ou melhor, para além dela no estrito sentido de solucionar sem que se precise passar pelo modal judicial, valendo-se das alternativas de “*dispute resolution*” que permitam antes do recurso ao Judiciário proporcionar outras opções de deslinde das contendas para ofertar a paz social.

Considerando-se o contexto de grave crise prestacional em que está imerso o Poder Judiciário, tanto em termos de estrutura sobrecarregada como em termos de qualidade das decisões, por vezes meramente repetitivas, segundo os parâmetros de celeridade x morosidade, o que deve abrir espaço a uma discussão direcionada às alternativas compensatórias em relação ao fenômeno de intensa judicialização de conflitos, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

A questão reside em ultrapassar a concepção de que todos os conflitos devam ser resolvidos necessariamente perante o Estado-Juiz; a nova fase inaugurada com a virada do século XX para o XXI aponta para as soluções que dispensem a instauração de processo judicial.

Após a Segunda Guerra Mundial, registra-se três grandes movimentos de viabilização do acesso à Justiça. “O primeiro, nos anos 1950, voltado a disponibilizar opções de acesso aos desprovidos ou subprovidos de renda, pela criação de mecanismos de atendimento da população mais pobre que a isentassem de despesas diversas, incluídas custas processuais, garantindo-se o direito constitucional de defesa, quer com o auxílio de advogados públicos, quer particulares.

Como esse primeiro esforço não se mostrou isoladamente suficiente, adveio a segunda etapa ou segundo movimento, cujo marco se registra nos Estados Unidos (1965), com a reforma da chamada “regra 23”, do sistema federal processual civil, com a admissão das ações coletivas, pela representação em juízo de direitos difusos, que, no Brasil, se viu materializado pelo

advento da lei da Ação Civil Pública (1985), depois também pela consagração da Lei nº. 8.078/90 – o Código do Consumidor, que permitiram caracterizar uma mobilização no meio jurídico no sentido da coletivização da solução de litígios. A esses esforços, mais recentemente, têm se associado às hipóteses de solução extrajudicial alternativa das controvérsias (*dispute resolution*).

No caso do presente trabalho, extrai-se como problema de pesquisa, portanto, o papel da mediação para discutir sua potencialidade como uma alternativa realizável de solução extrajudicial de conflitos envolvendo direitos fundamentais, mais especificamente direitos sociais. Pretende-se buscar respostas pelo recurso à utilização de pesquisa bibliográfica e aplicação do método de pesquisa analítico-interpretativo.

O trabalho está dividido em três partes: na primeira, são apresentadas considerações sobre o acesso à justiça, requisito indispensável a qualquer estado que se presuma democrático e de direito; na segunda, é tratada brevemente a noção de exigibilidade dos direitos fundamentais sociais; na terceira, faz-se o estudo do instituto da mediação na concepção como alternativa à judicialização de direitos, ao final do que, se traz a exemplificação de algumas hipóteses de mediação, envolvendo direitos humanos.

1. O ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça, também denominado de direito a uma tutela judicial efetiva na doutrina espanhola, implica a possibilidade que toda pessoa tem de formular pretensões ou defender-se de pretensões alheias, assim como a possibilidade de obter uma manifestação jurídica e judicial sobre a controvérsia, e, por certo, que essa posição seja cumprida. (MARTÍN, 2013, p. 131).

Na visão de Barcellos (2011, pp. 341-343), para configurar o estado de direito não basta a consagração normativa, é necessário que as autoridades sejam capazes de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Considerar o acesso à justiça como componentes da dignidade humana significa presumir como direito subjetivo a viabilidade de provocar o Judiciário e obter uma resposta dele acerca da controvérsia posta em discussão. A presunção, contudo, não é absoluta, pois o direito a ver uma contenda resolvida não implica necessariamente ter de submetê-la judicialmente à análise. Pode-se também recorrer às soluções extrajudiciais, por vezes tão convenientes, céleres e satisfatórias.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Pode-se analisar o acesso à justiça sob dois enfoques: um enfoque mais restrito e formal, que se refere à possibilidade de pleitear uma demanda junto ao Poder Judiciário – visão esta apresentada por Barcellos –, ou um enfoque mais amplo, que diz respeito ao senso comum do que é justo. É essa ideia em sentido amplo que se volta para a melhoria das relações pessoais e sociais. (SALES, LIMA e ALENCAR, 2008, p. 711).

Portanto, pode-se compreender que o dever de promover o acesso à justiça corresponde à assunção de um compromisso jurídico, político e, sobretudo, moral com a paz social, de forma a garantir a toda e qualquer pessoa a possibilidade efetiva de obter uma solução às suas inquietudes e angústias jurídicas, pessoais e sociais.

O direito de acesso à justiça tem passado por diversas alterações ao longo da história. Conforme a evolução histórica dos direitos humanos, com suas características se transmutando de um direito formal – tipicamente dotado de características liberais tipicamente setecentistas, para direitos mais concretos, podendo ser exigido predominantemente do Estado, mas também de particulares. A onda transformadora também operou o alargamento da tutela tipicamente individual para a coletiva, oportunizando o desenvolvimento de novas estratégias de solução de litígios. (BEDIN et SPENGLER, 2013, p. 103).

Os continuados esforços de democratização nos mais diversos países, no segundo pós-guerra e a redemocratização de outros tantos países que saíram de ditaduras e governos autoritários, os poderes constituintes ao elaborarem suas novas constituições, optaram pela maior positivação de direitos fundamentais (STRECK, 2003, p. 170-172), alguns deles inclusive com respeitável rol de direitos sociais, apoiados principalmente sobre o texto da constituição de Weimar – que curiosamente no caso alemão, embora tenha inspirado tantas outras foi substituída pela Lei Fundamental, recepcionada com status de constituição, mas optou por suprimir do texto constitucional os direitos sociais expressos.

À justiça constitucional, portanto, passou a competir a guarda da vontade geral, baseada nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica, mas não se deve confundir solução jurídica com judicial com jurisdicional, nem vice-versa; há hipóteses de conflitos relacionados a direitos fundamentais cuja solução pode ser muito satisfatoriamente alcançada por sistemas alternativos de resolução de conflitos, tais

como a mediação, a arbitragem e a conciliação. A escolha dessas variantes como alternativa não corresponde a supressão da justiça administrada pelo Estado, mas a torná-la mais célere, confiável e econômica, bem como ajustada às mudanças sociais e tecnológicas, sem contar que a redução do número de processos judiciais aperfeiçoaria o funcionamento e a administração da justiça. (COLAIÁCOVO e COLAIÁCOVO, 1999, p. 61).

Historicamente, o Estado foi chamando para si um universo de atribuições de caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo diversas ações públicas de sobrevivência social. Por outro lado, apresentou poucas políticas preventivas, introduzindo assim, na comunidade, uma postura de simples consumidora sem reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passou e ainda passa. (LEAL, 2009, p. 80).

Não é possível conceber o bem-estar das relações entre as pessoas e da cidadania se não existir o estado de paz. E não haverá paz onde houver conflito nas relações jurídicas. Pode-se dizer que a finalidade do Estado Democrático de Direito está vinculada à instituição do estado de paz. (DELGADO, 2003, p. 16).

Todo ser humano, ao se deparar com algum conflito, espera obter uma solução justa. A mediação vai ao encontro dessa expectativa, visto que envolve os participantes em todas as fases do procedimento, proporcionando um sentimento de inclusão e responsabilidade sobre as decisões e o cumprimento delas. (SALES, LIMA e ALENCAR, 2008, p. 711-712).

Acessar a Justiça é mais que acessar o Judiciário. Acessar a Justiça é obter para o conflito de interesses uma solução justa e fundamentada nos direitos fundamentais da pessoa humana. É de pouca ou nenhuma importância prática se essa solução justa é oferecida pelo Poder Judiciário ou é alcançada por meios alternativos.

2. A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Os direitos sociais correspondem à segunda geração dos direitos humanos. Foi num contexto de desequilíbrio entre as condições de vida de diferentes classes sociais que surgiram os direitos sociais, econômicos e culturais. A instituição de direitos sociais

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

supõe a garantia do *status positivus libertatis*, que compreende as exigências feitas pelo indivíduo ao Estado, recebendo em troca prestações. Foi assim que o Estado Liberal foi substituído pelo Estado Social de Direito, incluindo os direitos sociais como direitos fundamentais. Diante do princípio da igualdade material, o poder público se obriga a remover as injustiças encontradas na sociedade. (BARRETTO, 2003, p. 126-129).

Os direitos fundamentais sociais, também chamados por Alexy (2008, p. 499) de “direitos a prestações em sentido estrito” são os direitos da pessoa individualmente considerada, em face do Estado, a algo que ela mesma poderia obter de particulares se dispusesse de recursos financeiros suficientes e se houvesse oferta suficiente no mercado.

O principal argumento favorável aos direitos fundamentais baseia-se na liberdade. O ponto de partida para esse argumento são duas teses: a primeira tese sustenta que a liberdade jurídica não é possível sem liberdade fática de escolher entre as alternativas permitidas. A segunda tese defende que a liberdade fática depende sobretudo das atividades estatais. Mas por que a liberdade fática deve ser garantida diretamente pelos direitos fundamentais? Porque a liberdade fática é importante para o indivíduo e porque a liberdade fática é constitucionalmente importante também sob o aspecto substancial. (ALEXY, 2008, p. 503-506).

Para Barretto (2003, p. 110), os direitos sociais não são subsidiários de outros direitos, tampouco são meios de reparar situações injustas. Os direitos sociais nasceram em resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, constituem-se em núcleo normativo do estado democrático de direito.

A história do nascimento dos Estados sociais confunde-se com a história da transformação da ajuda aos pobres determinada pela filantropia e pela discricionariedade da autoridade pública. Ainda que os principais direitos econômicos, sociais e culturais tenham sido consagrados em constituições e no plano internacional, o reconhecimento universal como direitos plenos só será alcançado após a superação de obstáculos que impedem sua judicialização. (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011, p. 47).

Dentre as objeções contra os direitos fundamentais sociais podem-se analisar dois argumentos: o ponto de partida da primeira tese (desenvolvimento do argumento formal) é de que os direitos fundamentais sociais não são justiciáveis, ou o são em pequena medida, já que os objetos da maioria dos direitos fundamentais sociais são indeterminados. Já o argumento

substancial contra os direitos fundamentais sustenta que eles são incompatíveis com normas constitucionais materiais. (ALEXY, 2008, p. 507-509).

Para Bobbio (1992, p. 24), “o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade”.

Não se pode ignorar que a fartura de dispositivos imperiosos protetivos de direitos fundamentais sociais que surgiram no século XX impactou de maneira definitiva a Teoria do Direito, a Teoria da Constituição e o próprio conceito de Democracia. É nesse contexto que o Poder Judiciário se vê impactado em sua postura, visto que o aumento de demandas gera déficits enormes de direitos fundamentais pressionando os três poderes a responderem a tais questões. (LEAL, 2009, p. 76-77).

Os direitos sociais prestacionais têm por objeto precípuo uma conduta positiva do Estado ou particular destinatário da norma, consistente numa prestação fática. É preciso ressaltar que o objeto dos direitos sociais a prestações dificilmente poderá ser estabelecido de maneira geral e abstrata, mas necessita de análise calcada na especificidade de cada direito fundamental que se enquadre nesse grupo. (SARLET, 2012, p. 282-284).

Cada um dos três poderes se relaciona de forma diferente com as demandas sociais: o poder Executivo se relaciona pela via dos serviços e políticas públicas, com investimentos que compensam, previnem e curam os problemas; o poder Legislativo se relaciona especialmente com comportamentos de controle e aferição política do Executivo; o Judiciário, por sua vez, se relaciona avançando na direção de garantidor de prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de toda comunidade, assim como no desenvolvimento de ações de concretização de direitos que não receberam a devida atenção pelos demais poderes. Por tudo isso é que se tem sustentado que os direitos sociais, em primeiro plano, são deveres do Estado. (LEAL, 2009, p. 77-78).

Por outro lado, os direitos sociais ainda encontram fundamento ético na justiça que é essencial para a promoção da dignidade humana. Cidadão é aquele que goza de direitos civis, políticos e sociais. O reconhecimento da pessoa pela comunidade depende da garantia de direitos civis e políticos, mas também na participação nos direitos sociais indispensáveis para

uma vida com dignidade. (BARRETO, 2003, p. 130-131). É também por isso, que se pode afirmar com segurança, como querem Abramovich e Curtis (2011) que direitos sociais são exigíveis.

Não há como negar o dever jurídico de realização das normas constitucionais. Como bem lembra Mello (2011, p. 12), a Constituição não é um mero feixe de leis, mas um corpo de normas qualificado pela posição suprema que ocupa no ordenamento jurídico. É a fonte de todo o Direito, à Constituição todos devem obediência: os três poderes e todos os membros da sociedade.

Necessário ponderar, entretanto, que as questões que envolvem tais direitos não podem ser resolvidas em termos de tudo ou nada porque envolvem variáveis bastante complexas, tais como disponibilidade de recursos financeiros, políticas públicas integradas em planos plurianuais e diretrizes orçamentárias, medidas advindas do legislativo para ordenar receitas e despesas, etc. (LEAL, 2009, p. 79).

Para a solução judicial de qualquer conflito incidem custos emocionais, financeiros e de tempo. (GARCEZ, 2002, p. 53). É neste contexto que o instituto da mediação surge como alternativa à intensa judicialização de direitos, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais.

3. A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A lógica apresentada pelos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos é a de facilitar o acesso à justiça, de forma a tornar céleres e econômicas as soluções para as controvérsias cotidianas.

Quando a negociação não é possível, seja pela natureza do impasse, seja por suas características ou mesmo pelo nível de envolvimento emocional das partes, surge o instituto da mediação como fórmula não adversarial de solução de conflitos. Um terceiro, imparcial, prestará auxílio às partes a fim de que elas mesmas cheguem a um acordo. Note-se que as partes serão apenas auxiliadas, e portanto, autoras das próprias decisões. A tarefa do mediador é apenas a de aproximá-las e fazê-las refletir sobre as circunstâncias do problema aliviando as

pressões irracionais e o nível emocional elevado que impossibilitam uma análise equilibrada e racional do caso concreto. (GARCEZ, 2002, p. 53).

A mediação pode ser empregada em qualquer espécie de conflito, em especial nos de natureza de Direito de Família e naqueles em que a outra parte é estatal. (DELGADO, 2003, p. 14). Ao adotá-la, pretende-se acabar com a dicotomia ganhador-perdedor, situação que se vislumbra com clareza em processos judiciais.

Variadas são as formas de mediação. O modelo clássico pressupõe uma sessão de pré mediação e outras marcadas na sequência, na mesma data ou em datas diversas, na presença das partes e às vezes de advogados, e o mediador à cabeceira da mesa. Já na sessão inicial, é papel do mediador esclarecer que atua como auxiliar das partes, a fim de que cheguem a um acordo negociado. (GARCEZ, 2002, p. 61). Mais que uma simples técnica, deve ser vista como um instrumento no qual se fundamenta uma teoria das relações sociais, haja vista implicar a adoção de um sistema amplo de relações sociais que se apoia na solidariedade, na participação, no comprometimento e na cultura do diálogo. (COLAIÁCOVO e COLAIÁCOVO, 1999, p. 70).

Há quem duvide da possibilidade de utilizar a mediação em conflitos nos quais as partes não estejam em situação de igualdade ou em casos que versem sobre direitos indisponíveis. Para Freitas Júnior (2009, p. 191-193), se em relações entre pessoas desiguais não fosse possível aplicar a técnica da mediação, esta não teria lugar em nenhuma outra relação intersubjetiva concreta. É a intervenção direta do mediador no equilíbrio entre as partes em conflito que permite o tratamento mais igualitário na confecção de uma pauta justa e equilibrada. Quanto aos direitos indisponíveis, a mediação pode ser um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da democracia participativa.

Os conflitos que envolvem a exigibilidade dos direitos sociais expõem, de um lado, os cidadãos, de outro, o Poder Público. Nesse contexto, conforme Souza (2013, p. 222), numa perspectiva que encare como dinâmica e democrática a relação entre o Estado e a sociedade, na qual tais cidadãos podem e devem definir o formato e as missões de seu Estado, não parece possível desconsiderar que cada pessoa tenha um relacionamento constante, desde o nascimento até a morte, com o ente estatal. Assim, é interessante que um relacionamento saudável e produtivo seja mantido.

Para a manutenção de um relacionamento saudável e produtivo, a mediação se mostra como método mais adequado para as disputas que envolvem o Poder Público, sendo preferível a Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

abordagem ampla e a prática, na medida do possível, pedagógica e transformadora que possibilite às pessoas e organizações aprender com o conflito presente e administrar os futuros que surgirão inevitavelmente. (SOUZA, 2013, p. 222).

A solução de controvérsias por intermédio do Poder Judiciário é apenas um dos caminhos possíveis. Caminhos alternativos devem ser incentivados, tais como a mediação, caminhos estes consagrados no Direito de países como os Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália, nos quais pessoas comuns se reúnem aos sábados e domingos em organizações coletivas a fim de solucionar os conflitos dos seus bairros. Tais soluções são reconhecidas pelos órgãos estatais. (DELGADO, 2003, p. 17).

A título de materialização do que se teoricamente se tratou até esse ponto da presente investigação, colacionam-se alguns casos exitosos em que a mediação de temas de potenciais conflitos. Se considerarmos que a mediação em sentido amplo pode ser entendida como forma de intermediar as soluções, pelo exercício do papel de facilitador pela figura do mediador, com o qual se pode ver aplicado o instituto da mediação ao deslinde de controvérsias envolvendo direitos humanos, como os sumariados registros que se seguem.

O estado do Ceará apresenta grande intimidade com o instituto da mediação. O governo do estado instituiu em 1998 um programa denominado “Casa de Mediação Comunitária – CMC”, programa este atualmente administrado pelo Ministério Público Estadual. Tais casas de mediação atuam de maneira preventiva à violência e buscam contribuir para a melhoria de vida das pessoas e o exercício da cidadania. Os mediadores são escolhidos entre os membros da comunidade, sendo que os interessados se colocam à disposição para se integrar ao projeto das Casas e participam de cursos de capacitação. (SALES, LIMA E ALENCAR, 2008, p. 717-719).

De acordo com pesquisa empírica realizada em 2007 no município Cearense de Parangaba, constatou-se que o processo de mediação se inicia quando uma das partes procura a Casa de Mediação para resolver seu conflito. Lá, a pessoa é atendida por um mediador que colhe o seu relato, marcando data para a sessão de mediação. Importante destacar que os mediadores são orientados a tratar as pessoas de maneira inclusiva, para que elas se sintam bem naquele local. As sessões são marcadas pela informalidade. Assim, o mediador não se coloca a favor de nenhuma das partes interessadas, mas a favor de que ambas possam ter facilitado o acesso a uma solução pacificadora que possa conjugar os pontos convergentes e dilapidar os divergentes. Em termos de classificação, os tipos de conflitos que chegam às Casa de Mediação de Parangaba, dados de coleta de dados de pesquisa documental realizada em 2007 apontam que

61% são de direito de família, 29% são de direito de vizinhança e 10% de direito comercial. (SALES, LIMA E ALENCAR, 2008, p. 720-721). Todas as tentativas de resolução de conflitos visam a garantir o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana.

Outro exemplo bem característico da vantagem do emprego da mediação, se identifica pela política pública de realização do direito à saúde por meio de mediação a instalação, em alguns locais, dos chamados Programas da Saúde da Família – PSFs. De acordo com Lotta (2012, p. 215-216), a estrutura das equipes do PSF compõe-se de um médico, um auxiliar de enfermagem, um enfermeiro e quatro a seis agentes comunitários. Cada equipe é responsável por seiscentas a oitocentas famílias. Em 2012, o Programa já apresentava cerca de vinte e oito mil equipes atuando em 80% dos municípios brasileiros. O agente comunitário de saúde é a figura principal do PSF e seu papel principal é desenvolver ações nos domicílios de sua área de responsabilidade junto à unidade de saúde. Tal agente é uma pessoa da comunidade preparada para orientar as famílias a cuidarem da saúde individual e comunitária. Nas palavras de Lotta (2012, p. 220) “Nessa mediação, os ACS conectam o mundo do Estado ao mundo da comunidade na medida em que, por um lado, possuem ambas as linguagens e, por outro, conhecem o cotidiano das pessoas possibilitando inserir as práticas da saúde neste cotidiano”.

Mas de que forma o agente comunitário de saúde estabelece práticas e mecanismos de mediação que permitem um elo entre o Estado e as pessoas da comunidade? A implementação de quatro práticas torna isso possível, de acordo com Lotta (2012, p. 218): “a) ACS utilizam referências da comunidade em suas práticas; b) ACS intercalam saberes adquiridos enquanto profissionais da política de saúde e saberes próprios de suas vivências; c) ACS realizam tradução de saberes; d) ACS fazem triangulação”. Contata-se assim, que os agentes comunitários de saúde – ACS – praticam uma espécie de intercâmbio entre a comunidade e o Estado, intercâmbio este que se pode chamar mediação.

Como destaque ainda de casos exitosos de implantação da mediação, é possível citar o Projeto Justiça Cidadã, implementado pela prefeitura de Recife em 2002. Esse projeto compreende a necessidade da abertura e diálogo para o reconhecimento do outro e da diversidade, da desconstrução de verdades absolutas, da produção coletiva de conhecimentos que articulem teoria e prática e da mobilização de atores sociais para que objetivos sejam construídos coletivamente. (PROJETO JUSTIÇA CIDADÃ, 2006, p. 9).

Para Monteiro (2009, p. 27-28) o Projeto Justiça Cidadã não entende a mediação apenas como técnica, mas como instrumento para a construção da cultura de direitos, levando em Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

consideração o reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos. Para ela, a formalidade da lei não atende às tantas particularidades dos grupos denominados vulneráveis. O reconhecimento integral da dignidade humana passa pela efetividade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Assim, se os sujeitos forem capazes de resolver seus conflitos por meio da tolerância e da não-violência, mais aptos estarão para serem sujeitos de direito.

Finalmente, cumpre agregar o relato da ação de mediadores congregam os esforços da prefeitura de Chapecó e de outras instituições locais a fim de propiciar aos habitantes da tribo indígena Caingangue, instalados naquele município e que perfazem, só em uma das aldeias estudadas, um número representativo de 200 famílias e mais de 900 pessoas, cujos interesses e necessidades em termos de desatendimento diversos, seja em situações de litígio entre os próprios indígenas, ou entre algum desses e pessoas brancas tem sido atendidos significativamente por meio da intervenção desses mediadores, dentre os quais figuram alguns índios aculturados, que conhecendo ambos os saberes – do branco e do índio – concentram em si um nível de confiabilidade pelas partes e conseguem atingir excelentes resultados na solução de problemas.

O sucesso da iniciativa é tal que alcança também aspectos de solução das restrições de direitos sociais, se consideradas as faltas de serviço ou outras situações de carência que constituam uma omissão do estado, pois que também os mediadores, sendo cadastrados e reconhecidos pela prefeitura, tem sustentado uma série de soluções que observam as limitações das possibilidades da municipalidade, conseguindo fazer compreender tanto aos indígenas como ao poder público. Assim, de um lado, os indígenas são levados pacificamente a compreender as restrições pelas quais passa o poder público municipal, por exemplo, em termos de até onde pode auxiliar a municipalidade e a partir de onde dependem eles de atuação federal; de outro lado, os mediadores estimulam o poder municipal a compreender mais concretamente as dificuldades de ordem social e material daqueles habitantes e a compreender suas particularidades culturais, tudo isso conjugado à confiança que esses mesmos mediadores já desfrutam entre ambos os potenciais contendores - habitantes da aldeia e gestores municipais.

CONCLUSÃO

Do estudo realizado, verifica-se que o acesso à Justiça pode ser analisado sob dois enfoques: um mais restrito, que considera apenas o acesso ao Poder Judiciário e outro mais

amplo, que considera o senso comum sobre o que é justo. É nesse segundo enfoque que se insere o instituto da mediação.

O objetivo principal do emprego dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos é a facilitação do acesso à justiça, e não a violação de tal direito. Solucionar conflitos a partir da reflexão, do diálogo participativo e da cooperação entre os envolvidos é o objetivo principal.

É possível aplicar a mediação em qualquer espécie de conflito, dentre as quais, aqueles em que de um lado se encontra o cidadão e de outro o ente público. Esse quadro é concebido especialmente em situações de conflitos que envolvem a efetivação de direitos fundamentais sociais, tais como saúde, educação, trabalho e moradia.

A título de conclusão da pesquisa, passível de discussão e aprofundamento, pode-se afirmar que a mediação pode ser uma alternativa à judicialização dos conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais, especialmente pela capacidade de promover Justiça com mais celeridade. Note-se que aquele indivíduo que precisa pleitear um direito social geralmente não tem condições de aguardar o deslinde de um processo burocrático e moroso, até por que em muitos dos exemplos aqui agregados há até certa dificuldade em compreender a complexidade de processos judiciais, por exemplo, mesmo que ao final promova uma solução justa.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS. Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. **O direito de acesso à justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional**. In: BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. **Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELGADO, JOSÉ. **Constitucionalidade da mediação**. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (BRASIL). **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. **Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação**. In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de Negociação**. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

LOTTA, Gabriela Spanghero. **Saberes Locais, Mediação e Cidadania: o caso dos agentes comunitários de saúde**. Saúde Soc. São Paulo, v. 21, supl.i, 2012.

MARTÍN, Nuria Bellosó. **El acceso a la justicia como derecho fundamental: la mediación en la Unión Europea como instrumento de acceso a la justicia**. In: BEDIN,

Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. **Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO. Valdênia Brito. **Mediação de conflito: contribuição para a cultura de Direitos Humanos**. In: MONTEIRO. Valdênia Brito. **Justiça Cidadã: uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos**. Recife, 2009.

SALES, Lilia Maia de Moraes; LIMA, Martônio Mont´Alverne Barreto; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. **A mediação como meio democrático de acesso à justiça, inclusão e pacificação social** – A experiência do projeto Casa de Mediação Comunitária da Parangaba. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI: 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional como problema específico**. In: SARLET; Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA. Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos e o novo Código de Processo Civil**. In: BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. **Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013.

STRECK. Lenio Luiz. **O papel da Jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais**. In: SARLET. Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO MARÍTIMO: UMA GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PELA RAZÃO PRÁTICA ARISTOTÉLICA

Alexandre Maia¹
Macelo Obregon²
Daury Fabrizz³

RESUMO

O trabalho visa explicar a mediação como forma alternativa de resolução de conflito, para então considerar sua aplicação na seara do Direito Marítimo, nas relações contratuais no comércio e no transporte marítimo, assim como os mecanismos utilizados para a solução destes conflitos, de maneira pacífica, evitando a intervenção do Estado através dos processos judiciais, os mesmos que tem características, que muitas vezes não satisfazem às partes enfrentadas neste tipo de relações. Será então feita uma análise da mediação como forma de garantir o Direito Fundamental de acesso à Justiça e razoável duração do processo, demonstrando que a resolução pacífica é fundamental no Estado Democrático de Direito. Por fim, será estudada a mediação sob a ótica da razão prática e equidade aristotélica, com o intuito de demonstrar a capacidade de atingir uma aplicação concreta de Justiça, além de fornecer base teórica argumentativa para julgar posicionamentos e decisões resultantes da mediação.

PALAVRAS-CHAVE: mediação; direitos humanos; transporte marítimo; Aristóteles; Justiça.

INTRODUÇÃO

A necessidade da solução de conflitos, de maneira rápida e justa, satisfazendo as exigências das partes, deu lugar a utilização de diferentes mecanismos de arbitragem e mediação, que surgem como práticas consuetudinárias, sem a participação dos Poderes competentes do Estado. Esta prática é utilizada atualmente, não somente nas relações internas, como também nas relações internacionais.

A primeira parte do presente trabalho pretende abordar uma discussão relacionada com a solução de conflitos nas relações contratuais marítimas através de instrumento alternativo, sem a intervenção da autoridade judicial, a mediação, com o intuito de afirmar o direito

¹ Mestre em Direito pela PUC-Minas, professor de Direito da FDV.

² Mestre em Direito pela PUC-Minas, professor de Direito da FDV.

³ Doutor em Direito pela UFMG, professor de Direito da FDV.

fundamental de duração razoável do processo. A entrega da jurisdição, ainda que por meio alternativo, promove a satisfação e o bem social, uma vez que um Ordenamento Jurídico mais eficiente é inegavelmente um caso de interesse público.

Será feita uma introdução histórica da utilização do transporte marítimo e da criação de normas e preceitos para regular esta modalidade de relação jurídica que se remonta ao início da civilização, normas costumeiras vigentes até hoje e cujo objetivo foi a de arbitrar de maneira pacífica toda a logística marítima.

Na segunda parte, será discutida a importância de uma base teórica, a filosofia de Aristóteles, para situar a importância da mediação na construção de decisões conscientes, justas e equilibradas.

Na terceira e última parte, será abordado o tema de como uma mediação, realizada segundo o conceito argumentativo da razoabilidade e equidade, é instrumento auxiliar na garantia ao direito fundamental de razoável duração do processo.

1 DIREITOS HUMANOS E MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS MARÍTIMAS

Desde o início das primeiras civilizações, o ser humano interage através do comércio, relação que com o passar do tempo evoluiu permanentemente mas, continua mantendo as características dos primeiros tempos, trocas de mercadorias, estipulação de preços, compromisso de entrega no tempo acordado, qualidade do produto, responsabilidades na logística do transporte etc.

O não cumprimento destas exigências básicas costumavam gerar uma série de conflitos que, na Antiguidade e por que não dizer nos dias atuais, acabavam provocando verdadeiros atos de violência e inclusive propiciando enfrentamentos bélicos, e com o passar do tempo, com as sociedades mais evoluídas e organizadas, violando direitos individuais, trabalhistas e ambientais. Para poder evitar este tipo de enfrentamento e tentar soluções através de meios pacíficos foram criadas uma série de normas que passaram a se denominar “Direito”.

A preocupação da sociedade com as consequências dos conflitos originados através das relações comerciais, que com o tempo se aprofundaram cada vez mais ao ponto de atingir os direitos fundamentais dos indivíduos ou de grupos de pessoas por incumprimento de normas trabalhistas, provocando desemprego, separações familiares e finalmente violência urbana e atualmente, destruição do meio ambiente de maneira generalizada deu lugar à evolução do direito a fim de resolver, ou tentar resolver estes conflitos através de formas pacíficas.

A criação de leis para poder regular as relações entre as pessoas físicas e jurídicas é uma responsabilidade do Estado Nacional Moderno através do Poder competente (Legislativo), as mesmas que, uma vez publicadas e em vigor, se tornam obrigatórias, imperativas e coercitivas em todo o território nacional, para todos os indivíduos que o habitam (Princípio da Territorialidade).

A normatividade e o procedimento legal aplicado por cada Estado através do sistema judiciário, com cumprimento obrigatório, e muita demora na justiça, muitas vezes, não consegue solucionar o conflito através do diálogo e à participação de uma terceira pessoa com capacidade de mediar no conflito, porque sempre haverá um *ganhador e um perdedor*, dificilmente se chegará a uma solução horizontal *ganhador-ganhador* e pior ainda quando o conflito envolve pessoas físicas e jurídicas de diferentes Estados, com sistemas normativos e institutos de direito diferentes, com características próprias e também soberanos territorialmente.

Justamente, por causa deste tipo de conflito, muito comum nas relações comerciais internas e externas, principalmente quando se trata de comércio e transporte marítimo que envolve relações entre indivíduos (importador, exportador, armador, comandante, tripulação, mercadoria, navio, poluição, porto, meio ambiente marinho), foram criadas uma série de formas de solução de disputas desde a Antiguidade até os dias de hoje, alguns autores afirmam que existem mais de quarenta formas de solução de disputas.

Entre as formas de solução de disputas, podemos mencionar a Arbitragem, a Negociação, Conciliação, Mediação, *Fact Finding*⁴, entre as partes envolvidas, de maneira voluntária, muitas vezes, sem a participação do Estado, em outras, autorizadas pelo próprio Estado com o compromisso de homologação da sentença ou do resultado por parte deste último.

⁴ Meio auxiliar na negociação, mediação ou adjudicação realizado mediante a utilização de um perito, neutro, selecionado pelas partes, com o objetivo de encontrar e clarear fatos. É meio auxiliar na negociação, mediação ou adjudicação (SERPA, 1999, p.90)

Atualmente, para indicar as diferentes formas de solução de conflitos, sem a intervenção do judiciário, se utiliza o termo ADR ,que, como afirma Maria de Nazareth Serpa (1999, p.80),foi inicialmente utilizado nos Estados Unidos como sigla para *Alternative Dispute Resolution*, expressão reservada para designar todos os processos de resolução de disputas sem intervenção de autoridade judicial. Cada ADR possui uma característica ou uma técnica de solução de conflitos, que no fim, tem por objetivo solucionar a crise (situações caóticas, negativas, sem esperanças) provocada pela relação comercial, evitando a violação do direitos fundamentais dos indivíduos e procurando atingir a paz social. (SALES, 2007, p.93).

Como dito por Lilia Maia de Moraes (SALES, 2007, p.38) a paz social para alguns significa não existir violência física, assassinatos, roubos ou guerras. Outros incluem nessa lista a violência moral, ou seja, a difamação, a calúnia, a injúria ou varias outras formas de agressão moral. Neste sentido, pretendemos analisar neste trabalho, uma forma de solução de conflitos utilizada nas relações provenientes da atividade marítima e portuária, a mediação - sendo a navegação a forma mais antiga de transporte de mercadorias e passageiros - sob uma ótica que seja abrangente à proteção dos direitos humanos.

O planeta terra é composto por mais de 70% de água, disposta em rios, lagos, oceanos, baías etc., esta característica fez com que o ser humano, desde os tempos antigos, tenha utilizado estes recursos em benefício próprio, para efeitos de integração social, pesca, alimentação, transporte, defesa, comercio e desenvolvimento . O controle destes espaços deu lugar a uma série de conflitos cujo resultado violento e negativo afetava diretamente as pessoas, acarretando uma serie de violações aos seus direitos individuais e coletivos.

O transporte marítimo pode ser considerado como o mais utilizado nas relações comerciais num mundo globalizado onde as políticas de mercado passam a ser priorizadas, ao extremo de incorrer em permanentes violações às normas trabalhistas das tripulações, destruição do meio ambiente marinho por derramamento de óleo ou diferentes tipos de substancias químicas altamente poluentes, transformando-se em incidentes marítimos que acabam violando os deveres fundamentais dos indivíduos, uma vez que a prioridade é o interesse econômico e consequentemente o lucro.

Um método alternativo utilizado para a solução de conflitos no âmbito das relações comerciais marítimas é a mediação, mesmo quando se trata da solução de conflitos como consequência de um contrato internacional ou de vendas marítimas.No mundo globalizado, Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

constatada a inexistência de um tribunal ou instância mercantil de âmbito mundial, a mediação vem se consolidando como via fundamental na resolução de litígios emergentes das relações de comércio internacional.

A MEDIAÇÃO

A mediação é uma forma alternativa de resolução de conflitos, na qual uma terceira parte, desinteressada, se esforça para ajudar as partes em conflito a chegar a uma solução. Pode ser utilizada ainda como mecanismo auxiliar ao processo judicial⁵, nos quais o resultado fica na dependência de homologação judicial. Como afirma Ricardo Goretti (2012), é desejável que o mediador tenha domínio das técnicas de negociação.

Desde 1993, o *Wall Street Journal* deu crédito às empresas privadas pelo sucesso da mediação, já que os escritórios de advocacia não tinham incentivo em trocar litígios de anos de duração por uma solução rápida. No Direito Marítimo, os mesmos princípios se aplicam. (ELDEN; ZIEBARTH, 1999).

Outros fatores do sucesso da mediação podem ser reconhecidos na busca por amortecer os obstáculos e dificuldades de resolução de um conflito pela via judiciária. Os custos, entraves e a morosidade trazem a tona a necessidade de uma acesso à Justiça mais eficaz, efetivando um direito fundamental. Na Flórida, por exemplo, dados locais apontaram uma relação entre a mediação e a redução de até 70% de questões levadas à Justiça, no final do séc. XX. (SANTOS, 2012, p.128).

Como procedimento, a mediação busca o fim de um conflito instaurado. Para que tenha uma maior eficácia, deve se orientar por princípios capazes de tornar a negociação razoável, quais sejam: voluntariedade; consensualidade; não-adversariedade; autoridade dos mediados; imparcialidade; confidencialidade; flexibilidade e informalidade.

- Por voluntariedade entende-se o livre arbítrio de participação e permanência durante todo o processo mediador. A vontade do participante não pode ser condicionada por pressões externas. Presume-se que o sujeito opte pelo procedimento para solucionar o conflito de forma pacífica, por meio de uma argumentação livre, condicionado

⁵ Importante principalmente em casos que envolvam direitos indisponíveis, portanto, irrenunciáveis e não passíveis de transação. (SANTOS, 2012, p.156).

unicamente à sua razão. Entendemos aqui, ainda, a presença do princípio da consensualidade, no qual os sujeitos, voluntariamente, devem orientar a mediação para atingir uma solução que satisfaça as necessidades de ambas as partes da melhor forma possível.

- Da não adversariedade retiramos a necessidade da disposição para a cooperação. A parte deve ter consciência, no processo, de que há um campo médio, razoável, a ser atingido. A expectativa de simplesmente vencer e trazer para si todos os ganhos e benesses é contrária ao espírito da mediação.
- Da autoridade dos mediados se reconhece a livre determinação dos mesmos. O mediador auxilia o processo, mas quem legitima as decisões são os próprios mediados. Esse processo de autocomposição é importante no reconhecimento das decisões tomadas. As partes devem ter consciência de estarem acordando com base em argumentos nos quais foram coautoras.
- A imparcialidade é um princípio que deve orientar o mediador. Indica uma equidistância entre os interesses das partes envolvidas, uma postura desinteressada em tomar partido. A imparcialidade não impede uma leitura da situação de fato, das desigualdades envolvidas e da capacidade de usar um juízo de equidade⁶ se necessário. Não se deve confundir o esforço em manter-se equidistante do mito da neutralidade, presente na visão positivista de construção de ciência.
- Sob o princípio da confidencialidade o mediador assume o compromisso de manter as informações discutidas sob sigilo absoluto. Nada que tenha sido discutido durante a mediação será levado ao conhecimento de terceiros. O caráter privativo da mediação, a boa-fé envolvida são a base estrutural de uma mediação sólida e duradoura.
- O Princípio da flexibilidade e informalidade indica o caráter teleológico da mediação. Com o objetivo de atingir o consenso, sob a égide dos princípios acima citados, cabe as partes, com o uso de uma razão prática⁷, deliberar sobre os meios mais adequados para acabar com o conflito. A forma de resolução toma segundo plano (desde que respeitados os princípios básicos), permitindo uma adequação melhor da situação para atingir a satisfação das partes envolvidas.

⁶ Equidade compreendida no sentido aristotélico, ou seja, na adequação de normas gerais ao caso concreto, como um juízo capaz de dobrar a Lei.

⁷ Aristóteles afirma que a razão prática lida com o que é contingente e variável. É a razão prática que oferece orientação sobre como agir bem numa dada circunstância, e o que muda em circunstâncias diferentes, procedendo desse modo a uma escolha deliberada e racional. (ARISTÓTELES, 1973).

Como afirma Ricardo Goretti Santos (2012), importante lembrar que a mediação opera num determinado contexto histórico, político e territorial. O procedimento deve, desta forma, ser coerente com os ordenamentos jurídicos sob os quais as partes operarem. Como meio de autocomposição e solução alternativa de conflitos, não seria razoável utilizar de procedimentos incompatíveis com a legislação vigente.

ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO

Observados os princípios, fica aberto um caminho razoável, econômico e célere que oferece aos interessados uma possibilidade de serem autores de suas próprias decisões, respeitando o acesso à Justiça e a duração razoável do processo. A questão importante, compreendendo a mediação, é definir quando ela mostra como procedimento mais adequado na resolução de um conflito:

- Quando há duas ou mais partes ligadas por relacionamentos continuadas, que se perpetuam no tempo;
- Quando os conflitantes compartilham de algum grau de responsabilidade pelo estado do conflito e, por esta razão, intencionam o controle sobre o resultado do conflito;
- Quando as partes não têm a intenção de compor o conflito de maneira adversarial, por preferirem a tentativa prévia do consenso;
- Quando os envolvidos desejam manter a situação de anonimato, privacidade e confidencialidade, por precisarem de oportunidades para desabafar e expor seus posicionamentos;
- Quando as partes não se posicionarem em situação de extremo desequilíbrio de poder;
- Quando a origem do conflito decorre de falhas de comunicação entre as partes;
- Quando for privilegiada a minimização de custos e de celeridade na resolução da disputa. (SANTOS, 2012, p.157).

A MEDIAÇÃO E O DIREITO MARÍTIMO

O Direito Marítimo se apresenta como campo fértil para a aplicação da mediação como forma para solucionar conflitos. Não há nenhum impedimento à sua aplicação, considerados os princípios e a adequação da situação concreta.

Considerando que a mediação permite que as partes sejam autoras do resultado do conflito, oferecendo ainda uma solução célere e desburocratizada, é de indiscutível ganho para os interessados não depender das formas tradicionais de acesso ao judiciário.

Sob uma ótica geral, está a ideia da mediação em pleno acordo com os Direitos Humanos, como reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu preâmbulo: "Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações" (DECLARAÇÃO..., 1948).

Sob uma ótica mais específica, na área marítima, há previsão explícita na legislação pátria a respeito da possibilidade de resolver conflitos por meio de mediação.

A Lei 10.233, que Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, regula diretamente a possibilidade de resolver conflitos de forma pacífica:

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: [...]

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a **conciliação** e a arbitragem;

Art. 39. O contrato de permissão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: [...]

XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo **conciliação** e arbitragem; (BRASIL, 2001, grifo nosso).

Vale notar que o reconhecimento expresso pela legislação pátria não configura rol taxativo. A mediação pode ser proposta em qualquer situação que cumpra com os critérios de adequação já discutidos.

No âmbito internacional, podemos citar a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1997):

Artigo 279.º

Obrigação de solucionar controvérsias por meios pacíficos

Os Estados Partes devem solucionar qualquer controvérsia entre eles relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção por meios pacíficos, de conformidade com o n.º 3 do artigo 2.º da Carta da Nações Unidas e, para tal fim, procurar uma solução pelos meios indicados no n.º 1 do artigo 33.º da Carta.

A busca por meios pacíficos, entre Estados soberanos, é a melhor solução para manutenção da paz, incentivo ao comércio e harmonia no ambiente internacional. A legislação não apenas permite, mas encoraja que os conflitos sejam resolvidos de forma pacífica sempre que possível. A paz e harmonia são de interesse de toda a humanidade, não apenas das partes envolvidas.

Animados do desejo de solucionar, num espírito de compreensão e cooperação mútuas, todas as questões relativas ao direito do mar e conscientes do significado histórico desta Convenção como importante contribuição para a manutenção da paz, da justiça e do progresso de todos os povos do mundo; [...]

Reconhecendo a conveniência de estabelecer por meio desta Convenção, com a devida consideração pela soberania de todos os Estados, uma ordem jurídica para os mares e oceanos que facilite as comunicações internacionais e promova os usos pacíficos dos mares e oceanos, a utilização equitativa e eficiente dos seus recursos, a conservação dos recursos vivos e o estudo, a protecção e a preservação do meio marinho; (CONVENÇÃO..., 1997)

Percebe-se, assim, com clareza, o espaço da mediação no Direito Marítimo pátrio e internacional. É forma eficaz e deve ser almejada sempre que seu uso for possível, permitindo uma construção de uma sociedade internacional humana, equitativa e solidária.

ARISTÓTELES: JUSTIÇA COMO MEIO TERMO, AÇÃO CONSCIENTE E EQUIDADE

Como forma de complementar a compreensão dos princípios norteadores da ação mediadora, consideramos adequada a teoria da justiça aristotélica. O filósofo grego, ao tratar de justiça, a inclui dentro da teoria das virtudes éticas, ou seja, aquelas virtudes que buscam tornar o homem excelente na vida em comunidade.

Uma característica central da virtude ética está no fato de sua origem e desenvolvimento. As virtudes éticas não são meras faculdades inatas ao ser humano, mas o resultado de um "hábito", de uma práxis. Para adquirir uma virtude, a pessoa precisa aprender e

praticar. É praticando atos de justiça que uma pessoa se torna justa, praticando atos de moderação que uma pessoa se torna moderada (ARISTÓTELES, 1973, p.137). Não há virtude sem prática.

A justiça é uma virtude ética que contém em si todas as virtudes de uma comunidade. Como toda virtude, ela deve ser um equilíbrio entre um excesso e uma falta. O vício se constitui tanto no excesso de uma ação (a prodigalidade, por exemplo) como na falta (a mesquinhez). No meio-termo, no equilíbrio, encontra-se o virtuoso (o generoso).

De forma geral, a ação justa requer a voluntariedade da parte. Por livre deliberação, ela opta por um caminho de ação justo e equilibrado: "uma pessoa age injustamente ou justamente sempre que pratica tais atos voluntariamente". (ARISTÓTELES, 1974, p.207). Só é possível extrair de uma mediação um resultado justo de as partes estiverem livres para deliberar. Sendo a decisão o resultado de uma ação comunicativa, a construção coletiva do resultado deve ser o produto de uma razão não condicionada. O princípio da voluntariedade e da consensualidade tornam-se, assim, indispensáveis para uma mediação justa.

Dentro da teoria da Justiça, Aristóteles estuda uma acepção particular do termo. A justiça que governa as transações voluntárias (apenas estas são relevantes ao presente estudo) é chamada de justiça particular corretiva, e é pertinente em todas as transações patrimoniais entre as partes. Nas transações particulares, o que caracteriza uma negociação justa é o equilíbrio patrimonial antes e após a relação: "A justiça corretiva, portanto, será o meio-termo entre perda e ganho". (ARISTÓTELES, 1974, p.200). Na mediação, é importante a não adversariedade. Caso a parte pense em ganhar, trazer para si o máximo e deixar para o outro o mínimo, suas ações não podem ser compreendidas com base em uma justiça corretiva, pois os resultados apontarão sempre um desequilíbrio na decisão.

Por fim, nesta breve exposição, será considerada a equidade em Aristóteles. O conceito não deriva de uma igualdade propriamente dita, mas de uma legalidade. A equidade é a capacidade, o juízo, capaz de adequar a lei ao caso concreto. É sabido que as leis gerais nem sempre são adequadas para aplicação em casos específicos. Nenhum legislador pode prever o futuro, e a própria linguagem contém limites em sua capacidade de construção de sentido.

Assim, Aristóteles reconhece a necessidade de dobrar a lei ao caso concreto, quando necessário, para que ela atinja seu objetivo: "Então o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade". (ARISTÓTELES, 1974, p.213).

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

O princípio da informalidade e flexibilidade é efetivado, na mediação, por meio de um juízo equitativo, no qual, visando o objetivo a ser alcançado, a forma assume lugar secundário.

Com a exposição, fica demonstrado como a Teoria da Justiça de Aristóteles pode oferecer um aporte teórico aos princípios da mediação, assim como aos argumentos trazidos durante o procedimento.

DIREITO FUNDAMENTAL A RAZOAVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A natureza da mediação, a desburocratização da resolução de conflito e sua celeridade estão em plena sintonia com os conceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Ao reconhecer a mediação, há busca pela eficácia na prestação jurisdicional e defesa aos Direitos do Homem.

A EC 45/04, alterou a redação do artigo 5 da Constituição, assegurando a todos, como Direito Fundamental, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo: " LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Como afirma Daury Fabriz:

Devido à grande proximidade de sentido e significância que encerram essas expressões, cuidaremos, primeiramente, dos direitos fundamentais [...] sem prejuízo, no decorrer da presente explanação, do emprego das denominações direitos do homem, direitos humanos e direitos humanos fundamentais, tendo em vista a íntima relação entre esses direitos, considerando-se ainda a sua essencial indivisibilidade. (2012, p. 187).

CONCLUSÃO

Foi considerado no trabalho o conceito da mediação e de sua adequação ao âmbito marítimo. Após analisada a eficácia dessa forma alternativa de resolução de conflitos, observou-se que a Teoria de Justiça de Aristóteles é instrumento capaz de dar substância ética aos argumentos aduzidos durante um processo de mediação. Por fim, percebeu-se que a busca global da humanidade por uma convivência pacífica e harmônica aponta a mediação como instrumento apto a ser usado em nome dos Direitos Humanos, inclusive na área marítima.

Desta maneira, podemos concluir que, os métodos alternativos de solução de conflitos, em especial a mediação, são práticas utilizadas pelas pessoas físicas e jurídicas para facilitar as suas relações e praticas comerciais , aproveitando as suas vantagens de rapidez e confidencialidade entre outras, assim como tendem a evitar a violação de direitos, promovendo o avanço da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973, v.4.

BRASIL, Lei nº 10233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 jun. 2001.

CONVENÇÃO das Nações Unidas sobre Direito do Mar. 14 out. 1997. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/ISA/convencao_NU_direito_mar-PT.htm>. Acesso em: 28 out. 2014.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 28 out. 2014.

ELDEN, Rodney M; ZIEBARTH, Irene E. **DOES MEDIATION HAVE A PLACE IN INTERNATIONAL MARITIME DISPUTES?**. Disponível em: <<http://www.maritimelawcenter.com/html/mediation.html>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

MARTINS, Octaviano; MARIA, Eliane. **Curso de Direito Marítimo**: vendas marítimas. 2. Ed. atual. E ampl. Barueri: Manole, 2013.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

A NEGOCIAÇÃO COMO MÉTODO ADEQUADO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DERIVADOS DE MANIFESTAÇÕES SOCIAIS

Lavínia Cavalcanti Lima Cunha¹
Fábio Silva Calheiros da Rosa²

RESUMO:

A constância de movimentos sociais na sociedade brasileira gera inúmeros conflitos que, quando há tentativa de solução, via de regra, ocorre pela aplicação da força. A partir do estudo de princípios constitucionais como a solução pacífica dos conflitos, intervenção mínima e respeito aos direitos humanos, defende-se o uso da negociação pelo Estado como alternativa ao uso da força para solução de conflitos causados por manifestações sociais. Serão comparadas a aplicação da força, a negociação e a mediação na resolução dos conflitos, com o objetivo de se verificar qual dos métodos se apresenta mais eficiente. Analisar-se-á ainda a formação do agente interventor e os obstáculos para difusão dos métodos autocompositivos.

PALAVRAS CHAVE: Movimentos Sociais, Poder de Polícia e Negociação.

ABSTRACT

The constancy of social movements in Brazilian society generates many conflicts that when there is an attempt to remedy, usually occurs by the application of force. From the study of constitutional principles such as peaceful conflict resolution, minimal intervention and respect for human rights, defends the use of negotiation by the State as an alternative to the use of force to resolve conflicts caused by social manifestations. Will compare to the application of force, negotiation and mediation in conflict resolution, in order to verify which method appears more efficient. It will also analyze the formation of the intervening agent and the obstacles to the dissemination of autocompositive methods as an effective measure to solve the social conflicts.

KEYS WORDS: Social Movements, Police Power and Negotiation.

INTRODUÇÃO

O processo de intervenção estatal em manifestações sociais requer cuidados especiais por se tratar de um procedimento delicado que envolve grande número de pessoas e enfrenta vários aspectos legais. O conflito surge pela existência de interesses contrapostos durante a

¹ Professora de Mediação da Universidade Federal de Alagoas. Mestra em Ciência Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Advogada e Mediadora. Autora de publicações nacionais e internacionais.

² Bacharel em Direito. 1º Tenente da Polícia Militar do Estado de Alagoas.

ocorrência de uma manifestação social, de um lado temos o direito de reunião e de livre manifestação do pensamento, do outro o direito de locomoção e o de fazer uso do patrimônio, todos garantidos pela Constituição Federal de 1998 (CF/88). Nesse conflito de interesses surge o Estado com a obrigação de manter a ordem pública e a necessidade de garantir os direitos de todos os envolvidos.

O ente público tem a obrigação de agir visando harmonizar estes interesses da melhor maneira possível, podendo fazer uso de suas prerrogativas legais, inclusive a força policial. Inobstante o uso da força ser aceito legalmente, para restabelecer a ordem através da imposição, é de difícil controle e pode acarretar violência estatal.

Ao intervir, o Estado deverá seguir diretrizes, contidas na própria CF/88, relacionadas à dignidade da pessoa humana, criadas para impor limites às ações estatais e proteger o cidadão.

A negociação realizada em locais de manifestações surge, então, como possível ferramenta estatal para resolução dos conflitos, por ser um método que pode ser aplicado antecipadamente ao uso da força, possuindo grande potencial de atingir solução pacífica e eficiente para a lide.

A negociação vista como meio de resolução de divergência causada por movimentos sociais será analisada com o objetivo de verificar sua eficiência nesses conflitos, principalmente em comparação aos outros métodos comumente utilizados pelo Estado e outros métodos extrajudiciais.

Este artigo demonstra sua importância por ter o potencial de exibir a negociação como uma importante ferramenta de justiça social, capaz de se alinhar com os princípios constitucionais mais nobres e de preservar os bens jurídicos mais relevantes quando aplicada junto aos movimentos sociais

1. A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONFLITOS SOCIAIS E OS CUSTOS DO USO DA FORÇA

O Estado possui responsabilidade de intervir diante dos conflitos, inclusive os sociais, em virtude da colisão de direitos fundamentais decorrentes das manifestações sociais³, diante da basilar proibição, em regra, da autotutela nas sociedades organizadas, torna-se dever exclusivo do ente público agir nas citadas situações de riscos à ordem, para restabelecimento da harmonia entre os grupos.

Os agentes que representam o Estado, normalmente, visualizam superficialmente o problema buscando uma solução rápida e imediata para o conflito, o que pode gerar consequências bem mais graves quando comparadas a outros resultados possíveis, oriundos de uma maneira de agir diferente, que verificasse o real interesse dos manifestantes.

O que se percebe é que existe pouca ou nenhuma preocupação por parte dos agentes sobre o porquê da manifestação, sobre qual o motivo que a desencadeou e sobre uma possível solução que atendesse essa demanda. Há apenas uma preocupação no imediato, ou seja, na irregularidade que está sendo causada e na obrigação de suprimi-la; há uma busca em punir quem reclama e isso causa ainda mais indignação por parte dos manifestantes e, conseqüentemente, gera o agravamento da situação.

³ Manifestações sociais diferem de meras aglomerações de pessoas, reunidas sem finalidade ou com o fim de provocar tumulto ou delitos, como turbas, por exemplo, que não possuem motivos reivindicatórios discutíveis, que não detém uma causa definida, onde o único propósito é violência e desordem, tal qual aquelas realizadas por torcidas organizadas de times de futebol, que depredam o patrimônio quando saem dos estádios e chegam ao cúmulo de combinar encontros em redes sociais para brigarem entre si, ou o chamado rolezinho, que também é uma reunião de pessoas, combinada por rede social, para o comparecimento geralmente em locais privados, não para se expressar ou reivindicar um anseio, mas para causar baderna, desordem e pequenos delitos.

O movimento social difere destas aglomerações por ter um fim, geralmente embasado em direitos já existentes, que estes grupos possuem e que muitas vezes não são observados, tanto pelos governantes quanto por outras camadas sociais. Por vezes o objetivo é justamente buscar um novo direito ou modificá-lo. São exemplos de movimentos sociais: as manifestações realizadas na década de 60 e 70 contra a ditadura militar, os movimentos pela reforma agrária e por moradia e até as manifestações mais recentes ocorridas no Brasil, dos chamados “black blocs”, onde grupos, utilizando-se de estratégias como uso de máscaras e roupas da cor preta, expressaram sua insatisfação na forma com que está sendo aplicado o dinheiro público no país pelos atuais governantes, alegando uma prioridade nos investimentos para a realização de eventos como a Copa do Mundo de futebol e Olimpíadas em detrimento dos serviços básicos que devem ser fornecidos para a sociedade, protestando também contra a má qualidade de serviços públicos, a exemplo do transporte, e ainda, contra o aumento da passagem de ônibus.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

A opção pelo uso do aparato estatal, realizada de maneira impositiva, geralmente é acompanhada de um grande ônus que desfavorece a população afetada pela manifestação, os próprios manifestantes e ainda o Estado. Imposições e ordens, desferidas contra um grupo mobilizado, podem levar à desobediência, acarretar resistência, desencadear o vandalismo e muita violência por parte dos manifestantes.

Assim, os transtornos trazidos pela intervenção estatal podem superar aqueles gerados pela própria manifestação, principalmente em locais com grande quantidade de pessoas, manifestantes ou transeuntes. Os manifestantes podem sofrer danos físicos diante do emprego de gás lacrimogêneo, munição de borracha, bombas. Terceiros poderão ser atingidos por estarem próximos ao local de tumulto, seus bens poderão ser danificados, os agentes públicos também podem se machucar diante da resistência dos manifestantes.

A história nos mostra que em muitos casos de conflitos sociais falta às autoridades bom senso para a melhor dosagem na aplicação da força, acarretando abuso de poder, tanto na modalidade desvio de finalidade que, segundo MEIRELLES (2010, p. 114/115), “verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.”, quanto, e principalmente, na modalidade excesso de poder, que como mostra CARVALHO FILHO (2010, p. 51), “é a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa. Nesse caso ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu”. Eldorado dos Carajás, Corumbiara, o período da ditadura e os alguns episódios de manifestações que ocorreram no ano de 2013 no Brasil exemplificam muito bem essa crítica feita às autoridades interventoras.

Optando pelo uso da força em detrimento de outros meios de resolução, os órgãos estatais responsáveis pelo restabelecimento da ordem, especialmente as polícias militares, contribuem para a ratificação da imagem predominantemente repressiva de seus agentes, herdada desde a época do regime militar e não digerida até hoje por muitos cidadãos que compõem a população brasileira, diante das limitações e imposições que viveram os brasileiros naquela época.

Os órgãos de segurança pública possuem um potencial e responsabilidades bem amplas, por serem os agentes estatais que primeiro se deparam com os conflitos que surgem entre as pessoas e entre os grupos, porém, muitas vezes agem aplicando a lei de forma cega e

irrazoável, imprimindo a força e vencendo pelo temor aqueles que põem em risco a dita ordem pública. Mesmo o uso recente de pelotões ninja⁴ agem dessa maneira.

A polícia não deve ser sinônimo de repressão e sim de prevenção e solução. Existem outros meios que podem se adequar muito bem aos casos de conflitos sociais antes do uso da força que fariam, se bem sucedidos, evitar o confronto e a necessidade de medidas extremas que geram muitas críticas e arranham a imagem dos órgãos de segurança pública e, conseqüentemente, do Estado democrático de direito.

A ação baseada na força requer superioridade e isso não é nada barato; exige o emprego de uma grande quantidade de agentes policiais devidamente subsidiados por uma boa logística.

A imposição da ordem pela força requer a utilização de efetivo devidamente treinado com o emprego de equipamentos de proteção individual, o provável uso de animais e armamentos especiais, intitulados de baixa letalidade (como granadas de efeito moral, lacrimogênicas, spray de pimenta, munição de borracha), veículos, o que onera bastante os cofres públicos. A violência desencadeada pela ação baseada na força gera ainda vítimas: policiais, manifestantes e terceiros que precisam ser medicados, ou seja, mais gastos dessa mesma violência. Decorre também a degradação do patrimônio público e particular localizado no perímetro do conflito.

Na evolução da ocorrência ainda há necessidade de utilização da polícia judiciária, Ministério Público e do Poder Judiciário, o que onera ainda mais os cofres e serviços públicos.

A utilização da força policial demonstra-se bastante dispendiosa quando comparado a outro método de resolução disponível ao Estado. O uso da negociação nesses conflitos representa, em sua essência, o princípio do acesso à Justiça, compreendido no seu âmbito material, de acesso à ordem jurídica justa.

⁴ Desde o início de 2014, a polícia de São Paulo iniciou uma nova estratégia de ação, para evitar o uso de armas de borracha. Trata-se de policiais desarmados, especializados em artes marciais, que aplicam golpes. O grupo ficou conhecido como pelotão ninja e foi considerado como exitoso.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

2. OS MÉTODOS TRADICIONALMENTE USADOS PELO ESTADO NA INTERVENÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS - UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Estado brasileiro é regido pelo princípio da eficiência, disposto no *caput* do art. 37 da CF/88. Esse princípio obriga os órgãos públicos a aperfeiçoarem suas ações de forma a obter o melhor resultado possível com o mínimo de ônus para a sociedade e para a máquina administrativa, sem se descuidar da legalidade dos atos. MEIRELLES (2010, p. 98) explica que o princípio da eficiência

exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Sendo assim, o princípio da eficiência deve também ser considerado quando o Estado age na intervenção dos conflitos sociais, pois se deve buscar a melhor maneira de resolver as divergências: a mais eficiente, a mais vantajosa para o Estado e para a comunidade.

Foi visto que opção de resolução mais tradicionalmente utilizada pelo Estado na resolução de conflitos sociais busca a imediata incriminação dos manifestantes a partir das irregularidades cometidas por eles, tem foco voltado principalmente para o problema que está sendo causado e para responsabilização e punição dos causadores, tem pouca ou nenhuma preocupação com o motivo real que gerou a manifestação, ou seja, com a demanda dos manifestantes, e ainda, recorre insistentemente em usar a força para solucionar a controvérsia, o que se demonstra economicamente oneroso, violento, desagregador e propiciam o cometimento de abusos. Em resumo: totalmente ineficientes.

Além de todo esse ônus, o Estado, ao optar de imediato pelo uso da força, corre o sério risco de resolver o problema apenas de forma parcial, momentânea, pois não observa minimamente a demanda dos manifestantes, ou seja, como não aprecia o motivo das manifestações, nem ao menos o discute, corre sério risco de enfrentar novas manifestações pelas mesmas causas, visto que as pessoas continuam com suas demandas, continuam interessadas em externá-las e resolvê-las, gerando a reincidência dos conflitos sociais, o que reforça mais ainda a tese de ineficiência estatal ao optar por essa forma costumeira de agir diante de um conflito social.

Não se questiona aqui a importância da tutela jurisdicional e do poder da força pertencentes ao Estado. Em momentos críticos de violência e desordem é a força que vai restabelecer a ordem e a tutela jurisdicional que de forma definitiva poderá resolver o conflito; o que é inconcebível é a utilização como primeira opção desse meio coativo, que para os casos citados é acompanhado de vários efeitos colaterais, considerando que existe outro meio de agir, mais amigável, harmonioso, pacífico e menos dispendioso para o Estado e para a comunidade, que deveria ser pelo menos tentado.

O Estado, como já observado, possui outra opção para resolução dos conflitos sociais, baseada na tentativa de autocomposição, realizada através de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos..

3. A MUDANÇA DE PARADIGMA – OS MÉTODOS EXTRAJUDICIAS

Em um conflito social, diante da necessidade de intervenção por parte do Estado, alternativamente à opção imediata pela tutela jurisdicional para a resolução da lide, existe a possibilidade de utilização dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos são opções simples e informais de solução dos problemas que ocorrem entre as pessoas. Servem como alternativa à utilização da justiça estatal e têm como propósito principal o foco na solução da controvérsia, de modo rápido, satisfatório, pacífico, que preserva as relações das partes e colabora ainda para desafogar o poder judiciário.

Eles vêm se consolidando como ferramentas eficazes pelo potencial que possuem de facilitação ao acesso à justiça e também diante dos vários entraves encontrados para utilização do sistema judicial convencional, que acabam afastando as pessoas da busca pelos seus direitos.

Quando observada a possibilidade de aplicação dos métodos extrajudiciais na resolução de conflitos sociais, percebe-se que, além da busca pela justiça e do descongestionamento do judiciário, há outro fator muito importante que estimula a aplicação desses métodos em detrimento dos tradicionalmente utilizados pelo Estado: a substituição do uso da força pelo diálogo, visando o convencimento e empoderamento das pessoas para o restabelecimento da ordem.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Ao analisar as singularidades do conflito oriundo de manifestações e a possibilidade de aplicação de métodos extrajudiciais para sua resolução, verifica-se que, considerando os demais métodos mais destacados, como mediação, conciliação e arbitragem, tornam-se totalmente impraticáveis.

A arbitragem seria inviável, pois primeiro teria de haver a concordância, pelo próprio princípio da autonomia da vontade, para sua realização. Posteriormente, seria necessário uma extensa negociação sobre os termos do compromisso arbitral, para, então, ser iniciado um processo que terminaria por decidir o vencedor, mas sem nenhuma aplicabilidade ao Estado, o que só agravaria o conflito.

A mediação e a conciliação igualmente não se fazem indicadas. As dificuldades se iniciam na própria escolha do mediador ou conciliador, na medida em que não se pode escolher um traseunte, pois além de não ser capacitado, poderia ser parcial, na medida em que poderia ser interessado diretamente.

Há de se considerar também que o fator tempo tende a agravar a crise na medida em que evolui, aumentando os prejuízos para os terceiros, a insatisfação e sensação de inoperância do Estado para todos. Por isso, acordar quanto à figura do mediador que vier a deter a confiança das partes já levaria, por si só, bastante tempo, que seria acrescido pelo fato de que se teria que esperar sua chegada ao local, o que agravaria o conflito.

Além disso, a pressão da multidão e o próprio local impediria a criação de um ambiente propício para opiniões divergentes e a aplicação das técnicas pelo mediador ou conciliador, especialmente a não interrupção.

A mediação, assim, apesar de representar um excelente método de solução conflito, não é o mais indicado para solução de conflitos durante as manifestações sociais. No entanto, caso fosse instituída uma política de mediação prévia, que fosse aceita culturalmente no Brasil, de forma a que os interessados requeressem a solução de conflitos coletivos a determinado órgão capacitado, não haveria necessidade de manifestações para reivindicar direitos básicos e a mediação realmente poderia o método mais indicado.

4. A UTILIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO NO CONFLITO SOCIAL

Pode-se dizer que a negociação é uma das formas mais primitivas e naturais de resolução de divergências. As pessoas negociavam antes mesmo da existência de qualquer aparato jurisdicional e negociam até hoje. Independentemente de consciência, todos os indivíduos negociam em algum momento de suas vidas, pois a negociação é inerente à vida social. Negocia-se no âmbito familiar, na escola, na vida profissional, no comércio. A negociação se apresenta como parte essencial da experiência humana em conviver em grupo. Tão grande é a abrangência da negociação, que, como bem aponta SANTOS (2008, p. 104):

Trata-se de um método primário, voluntário, informal de resolução de controvérsias, destinado a condução de conflitos diversos, que vão de pequenos e rotineiros desentendimentos como a escolha do programa dominical entre os membros de uma família, a questões mais complexas, embora não menos comuns, de natureza internacional, empresarial ou trabalhista.

A negociação como método extrajudicial é o mecanismo de solução de conflitos caracterizado pelo diálogo entre os envolvidos, com o fito de obterem a satisfação de interesses aparentes ou ocultos, sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador. A negociação apresenta-se como uma ferramenta de interação humana que busca o entendimento diante de uma divergência, visa um resultado que seja minimamente satisfatório para as partes que divergem.

A negociação cumpre o papel de alicerce dos demais métodos extrajudiciais, pois suas técnicas e princípios estão presentes em todos os demais métodos extrajudiciais, de tal maneira que, para mediar, conciliar ou ajustar os termos que definirão a arbitragem há obrigatoriamente a necessidade de negociação.

Sendo algo tão intrínseco ao ser humano e, para própria convivência em grupo, não parece ser absurda a ideia do Estado negociar diante de um conflito social, principalmente para evitar o agravamento do conflito e impedir que o mesmo chegue a uma situação intolerável, onde o diálogo não mais surte efeito e só a força funciona como solução.

4.1 FUNDAMENTOS DA NEGOCIAÇÃO PELO ESTADO

O Estado tem um interesse claro no encerramento do conflito, visando cumprir seu papel maior: a preservação da ordem e a proteção dos indivíduos que o compõe. A negociação é o instrumento mais indicado para encerrar o conflito.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Pode soar estranho sugerir a negociação como iniciativa do ente público, por ser uma medida de resolução bastante informal e por ter o Estado suas ações orientadas pelo princípio da legalidade, porém, há de se considerar que tais ações irão ocorrer em momento oportuno do conflito, anterior ao cometimento de delitos tipificados, mais especificamente no momento em que se caracterizar a colisão de direitos fundamentais, situação que, no caso específico do conflito social, não coincide necessariamente com cometimento de crimes, sendo mais importante para o Estado encerrar a crise do que propriamente punir responsáveis.

O uso da negociação pelo Estado poderia se antecipar as manifestações, agindo proativamente, informando-se sobre estas demandas, convidando os grupos insatisfeitos à mesa de negociação, expondo suas posições e condições, ouvindo a demanda e sugerindo uma possível solução para o caso, tudo isso antes dos conflitos. Poder-se-ia evitar maiores prejuízos, pois inibiria as ações reativas.

Os últimos episódios de manifestações sociais ocorridos no Brasil, em meados de 2013, que se estenderam por praticamente todo território nacional, exemplificam as graves afetações geradas pela ação reativa do Estado, o estopim destas manifestações foi, sem sombra de dúvida, o aumento das passagens de ônibus em R\$ 0,20 (vinte centavos), ocorrido no Estado de São Paulo. Tais eventos ocorreram claramente pela irredutibilidade inicial do prefeito da cidade de São Paulo, Fernando Haddad, do PT, que foi categórico em afirmar que o aumento estava estabelecido e era inegociável.

Não restou alternativa para os insatisfeitos senão as manifestações, o que acarretou a imposição estatal e o uso da força para inibir os conflitos, o vandalismo, depredações, prisões, violência física e muitos outros transtornos para a sociedade, como decorrência dos fatos. Diante da situação caótica que se apresentava, sem perspectivas de melhora, o Prefeito acabou recuando em sua posição, revogando o preço da passagem, voltando atrás em sua decisão.

Imagine então, outra forma de agir diante desse mesmo problema, supondo hipoteticamente que o prefeito da cidade paulistana, ciente da insatisfação popular com o aumento da passagem e diante dos informes de possíveis manifestações, viesse a convidar para uma audiência pública toda a sociedade e os movimentos que se organizavam para reivindicar, visando discutir o aumento da passagem, que tal audiência ouvisse a população e os grupos, que iriam expor suas opiniões e sugestões, que a prefeitura também pudesse exprimir suas posições, ou seja, para que todas as partes pudessem negociar.

Tivesse tal audiência chegado a um acordo ínfimo para o aumento da passagem em apenas R\$ 0,05 (cinco centavos), poderia ter evitado ou minimizado toda a desordem desencadeada, e todos os prejuízos. Os ganhos para o os envolvidos e para os cofres públicos poderiam ser superiores aos decorridos da posição adotada pela prefeitura. Vislumbra-se então que a negociação pode ser positiva em casos semelhantes.

No caso ideal de conflito resolvido pela negociação, o que se busca é exatamente evitar o cometimento de ilícitos e prejuízos pelo encerramento anterior da lide e encerrar a crise de forma pacífica e eficiente, se comparada às outras opções disponíveis. Aliás, a legislação brasileira possui vários dispositivos que orientam para ações pacíficas.

4.1.1 Princípio da solução pacífica dos conflitos

No preâmbulo da Magna Carta de 1988 está contido o compromisso expresso da República Federativa do Brasil, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Conforme é possível observar:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com **a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (negritos nossos)

Fugindo das divergências que envolvem o valor do preâmbulo como norma constitucional, certo é que tais diretrizes expressam a ideologia do poder constituinte e sua orientação quando da confecção das novas normas, inclusive as constitucionais, conforme afirma FERREIRA (1989, p. 3) “o preâmbulo é uma parte introdutória que reflete ordinariamente o posicionamento ideológico e doutrinário do poder constituinte”.

O artigo 4º da CF/88 também deixa claro que o Brasil reger-se-á pelo princípio da solução pacífica dos conflitos em suas relações internacionais. Sobre o objetivo de tal princípio comenta BULOS (2010, p. 509), “busca-se com esse princípio extirpar medidas violentas ou coativas, a fim de garantir a prevalência dos direitos humanos entre os povos”.

Ora, seria um imenso absurdo negar a extensão de tais princípios às relações do Estado no âmbito interno, ou seja, ao trato do poder público nos conflitos internos, ocorridos

diante da população brasileira. Não se concebe a ideia de que o Estado brasileiro, ao se relacionar com povos estrangeiros tem a obrigação de preservar e buscar a paz sempre que possível, mas poderia tratar de forma violenta o seu próprio povo, elemento da composição do Estado.

O princípio da solução pacífica dos conflitos, portanto, deve existir em todas as relações do Estado brasileiro, o que o obriga a procurar a alternativa mais pacífica e o método mais adequado, dentre os disponíveis, para intervir nos conflitos, uma vez que promover a paz, não se trata de opção, mas de obrigação do Estado.

Com a intervenção impositiva, que acarreta no emprego da força, claramente o ente público não estimula nem promove ações de paz, pelo contrário, fomenta e produz a violência, provoca e frustra os manifestantes, o que culmina em reações mais intensas e negativas, geralmente adversas e reprováveis de indignação e resistência, que, como já visto, resulta em vários danos a todos os envolvidos.

A negociação de forma contrária, fomenta o diálogo, o convencimento e a discussão amigável da lide, busca a manutenção de uma relação saudável entre as partes e procura um resultado que seja minimamente satisfatório para todos, preservando a paz. A negociação remete ao diálogo e o diálogo remete a busca pela paz.

4.1.2 Princípio da intervenção mínima do direito penal

Presente implicitamente na Constituição Federal o princípio da intervenção mínima, que implica que o Direito penal só é aplicável e deverá intervir quando os outros ramos do Direito se mostrarem ineficazes para solução do conflito, o Direito penal é a *ultima ratio* do sistema jurídico, ou seja, a última opção.

Sobre o surgimento do princípio da intervenção mínima do direito penal comenta NEVES (2009):

Dentro desse contexto, nasce a preocupação em estabelecer-se um Direito Penal Mínimo que acima de tudo respeite, de forma objetiva, o direito à vida e à liberdade, ou seja, um Direito Penal assentado nas máximas garantias constitucionais, sobretudo nos princípios basilares advindos, expressa ou implicitamente, da Carta Magna, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, da ofensividade, da insignificância, princípio da legalidade, o princípio da intervenção mínima, dentre tantos outros.

Em se tratando de conflitos sociais está constatado que os efeitos decorrentes da imposição estatal visando o restabelecimento da ordem levam, com grande probabilidade, à necessidade do uso da força e a consequentes prisões. Em outras palavras, leva a utilização do Direito Penal para a resolução da lide. Sabe-se que a outra opção disponível, no caso a negociação, pode resolver o conflito bem antes do agravamento da lide, antes da necessidade de se efetuarem prisões, o que evitaria o uso desta prerrogativa extrema.

Dessa forma, tendo o Estado uma opção mais branda para resolução do conflito social, não poderá optar o ente público de forma inicial por aquela que, segundo o próprio princípio da intervenção mínima, deve ser a última opção utilizada, pelo simples fato desta afetar os mais importantes direitos fundamentais dos homens, fica claro que o Estado só deveria usar a força e o Direito penal em casos de conflitos sociais quando não tivesse mais nenhuma outra opção.

A punição oriunda do Direito Penal é bastante crítica; poderá, ao invés de educar os infratores do conflito social (que deveria ser seu objetivo), corrompê-los ainda mais, levando-os à reincidência, ou ainda pior, ao cometimento de crimes mais graves. Sem sombra de dúvida torna-se muito melhor evitar que a divergência chegue a este ponto de incidência criminal, evitando a aplicação de sanções de privação da liberdade.

4.2. BENEFÍCIOS DA NEGOCIAÇÃO E A CONSTATAÇÃO DE SUA EFICIÊNCIA

A eficiência da negociação pode ser realmente confirmada ao ser comparada com o método impositivo da força, costumeiramente utilizado pelo Estado, na resolução de conflitos sociais.

Percebe-se que a negociação estimula a iniciativa das partes e fomenta o diálogo, ou seja, a comunicação entre os indivíduos. Essa é a chave mestra da convivência em sociedade. Estimulando o diálogo, inibe outras formas de influências, principalmente as baseadas em imposições, que fazem uso de força e violência, as quais devem ser evitadas sempre que possível, pois vão de encontro ao sentimento de liberdade e paz, tão priorizado na Constituição.

Como todo método extrajudicial a negociação contribui para o descongestionamento do poder judiciário, por evitar ações e processos, principalmente criminais, pelo fato de se

antecipar à crise, resolvendo o conflito antes do seu agravamento e do provável cometimento de delitos.

Considerando particularmente os conflitos sociais vale ainda lembrar que no fervor de uma manifestação, onde os ânimos dos envolvidos se acirram e estão escassos vários aparatos logísticos, são poucas as alternativas de resolução de conflito disponíveis para os responsáveis pela aplicação da lei. *In loco* não é possível fazer uso de um mediador ou adiar a questão para horário ou local mais conveniente, por exemplo. A questão precisa ser solucionada o mais rápido possível e de forma satisfatória. Por isso, a negociação demonstra-se valiosa, pois se bem aplicada poderá findar o problema sem maiores prejuízos para os envolvidos, diferentemente do que ocorreria com a outra opção visivelmente palpável neste casos, que é o uso da força.

Mesmo sem a certeza do sucesso no processo de negociação, a mera escolha deste método em detrimento de outros mais rápidos, ou seja, a simples opção por negociar, psicologicamente já denota uma sensível consideração das autoridades aos direitos da pessoa humana, por externar um interesse pela solução pacífica, pela via do diálogo, demonstrando que não quer tratar o outro lado como inimigo. Trata-se de forma mais inteligente de resolução, com foco no resultado e não na pessoa, um dos principais princípios da negociação.

Desta forma, optando pela negociação, o ente público consegue aumentar suas chances de preservar uma boa relação tanto com a população que se manifesta quanto com os terceiros prejudicados pelo evento, pois consegue finalizar a ocorrência com menores efeitos colaterais, evitando o desapontamento com o ente estatal e cumprido com maior eficiência o seu papel, o que caracteriza, sem dúvida, uma demonstração que mesmo em uma situação crítica, o Estado se preocupa em preservar as garantias fundamentais do cidadão.

Preservando o indivíduo o Estado salvaguarda também sua imagem, diante da sociedade que se torna, com razão, cada vez mais exigente, pois está cada vez mais consciente dos seus direitos, primando assim por dignidade e repudiando arbitrariedades. Optando pela negociação, o Estado evita também sua própria degradação.

Até em relação aos aspectos logísticos a negociação supera o uso da força quando aplicada em casos de conflito social, o efetivo para formar uma equipe de negociação é bem diminuído. A equipe de negociação deve estar apoiada somente por equipes de contenção, para evitar que o conflito se alastre, em termos de equipamento para este efetivo não será

necessário nada além dos meios para o deslocamento ao local, inclui-se ainda telefone e algum equipamento de áudio e vídeo para o registro da ocorrência, além do EPI (equipamento de proteção individual).

Diferente é o que ocorre com a opção de resolução pelo modo violento, onde os gastos são consideravelmente maiores, pois o uso da força exige superioridade física plena para sua aplicação, e para isso é necessário indubitavelmente um maior efetivo e uma logística mais apurada que a do oponente, o que onera mais ainda os cofres públicos para se chegar a um resultado muito menos eficiente.

Para solucionar um conflito hipotético gerado por uma manifestação de um grupo de pessoas que ocupam uma praça pública, por exemplo, e precisam ser retiradas pelo uso da força, seria necessário no mínimo o emprego de um pelotão de choque com, pelo menos, 26 homens muito bem equipados, com escudos, capacetes, cassetetes, proteção para pernas, joelhos, antebraços e cotovelos, munidos de armamentos de baixa letalidade (como granadas de efeito moral, lacrimogêneas, fumígenas e munição de borracha), além de veículo de transporte reforçado (contra vandalismo) e apoio de tropa à retaguarda para rescaldo (para evitar possíveis reorganizações de manifestantes que foram dispersados).

De qualquer maneira, o uso da força gera nervosismo e desespero aos manifestantes, provocados pela aplicação da munição de baixa letalidade, e pelo combate corpo a corpo entre agentes e os envolvidos, este desespero provoca antes do restabelecimento da ordem, mais desordem, incluindo-se aí vasto prejuízo patrimonial, tanto do local da ocorrência quanto do aparato policial, sem considerar ainda possíveis gastos médicos que podem ser necessários aos feridos, tudo isso não é bom para o Estado, não é bom para terceiros, próximos do local da ocorrência, muitos menos será para os manifestantes.

4.3 RESULTADOS OBTIDOS COM A NEGOCIAÇÃO

Como exemplo do sucesso que a negociação vem obtendo na resolução dos conflitos sociais é possível citar a experiência alagoana realizada pelo Centro de Gerenciamentos de Crises, Direitos Humanos e Polícia Comunitária da Polícia Militar de Alagoas (CGCDHPC), esta unidade especializada, criada em meados de 1997, tem entre seus objetivos⁵:

⁵ Extraído do documento Cartilha Básica para novos Integrantes do CGCDHPC, fornecido pela PMAL, em 23 de setembro de 2012.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

- a) antecipar-se, preventivamente, ao emprego da tropa regular nos conflitos urbanos e rurais, seqüestros, rebeliões, motins e outras formas de manifestações criminosas com presunção de desdobramento de violência;
- b) conduzir negociações, de modo a garantir a aplicação da lei sem o emprego da força e sem deformação da dignidade humana.

Ao longo do tempo, as ações para resolução de conflitos sociais realizadas pelo CGCDHPC com o uso da negociação foram gradativamente diminuindo a necessidade do emprego de tropa (de choque) e consequente uso da força na resolução de conflitos sociais.

Só para citar um exemplo, de 874 (oitocentos e setenta e quatro) resoluções de conflitos, ocorridas de março de 1999 até dezembro de 2012, relacionadas à reintegração de posse, somente em 16 (dezesseis) foi necessário realizar o emprego da tropa de choque para findar o conflito, o que representa um percentual de apenas 2% (dois por cento) de ocorrências resolvidas pelo uso da força e, conseqüentemente, pelo uso de violência e 98% (noventa e oito por cento) com uso da negociação, ou seja, através do diálogo⁶.

O mapa gráfico do CGCDHPC mostra ainda muitos outros resultados que exprimem a eficiência da negociação na resolução de conflitos sociais, a qual faz aumentar o número de resoluções pacíficas e inibe a necessidade do emprego da tropa regular na resolução dos conflitos sociais. Isso demonstra que o investimento e especialização de agentes públicos para lidar habilmente com manifestações sociais podem atingir resultados muito satisfatórios e eficientes, que claramente se alinham mais fortemente com as diretrizes constitucionais vigentes.

4.4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO USO DA NEGOCIAÇÃO PELO ESTADO

Nenhum método de resolução de conflitos é perfeito ou pode ser utilizado para todas as situações. Acima de tudo é preciso averiguar se se trata de caso adequado para a negociação.

A negociação, como todo método extrajudicial é falível, pode não resultar no objetivo desejado. No mais, ninguém é obrigado a negociar ou a aceitar um acordo, depois de uma negociação, de tal maneira todo trabalho de negociação corre o risco de ser realizado em vão e isso é uma das críticas que se faz ao processo de negociação em local de conflitos sociais.

⁶ Fonte CGCDHPC, extraído do documento Mapa gráfico do CGCDHPC, fornecido pela PMAL, em 23 de setembro de 2012.

Verdadeiramente não há obrigação em autocompor, o único meio de solução que tem força para impor a decisão é a aquele oriundo da jurisdição Estatal, como bem ensina CALMON (2008, p. 41) “a jurisdição é estatal, institucionalizada por meio de órgão próprios, cercada de garantias e provida de poder suficiente para dizer o direito e impor suas decisões”.

Porém a negociação, quando realizada por profissionais, tem um bom grau de aproveitamento, tornando sua tentativa válida, sem contar os benefícios que traz quando bem sucedida, a negociação até quando falha traz um benefício para o Estado: a garantia de que os meios pacíficos foram tentados antes da utilização de qualquer meio violento, e isso justifica a opção em tentar negociar.

Outra crítica à negociação se origina da constatação que a este método pode se tornar uma forma de resolução muito mais lenta que a intervenção por via da força. Tal demora condiciona-se a disposição ou não em negociar dos manifestantes e todo o diálogo necessário que antecede o acordo satisfatório entre o movimento e os representantes da autoridade estatal, pelo próprio decurso do tempo necessário, pode prejudicar o direito de terceiros, alheios ou não, aos problemas dos manifestantes.

É certo que quanto maior for o tempo gasto na negociação, provavelmente maiores serão os prejuízos dos terceiros envolvidos, mas estes certamente estariam relacionados a questões patrimoniais ou do exercício da liberdade de locomoção. No entanto, não se pode autorizar a afetação de bens jurídicos mais relevantes apenas para acelerar a solução do conflito. Neste caso, os fins não justificariam os meios.

Além de ser antiético adotar tal postura seria totalmente desproporcional, pois os meios aplicados pelo Estado devem possuir a medida necessária para atingir o fim, se está disponível um meio mais propício, não será devido utilizar outro mais oneroso.

Assim, se há possibilidade de negociar e se este meio de solução possui várias vantagens em relação ao outro disponível, ponderando entre fins e meios, não há como optar inicialmente pelo uso da força, pois seria desproporcional. O uso da força só terá respaldo para sua utilização imediata, se estiverem em risco os mesmos bens jurídicos que ele pode afetar.

A terceira crítica sustenta que a negociação não resolve os prejuízos dos terceiros envolvidos no conflito, visto que a autocomposição exclui os mesmos do processo. Realmente, as condições do acordo realizado para solução da lide envolve, na sua maioria, o interesse dos
Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

manifestantes (sua demanda) e o do Estado (restabelecer a ordem), esquecendo-se geralmente dos prejuízos inerentes aos terceiros que foram afetados pela manifestação.

Porém torna-se necessário ressaltar que a outra maneira de agir do Estado também não se preocupa com esta reparação. O Estado costuma impor a ordem, usar a força para dispersar os manifestantes e prender os resistentes e isso não colabora para a reparação dos terceiros, pelo contrário, corre-se um sério risco de prejudicá-los ainda mais, pela proximidade física que estão do conflito.

A tutela jurisdicional cível está disponível para todos os cidadãos brasileiros; sentindo-se lesado, qualquer pessoa poderá procurar o judiciário para ser restituído, a reparação civil a partir de decisão judicial só se realizará mediante provocação, de acordo com o que reza o art. 2º do Código de Processo Civil. Isso será possível tanto nos casos em que o Estado venha agir pela negociação quanto pela imposição. O direito dos terceiros envolvidos não será prejudicado em nenhuma das alternativas de resolução, basta que estes o requeiram mediante as formalidades legais.

Ademais, pelo fato da negociação ser informal, permitindo a inclusão de condições diferenciadas para atingir seus objetivos, será possível que o Estado, por iniciativa própria, possa trabalhar, entre as suas condições para a realização do acordo, uma reparação que poderia diminuir os prejuízos dos terceiros, algo que pela via jurisdicional só seria possível após requerimento e um processo, muitas vezes demorado. Citamos como exemplo um movimento que rompe uma cerca para invadir uma propriedade e protestar. No momento da negociação os agentes estatais podem tranquilamente colocar como condição para um acordo o conserto da referida cerca, onde tal reparação tornar-se-ia muito mais rápida e eficiente. Assim fica demonstrado que esta crítica também não fundamenta a inaplicabilidade da negociação em local de conflito.

4.5. OBSTÁCULOS À NEGOCIAÇÃO

Os métodos extrajudiciais para resolução de conflitos, principalmente aqueles que se utilizam da autocomposição, enfrentam no Brasil duros obstáculos que precisam ser transpostos para sua plena aplicação. SANTOS (2008, p. 108, 204 e 219), tratando mais especificamente da mediação, separa esses obstáculos em três naturezas distintas.

O primeiro é o informativo-educacional, que “consiste na carência de informações da sociedade brasileira – não excluídos aqui, os profissionais do direito – sobre os propósitos ou mesmo a existência do aludido instrumento de pacificação de conflitos”. Como bem menciona o autor, os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos ainda não atingiram um grau de conhecimento e esclarecimento pleno diante da sociedade brasileira, não só entres os leigos, mas também entre profissionais e estudantes do Direito. Neste ponto ainda há muito trabalho a ser feito para a assimilação dos métodos dentro de nossa sociedade.

O segundo obstáculo é o político-legislativo, que “encontra fundamento na inexistência, em nosso ordenamento jurídico, de uma legislação especificamente destinada”, afinal, poucas leis são voltadas para os métodos extrajudiciais, tornando-os inseguros por boa parte da sociedade. Por obstáculo jurídico-cultural, entendemos o império da cultura do litígio sobre o da pacificação coexistencial dos conflitos, tradição ainda sustentada pela sociedade brasileira, que, mesmo afetada pelos ingredientes constitutivos da crise nacional de administração da justiça, aparenta não ter superado o insustentável hábito de, prioritariamente, buscar na cada vez mais inacessível via jurídico-processual, soluções heterocompositivas para suas controvérsias, sem antes dar chance ao exercício do diálogo, do amadurecimento e de um processo construtivo de solução do conflito.

4.5.1. A pouca difusão da negociação

A negociação é bem difundida no ramo do direito internacional, sendo bastante utilizada para questões que envolvem conflitos entre Estados. Porém, diante de conflitos internos, mesmo com a constatação de alguns resultados positivos, falta ainda qualificar profissionais no Brasil para uso desta ferramenta e divulgar esse método de solução de conflitos, com o objetivo de massificá-lo.

É fato que os agentes responsáveis pelas intervenções em conflitos sociais, que geralmente fazem parte da polícia ostensiva, principalmente a militar, possuem carência em treinamentos voltados para a negociação, com exceção de algumas equipes especializadas.

Verifica-se que a polícia fardada é muito mais orientada e treinada para constatação de ilegalidades e aplicação do uso da força, o que condiciona o policial a optar pela aplicação do meio de resolução mais impositivo, por estar mais capacitado e confortável, ignorando outros

métodos menos incisivos de intervenção, que poderiam funcionar muito bem em casos de conflitos sociais.

Ressalte-se ainda que muitas destas instituições que formam o policial não acompanharam a evolução liberal da sociedade, mantendo métodos arcaicos de formação, treinando os policiais para agir de forma instintiva. Esta rusticidade do ambiente militar acompanhada do estresse que sofre o profissional de segurança pública durante sua atividade, ajudam a insensibilizar ainda mais o agente estatal, produzindo ações frias e metódicas, baseadas num condicionamento de guerra.

Lentamente esse cenário vai sendo alterado. Em alguns estados da federação vem sendo inseridas na grade curricular dos cursos de formação de soldado disciplinas de policiamento comunitário e mediação de conflitos. Porém, para a plena mudança de cultura seria necessária a aplicação de mais políticas públicas de incentivo à utilização deste e de outros métodos de resolução autocompositivos, bem como capacitações continuadas.

4.5.2 A falta de um protocolo para aplicação do uso da força

Parte do excesso de poder cometido pelo Estado brasileiro ocorre pela falta de um protocolo capaz de regular adequadamente a progressão do uso da força pelos agentes estatais. Há uma superficialidade da legislação brasileira em relação a este aspecto. Se estivesse devidamente regulado, tentativas de resolução de conflitos, através de métodos pacíficos, poderiam obrigatoriamente anteceder meios impositivos de resolução, tal qual o uso da força, isso, além de propiciar resoluções mais adequadas, respaldaria o próprio uso da força quando necessário.

É necessário considerar o poder que conteria a nova norma e as consequências de seu descumprimento, não se pretende aqui alegar que a legislação de nosso país não se orienta pela aplicação proporcional do uso da força, longe disso, existem, além do conteúdo constitucional, vários trechos legais que se alinham perfeitamente a este sentido, no Código de Processo Penal temos o artigo 284 e o artigo 292, que orientam o emprego da força somente quando indispensável e o emprego dos meios necessários para defesa própria ou para vencer resistência, há ainda a Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, prevendo várias sanções para as autoridades que cometerem abusos. No

âmbito internacional encontramos os Princípios Básicos Sobre o Uso da Força e Armas de Fogo Pelos Funcionários Responsáveis Pela Aplicação da Lei, que apesar de não possuírem força de lei, consistem em recomendações da ONU para seus Estados membros, sugerindo o uso proporcional da força nas ações estatais de cada país, quando necessário for intervir em questões internas de conflitos.

Porém, visivelmente, falta objetividade no tratamento legal que existe sobre o uso gradual da força, considerando que não há sequer sugestões que sequenciem um rol de ações a serem seguidas pelos agentes estatais em locais de conflito, as quais serviriam verdadeiramente como um protocolo, uma receita obrigatória a ser seguida, que, quando bem executada, respaldaria a legalidade das ações dos agentes e, quando não, demonstraria claramente o cometimento de abusos.

Neste rol de ações deveriam estar inclusos inquestionavelmente meios não-violentos antecedentes ao uso da força, tais quais a negociação e outras ações de convencimento, se mal sucedidas estas ações seriam seguidas por outras persuasivas, intimidatórias (de efeito moral), que inibiriam a resistência antes do cometimento real de qualquer ato violento pelo Estado e pela outra parte, falhando estas alternativas, somente assim o Estado poderia fazer uso da força física contra os cidadãos. Porém até hoje não houve no país esta preocupação em regrar taxativamente a gradação do uso da força utilizada pelo Estado, estando esta gradação fragilmente dependente da subjetividade de quem a aplica.

Para exemplificar o que ocorre hoje poderíamos citar um caso hipotético de reintegração de posse, no qual a parte derrotada ciente da sentença se recusasse a cumprir a determinação de forma expressa, porém pacífica, nesta situação o Estado já possuiria o respaldo necessário para utilizar a força, com o objetivo de retirar esta pessoa do local determinado, retornando a posse da propriedade a quem de direito, e é esta opção adotada em muitas situações reais, similares a do exemplo. Poderia, porém, caso existissem orientações mais bem definidas de gradação do uso da força, tentar, através de pessoas capacitadas, convencê-lo a sair ao invés de preferencialmente forçá-lo a sair, o que seria mais econômico, eficiente e, principalmente, mais humano.

Não que o Estado esteja proibido de negociar, mas também não está obrigado. Isso tem que mudar.

CONCLUSÃO

O conflito social, causado por manifestações, demonstra-se um evento bastante crítico e preocupante para o Estado, pois envolve uma grande quantidade de pessoas, com boa possibilidade de confronto, execução de atos ilegais e prejuízos para vários dos envolvidos. Há vários direitos em choque, que necessitam de uma harmonização por parte do ente público, o qual tem como um de seus papéis mais proeminentes o de propiciar segurança.

O Estado tem a obrigação de agir nos casos de conflito social, para restabelecer a ordem e garantir o exercício dos direitos que se encontram em risco, entre eles reincidentemente visíveis afrontas ao direito de reunião, o de expressão, o direito de locomoção e o de patrimônio.

O método tradicional de resolução de conflitos causados por manifestações sociais foca-se nos problemas causados pelos manifestantes e pouco nos problemas vividos por eles. O uso da força é baseado na constatação dos ilícitos durante o conflito e na imposição imediata da ordem, o que constantemente desencadeia violência, facilita o cometimento de abusos, é demasiadamente caro, não se alinha com os preceitos constitucionais vigentes que priorizam os direitos humanos e a solução pacífica dos conflitos e, ainda, não resolve definitivamente o conflito, tornando-se ineficiente como primeira alternativa de intervenção.

Em contrapartida, a negociação apresenta-se como um interessante método de intervenção em conflitos causados por manifestações sociais, devendo ser utilizada de forma anterior à força estatal, pois baseada no diálogo e na busca dos interesses. Respeita fielmente os princípios constitucionais, como o da proporcionalidade, do acesso à justiça e da intervenção mínima, do direito penal, ao mesmo tempo em que não coloca outros bens jurídicos em risco, como a integridade física e não requer vasto aparato para sua aplicação.

A mediação, apesar de representar um excelente método de solução conflito, não é o mais indicado para solução de conflitos durante as manifestações sociais. No entanto, caso fosse instituída uma política de mediação prévia, que fosse aceita culturalmente no Brasil, de forma a que os interessados requeressem a solução de conflitos coletivos, sem a necessidade de manifestações para reivindicar seus direitos, a mediação seria o método mais indicado.

Por fim, é possível concluir que a cultura e a legislação atuais não estimulam plenamente o uso da negociação em locais de conflito sociais. A ação a ser adotada depende, ainda, quase que exclusivamente da subjetividade do agente e do órgão interventor que interpreta a Constituição, o que leva muitas vezes a falhas. Assim, tornar-se-ia importante a adoção de políticas públicas capazes de estimular a utilização dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, entre eles a negociação e a mediação nos termos acima, o que colaboraria para obtenção da justiça de forma mais rápida, eficiente, pacífica e constitucional.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**. 23^a edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: A negociação de acordos sem concessões**. 2^o edição, Rio de Janeiro: Imago, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36^a edição, São Paulo: Malheiros, 2010.

NEVES, Nayara Magalhães. Princípio da intervenção mínima no direito penal. **Clubjus**. Brasília-DF: 26 jun. 2009. disponível em:

<<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.24387>>. Acesso em: 18 out. 2013.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à justiça e mediação: Ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos**. Dissertação de Mestrado. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2008.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

VARELA, Maria Silveira da Rocha Nowicki. O princípio constitucional da intervenção penal mínima. **EJEF**. Belo Horizonte: 2011. disponível em: <www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/312011.pdf>. Acesso em: 18 out. 2013.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

A MEDIAÇÃO PODE SER “ENSINADA” NO CURSO DE DIREITO?

CAN MEDIATION BE “TAUGHT” AT THE LAW SCHOOL?

Delton R. S. Meirelles¹
Isabela Dantas²

RESUMO

A mediação ressurgiu nos últimos tempos, diante da crise de legitimidade da jurisdição como detentora do monopólio da administração de conflitos. Como reação, o Judiciário incorpora e institucionaliza a mediação a partir de seu discurso monológico, adaptando-a a seu projeto de manutenção de poder. O presente trabalho busca analisar, com base em reflexões interdisciplinares (Psicanálise, Sociologia e Direito), se e como a mediação poderia ser incluída na graduação em Direito. Verificou-se que é fundamental inseri-la nos projetos pedagógicos (disciplina optativa, atividades complementares e prática no núcleo), porém abrindo-se espaço para uma nova cultura de diálogo, em que seja possível aos futuros operadores do Direito reconhecer diferenças, pluralidade de Justiça e a autonomia. Para tanto, as faculdades não apenas devem se afastar do modelo de mediação imposto pelo Judiciário, como principalmente rever suas estratégias e se permitir novas experiências, para deixar de ser cursos de “gradeação” de idéias.

PAVAVRAS-CHAVE: Mediação. Ensino jurídico. Discurso.

ABSTRACT

Mediation reappears lately in consequence of the crisis of the jurisdiction's legitimacy as owner of the conflict management monopoly. As a reaction, the Judiciary incorporates and institutionalized mediation from their monologic discourse, adapting it to its project for maintaining power. This paper aims to analyze, based on interdisciplinary reflections

¹ Professor adjunto do Departamento de Direito Processual (SPP/UFF), do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF) e do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF). Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Direito (UERJ).

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF). Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF). Psicanalista participante da Escola Letra Freudiana. Advogada.

(Psychoanalytic, Sociology and Law), if and how mediation could be included in Law School. It was verified that it is essential to be inserted in the pedagogical projects (as an optional subject, complementary activities and practical course), but opening space itself for a new culture of dialogue, in which the future professionals of law will recognize differences, plurality of Justices and autonomy. For this, the Law Schools must not only move away from the mediation model imposed by the judiciary, but mainly revise their strategies and enable new experiences, to stop being courses of "griduation" ideas.

KEYWORDS: Mediation. Legal education. Speech.

Sumário. Introdução. 1. Breves considerações sobre a mediação no cenário de crescente judicialização e eficiência administrativa estatal. 2. Mediação como proposta alternativa e emancipatória. 3. Mediação nos Cursos de Direito. 3.1. A mediação pode ser “disciplinada”? 3.2. Mediação como saber interdisciplinar. 3.3. Mediação como disciplina curricular. 3.4. Mediação como prática. Conclusão

A mediação pode ser “ensinada” no Curso de Direito?

“Quem exerce o poder? Onde o exerce?”³

(Michel Foucault)

INTRODUÇÃO

A mediação está na ordem do dia, seja pelos movimentos comunitários de reconhecimento de suas próprias formas de administração de conflitos, seja pelas políticas públicas de incorporação destas demandas e/ou de reformas do Judiciário. Ainda que o Direito não detenha o monopólio sobre este saber, esforça-se para manter sob seu controle e fiscalização a administração dos conflitos, razão pela qual se torna vital que os cursos de graduação debatam sobre a incorporação da mediação em seus projetos pedagógicos.

A partir das exigências oficiais, especialmente a Resolução CNE/CES n° 9/04 e os instrumentos de avaliação do Ministério da Educação, analisar-se-ão as possibilidades da sua inserção durante o bacharelado em Direito, verificando-se em que medida seria possível ao

³ FOUCAULT, Michel, DELLEUZE, Gilles. *Os intelectuais e o poder*, p. 45.

curso contribuir para a construção de uma cultura de diálogo e mediação – não mais de litigiosidade – entre os futuros profissionais deste campo. Certamente que estas diretrizes não constituem a única forma de se pensar um curso de Direito, muito menos garantem o “melhor” ensino, mas serão utilizadas aqui como parâmetro para reflexão de como (e se é possível) inserir o tema da mediação em um projeto pedagógico.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MEDIAÇÃO NO CENÁRIO DE CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO E EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA ESTATAL

Ao longo das últimas décadas, lutas sociais travadas no Brasil levaram à conquista da garantia de direitos fundamentais, que nortearam a elaboração da Constituição de 1988 no contexto do processo de democratização pelo qual passava o país naquela época. Nessa nova ordem que se estruturava, a vulnerabilidade econômica e social na qual se encontrava o Brasil, sem respaldo de políticas públicas consolidadas que garantissem o exercício desses direitos fundamentais, aliada a um cenário mundial de franca ascensão capitalista e o apoio financeiro internacional, levou à adoção de políticas econômicas neoliberais que exigiram, reflexamente, a estruturação de um modelo processual neoliberal.

Com propostas de valorização do acesso à Justiça⁴, reformas no Judiciário e no Processo Civil, em nome de uma pretensa aplicação social do Direito, incentivou-se um protagonismo judicial que visasse à proteção de interesses de escopo metajurídico (político, social e econômico), que, afinal, se desdobrou em um significativo incentivo à litigiosidade, uma aplicação do Direito voltada aos interesses de uma sociedade dominada pelo Mercado⁵ – em detrimento dos direitos humanos –, e um ativismo judicial que vem redundando em uma judicialização das relações sociais e da política (atrelada à politização do Judiciário), criando um espaço simbólico onde o ideal de democracia se desloca do Estado para o Judiciário.

⁴ Ressaltando-se que não apenas no sentido dado à obra fundamental de Cappelletti & Garth (como diagnóstico da incorporação das políticas públicas de Acesso à Justiça nos países centrais na Era do *Welfare State*), como na crítica feita por Boaventura de Sousa Santos (*Pela mão de Alice. O social e o político na transição pós-moderna*) e Eliane Junqueira (“Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo”) acerca deste processo em nosso país.

⁵ Entre outros, destacam-se os estudos de Antoine Garapon, especialmente em seu texto com Julie Allard (*Os juízes na mundialização*), abordando o papel dos magistrados no processo de globalização nos últimos anos, e de como estes enfrentam o *soft power* do Mercado e a manutenção do poder jurisdicional.

Observa-se o que Dierle Nunes classifica como “privatização da cidadania”⁶, onde o aumento da atuação judicial visa à produtividade, esvaziando o papel formador de decisões individualizadas. A sumarização da cognição e a defesa da rapidez procedimental a qualquer preço, aliada à formação de magistrados e demais operadores do direito já inseridos nesse contexto, que visa atender imperativos do Mercado, põe em jogo a aplicação e garantia dos direitos fundamentais.

Neste cenário, em que a posição prevalente no Judiciário prioriza interesses econômicos por meio da valorização da eficiência, da celeridade e visando uma previsibilidade que garanta a segurança jurídica daqueles que têm poder de compra, faz-se necessário o questionamento desse discurso pseudo-socializador, o qual vem justificando o protagonismo judicial e acarretando uma desumanização do processo mais recentemente, incentivando a prática da mediação para desafogamento do Judiciário, e uma profunda reflexão sobre a formação dessa nova geração de operadores do Direito.

Para além das recentes mudanças, é importante observar que as políticas monopolizadoras do Judiciário não chegam a causar surpresa. Segundo as palavras de Boaventura de Souza Santos⁷, o lugar do Direito e da Justiça no mundo, historicamente, sempre foi o da justificação da pilhagem, o da garantia de legitimidade à concentração de recursos e poder nas mãos das classes dominantes. O primado de violência vem sendo mantido pelo Direito através da justificação da violência – violência legalizada⁸. E ao contrário do que possa parecer ao senso comum, este não é um tema exclusivo do debate penal e de políticas criminais, e sim transversal a tudo o que envolva a intervenção do Estado nas relações privadas: seja nos conflitos entre o próprio Poder Público e seus administrados, seja nos conflitos particulares judicializados por um dos envolvidos.

No texto “Considerações Atuais sobre Guerra e Morte”, Freud já refletia, em 1915, sobre o que encobre o poder emanado pelo Judiciário: “*O Estado proibiu ao indivíduo a injustiça, não porque quisesse abolí-la, mas porque pretendia monopolizá-la, como o tabaco e o sal*”⁹. A cultura vigente é a da litigiosidade, e uma mudança dessa lógica exige uma grande

⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático – Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*, p 159.

⁷ SANTOS, Boaventura de Souza, Palestra “O que seria uma revolução democrática da justiça?”.

⁸ Vale lembrar o clássico conceito weberiano de que o Estado pretende o monopólio do uso da força, e que cabe ao Direito regulá-lo.

⁹ FREUD, S. *Considerações Atuais sobre Guerra e Morte*, p. 316.

transformação no campo da educação¹⁰, especialmente no que pertine à formação dos futuros operadores do Direito.

Muito tem se refletido sobre a formação nas faculdades de Direito voltada para práticas adversariais e o surgimento da mediação como uma prática colaborativa de administração de conflitos, que pode propiciar o desenvolvimento de uma “cultura de paz”. No entanto, pensar na transmissão de um saber implica no reconhecimento de que o campo da linguagem abre em sua dimensão subjetiva um espaço simbólico onde as contradições entre enunciado e enunciação pode gerar efeitos totalitários de poder. O campo do discurso e do conflito é a linguagem. Uma transformação na ordem vigente exige uma implicação de cada sujeito envolvido no atual processo de “ensinagem”, para que questione o lugar de onde vem sua fala e construa, a partir daí, um novo espaço de aprendizagem mútua e constante, de valorização da palavra, da escuta, do diálogo, onde a diferença possa ter reconhecida sua dimensão humana, não mais se buscando respostas impositivas, verdades míticas ou uma eficiência acadêmica quantitativa, que acaba por atualizar a violência simbólica que se inscreve na sociedade como dispositivo de poder.

2. MEDIAÇÃO COMO PROPOSTA ALTERNATIVA E EMANCIPATÓRIA

A mediação, enquanto trabalho de civilização, ganha força nos EUA nos anos 1960, no movimento de contracultura que, ao contestar o sistema, a interferência violenta do poder estatal na esfera particular, fortalece os métodos comunitários de composição de conflitos¹¹.

Importante observar que talvez em uma estratégia de antecipação, o projeto judiciário em curso no Brasil traz em seu enunciado uma grande preocupação com os sujeitos em conflito, com o restabelecimento das relações humanas e o “empoderamento” das partes. No entanto, em sua enunciação revela o interesse na manutenção de seu protagonismo na administração dos conflitos (ao reivindicar o controle e a fiscalização dos métodos autocompositivos), no monopólio da (in)Justiça, o que faz surgir o questionamento acerca de sua legitimidade e da eficácia (e não eficiência) de seus procedimentos. Como ensina Humberto Dalla, o Poder Judiciário deve ter o monopólio da função jurisdicional, mas não da Justiça, muito menos

¹⁰ No Brasil, destacam-se os estudos críticos de Paulo Freire e Moacir Gadotti, abordando a necessidade de os conflitos serem reconhecidos pela prática do ensino, tanto na *pedagogia do oprimido* quanto na *pedagogia do conflito* (GADOTTI, Moacir; FREIRE, Paulo & GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*).

¹¹ CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

confundir-se com ela¹². Nesse ponto, há que se reconhecer que diversas comunidades e organizações sociais têm formas sábias e simples de resolver problemas, por meio do diálogo, onde realizam um outro modo de administração de conflitos de forma não-violenta¹³. Desta forma, uma política ampla de acesso à Justiça deve incluir a Justiça não oficial sem a oficializar¹⁴, e a mediação de conflitos deveria ser abordada e adotada nos currículos acadêmicos a partir desse prisma.

Todavia, inserida no programa de reformas como uma das “inovações institucionais” propostas por esse modelo neoliberalista, pautado em diretrizes do Mercado, a mediação tem esvaziado seu propósito humanizador e democrático, servindo apenas como mais um instrumento para atendimento à eficiência e à produtividade na administração judiciária.

O movimento político que se observa hoje, no sentido da regulamentação da mediação judicial e extrajudicial, indica a garantia da manutenção do controle, o monopólio da Justiça, através da formalização de práticas comprometidas com metas de resultado, velado por um discurso de valorização das relações humanas, incompatível com o hermetismo do método adotado pelo Conselho Nacional de Justiça para formação de mediadores, agravado pela manutenção da cultura adversarial sustentada pelo discurso monológico presente na transmissão do saber sobre o Direito, que tem efeitos totalitários de poder¹⁵.

O conflito é inerente à natureza humana e, em um estudo sobre mediação, deve ser abordado como algo que pode ser desconstruído pelas partes a fim de restabelecer uma relação social harmônica, com a construção de uma solução baseada no diálogo. De acordo com os estudos de Lawrence Susskind, o que se atinge com a prática da mediação é um pacto de convivência e não de concordância¹⁶. Essa diferenciação é de extrema importância, tendo em vista que o primeiro pacto inclui a possibilidade de manter-se em desacordo, convivendo, ainda que não concordando.

O objetivo da mediação não deve ser um produto análogo à sentença ou mesmo a um acordo: é o alcance do restabelecimento dos canais de comunicação, a abertura de um espaço

¹² PINHO, H. D. B.. “A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro”.

¹³ Entre outros, Oscar G. Chase (*op. cit.*).

¹⁴ Destacando-se Boaventura de Sousa Santos (*Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, entre outros estudos).

¹⁵ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito II, A Epistemologia Jurídica da Modernidade*, p. 354.

¹⁶ SUSSKIND, Lawrence E., CRUIKSHANK, Jeffrey L. *Breaking Roberts Rules – The new way to run your meeting, build consensus, and get results*.

amistoso, não adversarial, onde as partes possam se implicar na busca colaborativa por uma solução, empoderando-se nessa experiência, que poderá transformar, daí para a frente, sua forma de lidar com os conflitos. É um trabalho de reconstrução simbólica que pode promover não só o equacionamento do conflito atual, mas também a conquista de uma autonomia pelas partes, que possibilite a realização de novas escolhas a partir dessa experiência¹⁷.

Embora o discurso sustentado pelo Judiciário para proposta de implementação da mediação como meio alternativo de resolução de conflitos afirme ter o “empoderamento” das partes como um dos objetivos, ao lado do “desafogamento” do sistema, apresenta grande contradição de propósitos, na medida em que ao demandar um tempo maior e não visar um resultado quantificável, a mediação parece não atender ao interesse de desafogamento, ao mesmo tempo em que, ao insistir em regular essas práticas não-adversariais de resolução de controvérsias, revela não haver um real interesse em abrir mão do seu poder em prol dos sujeitos que alega querer ver empoderados.

Neste sentido, exercitar a *mediação* (como prática dialógica) entre os diversos campos do conhecimento na formulação do ensino jurídico pode fazer parte da própria mensagem de coexistência, colaboração e corresponsabilidade fundamentais à transformação da lógica de litigiosidade vigente, a reformulação do Direito e a democratização da Justiça. Há que se promover a valorização da diversidade jurídica, como mola propulsora do pensamento jurídico crítico, e não em um discurso exterior à ciência do Direito mas, ao contrário, devendo ser um nível de sua significação. Para Warat, o pensamento crítico, enquanto autocrítica, pode ter o papel de desconstruir o que chama de “mitologia disciplinar instituída”¹⁸, na medida em que a subjetividade, presente nas contradições e nos equívocos da língua, possa ser reconhecida como parte integrante da produção do conhecimento jurídico.

Há que se atentar para o fato de que o discurso jurídico, mesmo quando traz um pensamento crítico, se constituído como uma engrenagem monológica (lógica objetiva da razão), fechada, se revelará tão totalitária como as formas do saber jurídico que pretende questionar (podendo vir a se tornar tão dogmático quanto o atacado positivismo jurídico, p. ex.). Para que uma ruptura com essa lógica seja possível, há que se reconhecer a divisão que emerge na linguagem e refletir sobre a teoria com a própria teoria nesse espaço semântico. Devemos trazer para o horizonte a dimensão de imaginário que pode estar contida nos ideais de

¹⁷ WARAT, Luiz Alberto (Org.). *Em nome do acordo – a mediação no direito*.

¹⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito II, A Epistemologia Jurídica da Modernidade*, p. 345.

“verdade”, “realidade” e “legibilidade” que estruturam um discurso jurídico, abandonar a busca por uma ordem unívoca e coerente, e deslocar o lugar da verdade para a racionalidade do cotidiano, visando à recuperação do valor político da prática cotidiana¹⁹.

Somente a partir do reconhecimento da violência simbólica contida no discurso jurídico, que opera efeitos de poder sobre os indivíduos, e a escolha pela desconstrução dessa força significativa (pelo “desempoderamento” de quem fala), pode-se liberar a força dos indivíduos, propiciando o advento de sua emancipação. Assim, para a construção de uma Justiça verdadeiramente democrática e emancipatória, é necessário valorizar uma justiça de proximidade, que comece em sala de aula, fortalecendo as dimensões humanas e as relações em comunidade, visando promover transformações múltiplas e recíprocas no Estado, na sociedade e nas instituições. Para que haja reflexos no Judiciário e no Sistema de Justiça, cada sujeito comprometido com a prática e a transmissão do Direito deve buscar sair do isolamento que a fantasia de um saber que é “todo” pode propiciar e promover uma articulação com outras áreas do conhecimento, criando uma cultura de proximidade, com a reflexão constante sobre as melhores formas de garantir o exercício dos direitos fundamentais. A interlocução com movimentos sociais e especial atenção à diversidade, à pluralidade de Justanças existentes, em defesa da aplicação dos direitos fundamentais são medidas que se impõem a esta necessária transformação na cultura jurídica.

3. MEDIAÇÃO NOS CURSOS DE DIREITO

Neste contexto em que o discurso assumido pelo Sistema de Justiça inclui a mediação (tanto como um meio de se desafogar o Poder Judiciário, quanto como pretensa forma de se desenvolver práticas emancipatórias), torna-se importante pensar no papel dos Cursos de Direito neste processo.

Na medida em que a mediação não é monopólio do Direito, nem sua prática restrita a seus atores, importante registrar que vários campos do saber desenvolvem reflexões intensas sobre o tema, como é o caso da Psicanálise, da Sociologia, da Filosofia etc. Todavia, por ter entre seus egressos profissionais indivíduos mais próximos às instâncias de poder (justamente onde a administração dos conflitos se confunde com jurisdição estatal), os Cursos de Direito podem se constituir num *locus* importante para o desenvolvimento de práticas e reflexões

¹⁹ WARAT, Luiz Alberto. Op. cit. (1995), p. 349.

interdisciplinares sobre a mediação que, aos poucos já vem sendo incorporada como componente curricular, seja como matéria incluída em disciplinas obrigatórias ou optativas, seja nos Núcleos de Prática Jurídica ou mesmo como objeto de investigação científica.

Os conflitos são catalisadores e precipitam diversas respostas, sejam de caráter defensivo, sejam objetivando uma aprendizagem. Para Warat, *“qualquer discurso que não procure aprender com o conflito é, no fundo e apesar de qualquer outra aparência, defensivo. (...) As defesas que empregamos para fugir da realidade dos conflitos são sutis e arraigadas. Mudar de uma intenção de defesa para uma intenção de aprendizagem não é nada simples, nem automático”*²⁰.

Uma cultura da mediação, em essência, requer que possamos aprender a repensar o pensamento motivador dos posicionamentos que nos implicam na realidade que criticamos. Por isso, é importante refletir sobre que mediação está sendo falada nos cursos de Direito. Será que o papel das faculdades é capacitar tecnicamente operadores do Direito para mais um “campo profissional”? Esta “capacitação” deverá seguir os parâmetros determinados pelo Conselho Nacional de Justiça, para que os futuros bacharéis venham a ser incorporados mais facilmente por este sistema? Ou será que, mais do que capacitar profissionalmente, os cursos de Direito têm a possibilidade de criar uma cultura de não-violência, incentivando o exercício de práticas não-adversariais de composição de conflitos, fundada não na pacificação artificialmente imposta, e sim no diálogo e na *mediação*?

Caso essas questões nos apontem um caminho novo, talvez a mediação possa ser o próprio caminho, devendo atravessar a universidade enquanto significante (em tantos significados quantos sejam possíveis aos sujeitos envolvidos no processo de transmissão desse saber), em um discurso dialógico. E este conhecimento produzido por meio do discurso dialógico deve ser capaz de levantar as questões e não respondê-las, deixá-las em suspenso. Permitir a implicação do sujeito como parte da questão que pretende responder, abrindo espaço para o acesso autônomo do indivíduo como ator político, abrindo espaço para múltiplas respostas, fazendo do lugar dessa fala um palco para o processo participativo e o exercício da democracia.

²⁰ WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca. O ofício do mediador*, pp. 91 e 93.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

3.1. A mediação pode ser “disciplinada”?

Preliminarmente, um debate que se mostra necessário é o de se saber se a mediação pode ser incluída como uma disciplina curricular, conforme o projeto pedagógico do curso.

Se se tomar por base a etimologia de disciplina como algo que é ensinado (normativa, respeitosa e verticalmente) por um mestre a um discípulo que deve cumprir as regras e obedecer à autoridade legítima²¹, cria-se contradição com a proposta mesmo da mediação.

Nesse ponto, importante refletir que o ensino pode estabelecer uma barreira ao saber, na medida em que ocupe um lugar no discurso que descaracterize o próprio saber enquanto causa de emancipação, produzindo um sujeito objetivado, que se localiza no registro da produção da verdade (coerente e verossímil), assujeitado ao outro²² e disciplinado ao exercício da reprodução de enunciados dos quais se torna apenas um porta-voz²³.

É importante tornar visível o imaginário existente em torno do ensino jurídico e sua filiação a uma ideologia de unidade – com a negação do caráter irremediavelmente plural da práxis e do saber²⁴ – que sustenta a produção jurídica dominante, para que um pensamento crítico possa daí advir.

É o caráter intertextual dos componentes lógicos e imaginários desta racionalidade jurídica que produz os efeitos normativos, disciplinadores e hermenêuticos do Direito. Por isto, para que algo da mediação possa ser transmitida, deve se buscar o ponto de relação entre a lógica e o mito do ensino em seu próprio discurso. O imaginário é comprometido com o

²¹ “A disciplina é um conceito polissêmico. Pode designar um ramo do saber, por exemplo, a disciplina de Matemática e pode designar uma situação de respeito pelas regras e pelas normas. Na escola tradicional, a disciplina era sinónimo de ouvir atentamente o professor em silêncio e cumprir as regras e as normas escolares impostas pelo professor. As pedagogias personalistas defendem uma noção diferente de disciplina. O aluno deve respeitar as regras e as normas, mas estas estão sujeitas à discussão e à negociação. A participação na aprovação das regras é entendida como uma das principais fontes da disciplina. A manutenção da disciplina constitui uma preocupação de todas as épocas. Platão refere-se a ela na obra *As Leis*. Santo Agostinho dedica-lhe páginas nas *Confissões*. A disciplina é um conceito de origem latina. Tem a mesma raiz que discípulo. Ao longo dos tempos, a palavra disciplina tem tido significados diferentes. Na Idade Média surgia associada a castigo ou a direcção moral. Com o Iluminismo, a disciplina surge associada a respeito e tolerância. Seja como for, a disciplina anda sempre associada à ideia de harmonia e convivência. Uma pessoa disciplinada é uma pessoa que cumpre as regras e que obedece à autoridade legítima” (MARQUES, Ramiro. *Dicionário Breve de Pedagogia*, pp. 33/34).

²² LACAN, Jacques. *Alocução sobre o ensino*, p. 302-310.

²³ JORGE, Marco Antonio Coutinho. *Sexo e discurso em Freud e Lacan*.

²⁴ WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.* (1995), p. 347.

discurso monológico e uma teorização objetiva da mediação, em nome da verdade, pode gerar efeitos de nova mistificação autoritária do saber.

Enquanto no discurso monocêntrico uma pergunta é formulada com a pretensão de ser respondida a partir de conceitos, produzindo efeitos de autoridade em uma fala de verdade, no discurso policêntrico, ao contrário, o que se objetiva não são respostas, mas um convite à participação na própria experiência do conhecimento, que produz a transformação do ensino em transmissão (que se opera na dimensão da enunciação, e não do enunciado) e a abertura de um espaço para emancipação.

Na linguagem desenvolvem-se as tensões simbólicas de poder e o discurso monológico (racional), ao negar à contradição o estatuto de produção de conhecimento, rechaça o conflito, conferindo a ele o significado de uma transgressão (que se busca reprimir), produzindo efeitos de significação totalitária, como a submissão e a obediência. Já o discurso fundado no descentramento do sentido reconhece o conflito como parte da estrutura humana e, ao tempo em que acolhe a divisão do sujeito revelada na linguagem, a verdade contida no dissenso, não opera mais a repressão, a unificação ou a homogeneidade como efeito, abrindo espaço para a diferença, para a produção simbólica da democracia, possibilitando uma cultura de não-violência.

Assim, importante refletir sobre o que pode produzir o ensino da mediação dissociado de uma implicação individual na transmissão desse saber em ato.

A mediação pressupõe uma subversão no discurso jurídico, na medida em que este se funda no mito de uma sociedade sem fraturas, atribuindo ao conflito um caráter de transgressão, onde a autonomia dos sujeitos é suprimida simbolicamente para se construir um imaginário coercitivo. O discurso mediador, ao contrário, comporta o conflito como parte de uma dinâmica estrutural (tanto psíquica, quanto social) e possibilita a construção de um espaço de fala e escuta onde os indivíduos possam lidar com as diferenças à sua maneira, de modo a desconstruir um imaginário fantasmático (pelo registro do simbólico, através das palavras), em uma experiência emancipatória que tem na aposta de uma transformação (*a posteriori*) o seu objetivo, e não no acordo, como acontece na conciliação.

A inclusão da mediação em um curso de Direito, portanto, representa a abertura de uma fronteira que revela o limite entre formas distintas de abordagem do conflito: na lógica da ficção jurídica (imaginário), que estrutura a produção do conhecimento do Direito com o objetivo de Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

defesa (normologia), ou por meio de uma reconstrução simbólica do imaginário do conflito, que pode se operar através do diálogo e aprendizagem (conflitologia).

Desta forma, para que seja possível essa nova abordagem ao conflito proposta pela mediação, uma mudança no método de ensino passa a ser fundamental para a transmissão desse saber. A mediação requer uma produção participativa de conhecimento, que não busque a verdade, o “certo”, mas tenha por objetivo o manejo de um saber (que inclui o não saber), por meio de um pensamento reflexivo e não mais representativo, fundado em estratégias de transmissão e não tanto em teorias. Seja por meio de matérias transversais ao curso, integradas ao conteúdo programático das disciplinas curriculares, de forma a apresentar ao graduando esta a pluralidade de abordagens do conflito e propiciar uma reflexão; seja em uma disciplina optativa, com método diferenciado de ensino e avaliação, para que seja possível mais do que transferir conceitos a serem absorvidos e re-produzidos pelos “alunos”²⁵, incentivar a construção contínua e participativa de um estudo sobre mediação de conflitos nesse espaço, ; atividades complementares ao longo da graduação ou no núcleo de prática(não exclusivamente “jurídica”) , em uma experiência de mediação, o importante é que haja sempre o exercício de abertura discursiva e aposta na autonomia do outro, para que uma emancipação efetiva (e não imaginária) seja possível. E a humanização do Direito, quem sabe

3.2. Mediação como saber interdisciplinar

Princípios do paradigma hegemônico da ciência moderna encontram hoje, na subjetividade também implicada na produção de conhecimento, seu ponto de relativização. A interdisciplinaridade desponta como um campo que reconhece o não-todo das disciplinas e valoriza a necessidade da relação entre os saberes, para que nesses espaços inexplorados a partir, justamente, do que pode haver de fértil nas diferenças existentes entre elas, seja possível a busca colaborativa de respostas, visando à construção de solução para as novas-velhas questões que se colocam no mundo atual²⁶.

²⁵ Vale destacar o próprio sentido da palavra “aluno”, em que é possível se entender como um indivíduo desprovido de luz (prefixo grego “a” – sem - e palavra latina lumni – luz) ou “criança de peito”/“lactente” (do latim *alere* - alimentar-se, nutrir, fazer crescer). Em ambas as definições, fica clara a verticalidade e a posição de falta que deve ser suprida por um ser “superior”.

²⁶ ALVARENGA, A. T. De; PHILLIPPI JR., A.; SOMMERMAN, A.; ALVAREZ, A. M. de S.; FERNANDES, V. *Histórico, fundamentos filosóficos e teórico-metodológicos da interdisciplinaridade*, p. 20.

Pensando nesta *mediação* “inter-disciplinar”, surge como primeira possibilidade a inserção da matéria “mediação” como conteúdo e atividade do *Eixo de Formação Fundamental*, cujo objetivo regulamentar é “*integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia*” (Art. 5º, I). Assim, a mediação pode ser vista como uma outra possibilidade de administração de conflitos, integrada a perspectivas de outros campos de conhecimento, atendendo-se à necessidade de construção de uma cultura interdisciplinar entre os operadores do Direito.

Exemplo relevante encontra-se presente nos estudos críticos de Direito e da emergente Sociologia Jurídica durante o período de redemocratização ao final do Regime Militar. De forma mais ou menos intensa, os estudos de Boaventura de Sousa Santos, Luiz Alberto Warat, Antônio Carlos Wolkmer, Cláudio Souto, Joaquim Falcão, José Geraldo Sousa Júnior, Roberto Lyra Filho etc. apontaram para a necessidade de se construir um novo sistema jurídico, de corte emancipatório, pluralístico e dialógico. Neste contexto, reconhecer a legitimidade da administração dos conflitos, por meio de instâncias mediadoras fora da estrutural formal do Direito e das instituições do Sistema de Justiça, constituiria imperativo da formação do futuro jurista, que deveria se preocupar em associar as práticas jurídicas à realidade social e à reflexão crítica.

Na Universidade Federal Fluminense, seguindo-se à crescente tendência de constante integração entre a graduação e a pós-graduação (art. 2º, § 1º, VII) bem como o incentivo à pesquisa (art. 2º, § 1º, VIII), é possível perceber a articulação com a Filosofia, como na linha de pesquisa “*Mediação e arbitragem sob o prisma habermasiano*” desenvolvida pelo prof. Gilvan Hansen no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF) desde 2007. Da mesma forma merecem destaque as investigações interdisciplinares da linha de pesquisa “*A administração judicial de conflitos: macrocriminalidade, conflitualidade social e relações de proximidade*”, do InEAC (Institutos de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos), com ampla produção nos campos do Direito e da Antropologia.

Ainda neste eixo, outro caminho interdisciplinar possível seria a associação à Psicologia. Contudo, diferente do que ocorreu com a Sociologia e a Filosofia, ainda não se desenvolveu adequadamente a reflexão de como aquela seria inserida na formação do jurista, talvez pelos próprios desafios implicados nessa articulação com os estudos da estrutura Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

psíquica, ao descortinarem um real de fratura sobre o qual a ficção jurídica opera para encobrir. O que se pode observar é que o campo profissional acaba por incorporar práticas comportamentais da Escola Behaviorista, que objetiva uma estabilização da demanda (pontual) – uma das formas de manifestação do conflito – e das relações sociais, mais adequada à expectativa pragmática das políticas judiciárias: daí a mediação arrisca-se a ser avaliada mais pelos resultados obtidos objetivamente (como na construção de acordos) do que pela efetiva transformação dos sujeitos na forma de lidar com os conflitos (que põe em risco a própria avaliação).

A Psicanálise, por outro lado, apesar de encontrar algum espaço na universidade para uma articulação teórica com temas no Direito,²⁷ incluindo a mediação –, corre o risco de ser utilizada como “arma interpretativa”²⁸ na construção de novos conceitos de verdade a partir de parcialidades de um objeto jurídico ideologicamente simplificado. Por isso, a Psicanálise talvez possa dar uma maior contribuição para compreensão da dimensão subjetiva da produção do conhecimento humano enquanto estratégia de um projeto de autonomia, a partir dos efeitos de atravessamento em cada sujeito que se lançou em uma experiência de reconstrução simbólica e poderá se incumbir de dar seu próprio testemunho²⁹ d’isso³⁰, um a um.

3.3. Mediação como disciplina curricular

Partindo-se para o *Eixo de Formação Profissional* (Art. 5º, II), se os projetos pedagógicos devem ser sensíveis em aplicar aos “*conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual*” às “*mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil*” nas quais se integra a mediação: consequentemente, esta poderia ser inserida naquelas disciplinas curriculares.

²⁷ Na UERJ, há as disciplinas eletivas “Tópicos de Direito Civil: Teorias Freudianas e Direito” (tendo como um de seus objetivos “*estudar a aplicabilidade da Psicanálise no campo do Direito, através de provas periciais, mediação e intervenção interdisciplinar no Escritório Modelo da Faculdade de Direito*”) e “Tópicos de Direito Civil: Psicanálise Jurídica” (constando em sua ementa “*a prática da Mediação: Integração entre a Psicanálise e o Direito*”)

²⁸ WARAT, Luiz Alberto. Op. cit. (2004), p. 220.

²⁹ Testemunho, derivado grego do termo *supertes*: aquele que experienciou algo, atravessou e sobreviveu até um evento-limite radical, podendo, então, dar um testemunho da catástrofe [AGAMBEN, G. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 27].

³⁰ Isso no sentido da tradução do alemão *id*, termo com o qual Freud designou o inconsciente.

Analisando se algumas ementas de disciplinas nos cursos de graduação em Direito, percebe-se que a mediação surge ora como uma forma de negociação fundada na autonomia das partes, de corte contratual (daí ser incluída como ponto periférico de disciplinas do Direito Civil ou Empresarial³¹) ora como procedimento alternativo à jurisdição (consequentemente abordada no primeiro momento do Direito Processual – Teoria Geral do Processo ou Introdução ao Processo³²). Claro que esta observação preliminar não excluiria outras possíveis formas de inserção da matéria em outras diretrizes curriculares, como se falar em *justiça restaurativa* em Direito e Processo Penal, ou mediação nas relações trabalhistas, p. ex.

É legítimo que haja esta abordagem técnica da mediação, mesmo por se tratar de um campo de trabalho em expansão para o profissional do Direito (assim como para outros egressos de outras áreas). Porém, é fundamental que haja uma formação crítica e reflexiva atravessando o ensino técnico, sob pena de se deturpar a mediação para se atender exclusivamente a objetivos superficiais como a construção de acordos, sem se atender às expectativas de humanização no tratamento dos conflitos³³. Para tanto, já há o instituto da conciliação, cuja concepção não se confunde com a mediação.

Por outro lado, é possível se pensar numa disciplina optativa, para se abordar didaticamente a mediação. Neste caso, seu papel seria meramente informativo, para que determinados conceitos – não necessariamente jurídicos – sejam sistematizados e comunicados a estudantes curiosos em saber do que se trata. Não objetivaria a uma “capacitação” profissional nem à transmissão de um saber, por não se situar no *locus* mais adequado. Além disso, pela

³¹ Como se vê na UERJ, em que a mediação, além de estar presente no conteúdo programático da disciplina obrigatória “Sociologia Jurídica II”, aparece nas disciplinas optativas “Tópicos de Direito Processual Civil: O Novo Código de Processo Civil”; “Tópicos de Direito Civil: Direito Imobiliário”; “Tópicos de Direito Civil: Transformações no Direito das Obrigações” e “Tópicos de Direito Civil: Planos de Saúde”.

³² Na UFF, a revisão curricular de 2014 transformou a tradicional disciplina “Teoria Geral do Processo” em “Meios Alternativos e Garantias do Processo”, inserindo estas duas perspectivas preparatórias para as demais disciplinas da linha do Direito Processual.

³³ Como aparentemente é a proposta da disciplina obrigatória “Mediação e Negociação”, do curso de graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas/Rio de Janeiro, pelo que se observa, p. ex., na passagem deste material didático, em que a mediação seria voltada para a construção de acordos e consequente eficiência do procedimento: “a mediação, é um método pelo qual um terceiro imparcial ajuda as partes a encontrar uma solução aceitável para ambas. O mediador não julga, não compõe o litígio. Ele apenas estimula as partes a chegarem a um acordo. A mediação, além de apresentar alguns benefícios comuns à arbitragem, como a celeridade na pacificação do litígio e a confidencialidade, possui ainda outras vantagens como o fato de ser mais justa e produtiva. Por ser um mecanismo de autocomposição, a mediação tende, também, a aumentar a possibilidade de as partes manterem uma relação mesmo após o surgimento do conflito — ao passo que os métodos de heterocomposição, via de regra, fomentam a litigiosidade entre as partes” (CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. *Arbitragem e Mediação*, p. 6, disponível em http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/28/Arbitragem_e_Media%C3%A7%C3%A3o.pdf).

própria natureza da mediação, não seria recomendável o sistema expositivo de aulas e/ou avaliação por provas escritas de memorização conceitual, diante da contradição entre o que aquela representa e estilos de aula mais centrados na autoridade do professor e no julgamento de apreensão de conceitos herméticos.

Partindo-se da aposta emancipatória e transformadora da prática da mediação, há que se questionar se uma aula para apresentação da matéria construída em um discurso monológico e dominante no sistema jurídico atual – ainda que crítico em seu enunciado, repita-se –, poderá franquear aos graduandos o acesso a um espaço em que a pluralidade e a diferença – princípios fundantes da mediação – serão reconhecidas simbolicamente. A implicação de cada sujeito envolvido no processo de ensino e transmissão da mediação com vistas à criação de uma nova cultura de não-violência exige uma reflexão sobre o lugar de sua fala no palco em que a atual cultura adversarial é sustentada e uma responsabilização para mudança desse cenário.

Possibilitar aos estudantes uma experiência de escuta, diálogo e mediação no processo de aprendizagem, incentivando a construção participativa de um estudo teórico nesse espaço, talvez seja a missão de uma disciplina optativa (importante que seja escolhida e não obrigatória) que objetive àqueles a apresentação efetiva da mediação (no nível da enunciação). Mais do que isso, iniciativa como essa pode representar um passo importante em direção a criação de uma cultura de não-violência, que não deve começar em outro lugar senão ali onde estão mesmo os que acreditam na mudança.

Para Warat, *“o desafio do método que aponta a complexidade é o de pensar complexamente como metodologia de ação cotidiana, qualquer que seja o campo de sua aplicação. Tratar-se-ia de um método que não pode ser visto como uma obra acabada, mas como um processo, em curso”*. Trata-se de uma nova forma de produção do conhecimento que objetiva, justamente, a produção do novo, de diferenças, de novos saberes, como uma forma de “tirar a epistemologia de sua situação idealizante em torno de produção de verdades, para vê-la apenas como os fundamentos dos diferentes modos de pensar, participativa e construtivamente, o mundo e seu plural de realidades”³⁴.

Não se trata de uma capacitação profissional ou objetiva para o exercício da mediação, mas de uma ruptura necessária no ordenamento vigente para possibilitar o acesso do sujeito da igualdade formal, do Direito, ao sujeito da diferença.

³⁴ WARAT, Luiz Alberto. Op. cit. (2004), p. 177.

A missão do professor não deve mais ser o de se colocar à frente ou ao lado para dizer a verdade muda de todos, mas, antes de tudo, *mudar*. “Lutar contra as formas de poder exatamente onde ele é, ao mesmo tempo, o objeto e o instrumento: na ordem do saber, da "verdade", da "consciência", do discurso. E por isso que a teoria não expressará, não traduzirá, não aplicará uma prática; ela é uma prática”³⁵.

3.4. Mediação como prática

Exige-se que os cursos de Direito possuam um *Eixo de Formação Prática*, objetivando integrar a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos. Destaca-se a obrigatoriedade de estágio supervisionado, que não precisa se limitar ao tradicional modelo assistencialista litigioso. Ao contrário, se aquele deve assegurar aos estudantes “*os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica*”, revela-se adequado incluir o tema da mediação como alternativa cidadã e profissional aos que desejarem trilhar este rumo.

Por este e outros motivos, no “*Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação presencial e a distância*” do SINAES/INEP/Ministério da Educação, consta como critério apartado a existência de atividades de arbitragem, negociação, conciliação e mediação nos Núcleos de Práticas Jurídicas, que atendam suficientemente às demandas do curso. Isto sinaliza que estes não podem mais se constituir na estrutura adversarial, e sim permitir que os futuros operadores do Direito saibam atuar profissionalmente com métodos alternativos de resolução de controvérsias.

A arbitragem (com a Lei 9307/96 e a globalização econômica) e, principalmente, a conciliação (com a expansão dos juizados especiais e as reformas processuais nos anos 1990), vieram a se consolidar na prática processual. Em ambas, já se amadureceu a proposta de se procedimentalizarem a partir de pressupostos jurídicos, tendo se incorporado no cotidiano dos profissionais do Direito. A mediação tornou-se um elemento novo, e com isto surgem diversas questões sobre como será integrada à prática dos juristas.

O que se percebe é a tentativa, cada vez maior, de integrá-la à conciliação, ou mesmo de tratá-la como um procedimento, tal qual a arbitragem. Neste sentido, há os cursos de capacitação promovidos pelo Judiciário, a partir de diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, e

³⁵ FOUCAUL, Michel, DELLEUZE, Gilles. *Os intelectuais e o poder*.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

mesmo outros patrocinados pelo Ministério da Justiça e/ou organizados por entidades civis. Com isto, o impulso primário seria o de os Núcleos de Prática Jurídica reproduzir os ensinamentos já postos por aquelas entidades, supostamente preparando os estudantes para o procedimento padronizado utilizado pelo Sistema de Justiça.

Entretanto, torna-se necessário questionar até que ponto os cursos de Direito, especialmente os Núcleos de Prática Jurídica, devem se limitar ao modelo de mediação estabelecido pelo CNJ e/ou Ministério da Justiça, dada à autonomia universitária e às suas missões institucionais.

Mais do que capacitar o profissional para atuar conforme os procedimentos postos pelo Sistema de Justiça, o papel das Universidades é de assegurar uma formação plural, crítica e emancipatória. Principalmente ao se falar em mediação, esta não deve ser tratada como uma técnica padronizada, para atender às diretrizes de órgãos mais preocupados com metas de produtividade do que na humanização dos conflitos. Os Núcleos de Prática Jurídica acabam por se tornar o espaço em que contradições surgem na mesma proporção em que são levadas demandas por parte da sociedade. Será que o NPJ deve se satisfazer em encontrar uma solução prática “tradicional” (limitada ao campo e pressupostos do Direito) para a pessoa que o busca com seu problema ainda não convertido em demanda jurídica? Ou há uma expectativa social de que os NPJs transcendam o litígio, de forma a que as pessoas envolvidas no conflito percebam que nem sempre é o processo judicial – e mesmo o Direito – o melhor caminho para a composição de suas controvérsias? Ou mesmo pensar o Núcleo de Prática Jurídica como um espaço propício para (re)construção de sua cidadania ou humanização?

Pode-se questionar se as universidades poderiam constituir efetivamente este *locus*, e já que muitas vezes a emancipação dos seus sujeitos não é prioritária nas em suas iniciativas, comparando-se a atos mais concretos como o ensino, ações extensionistas ou desenvolvimento de pesquisas científicas. Todavia, ainda assim é um espaço mais apropriado para aquele debate, em comparação com estruturas já comprometidas com metas quantitativas, como o Judiciário, p. ex.³⁶

³⁶ Destaque-se que as universidades também tendem a ser pressionadas por metas quantitativas, como no sistema de avaliação dos programas de pós-graduação *stricto sensu* ou mesmo dos cursos de graduação, daí um intenso debate sobre produtividade X produtivismo presente no meio acadêmico. E isto é importante ao se tratar do tema da mediação, já que esta não pode ser analisada a partir de dados objetivos conceituais ou pelo atendimento a metas de eficiência. Daí se ressaltar a importância de o Ministério da Educação inserir a mediação como critério de avaliação do NPJ, porém também se problematizar se aquela pode ser avaliada.

Admitindo-se que a mediação é relevante para a formação do futuro operador do Direito, e que o Núcleo de Prática Jurídica (pelo contato imediato com pessoas que vivenciam algum tipo de conflito) pode vir a ser um espaço mais apropriado para se exercitá-la, alguns pontos surgem para se pensar como estruturá-lo.

Preliminarmente, surge o problema de se saber se a mediação pode ser transmitida durante o estágio curricular obrigatório. Seria possível a horizontalização, numa estrutura baseada na hierarquia professor/aluno? A mediação pode ser convertida em técnica a ser “avaliada”, como uma disciplina curricular? Será que um Núcleo de Prática Jurídica poderia se estruturar emancipar para adotar diversas práticas de mediação próprias, ou teria que se sujeitar aos padrões determinados pelo Conselho Nacional de Justiça – principal articulador da mediação judicial por aqui?

Ao mesmo tempo, será que a mediação só seria justificável, como atividade do Núcleo de Prática Jurídica, se capacitasse o estudante para exercê-la profissionalmente? Ou não seria também louvável que os estudantes passassem a perceber os conflitos não apenas como litígios adversariais, e sim como exteriorização das nossas próprias humanidades? A prática encerra-se na ação profissional, ou pode ir além, visando conscientizar os que passam por este curso?

CONCLUSÃO

A mediação é um saber inato, mais ou menos acessado pelas pessoas ao longo dos tempos, com maior ou menor frequência. Seu reconhecimento nas últimas décadas permitiu novas escolhas para *lidar*³⁷ com os conflitos, como forma alternativa à “justa composição da *lide*”³⁸ pelo sistema jurisdicional, em crise de legitimidade.

Todavia, o Judiciário reage a este processo por meio de reformas em sua própria estrutura (como na constitucionalização de direitos e maior abertura procedimental, em sua função jurisdicional clássica), e também se adaptando a este novo cenário em que os conflitos não necessariamente devam ser resolvidos por meio de uma decisão heterocomposta: daí o

³⁷ Curioso analisar a palavra “lidar” e ver como pode ser aplicada tanto à lógica adversarial (no sentido de batalhar, combater, pelear – tendo o mesmo radical *litis*, de litígio) como no trato relacional (“*Trabalhar afanosamente; esforçar-se (...) haver-se com pessoas de toda espécie de modo a evitar atritos: Faltam-lhe qualificativos técnicos mas sabe lidar com gente*” – sentidos presentes, p. ex., no Moderno Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa encontro das reflexões de Warat, citadas anteriormente, da dupla dimensão defensiva/ aprendizagem para se responder ao conflito.

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, p. 373.

estímulo à conciliação, em um primeiro momento, e a incorporação da mediação, na atualidade. Este processo, como se observa no Brasil e em outros países emergentes, deve-se bem mais à pressão global pela ampliação dos canais negociais (para atender à demanda do Mercado) do que por reivindicações articuladas da sociedade civil organizada.

Com isto, há a tendência de o Judiciário absorver as práticas existentes de mediação, institucionalizando-a dentro de seu campo. Porém, ao protagonizar esta política pública, visa bem mais controlar o “procedimento” (em que casos cabe, quem mediará, como será feito, quais são seus efeitos jurídicos etc.) do que reconhecer o espaço de autonomia dos sujeitos comprometidos no processo (mediandos, mediadores, formadores etc.). Conseqüentemente, ganha força a idéia de *mediação de resultados*, moldada por cursos de capacitação herméticos (que apropriam e desvirtuam outros saberes) e avaliável por dados estatísticos de produtividade, não sendo possível efetivamente aos agentes do processo emancipar-se.

Diante deste fenômeno de “judicialização” (ou mesmo a proceduralização jurídica) da mediação, os cursos de Direito tentam inseri-la em seus projetos pedagógicos, motivados especialmente pela capacitação de seus egressos para o mercado do trabalho, partindo do pressuposto de que mediação pode ser uma profissão. Não é: a mediação é um ofício.

O desafio é como as faculdades conseguirão falar sobre mediação, sem cair nas armadilhas de uma visão economicista de resultados, como vem fazendo o Judiciário em sua política pública de redução do número de processos graças ao aumento quantitativo de acordos. O espaço acadêmico deve ser crítico, reflexivo, interdisciplinar e aberto a várias possibilidades.

Como foi apresentado neste texto, o modelo tradicional de ensino jurídico (fundado no centralismo autoritário e na verticalidade) não é adequado para a transmissão da mediação (humanizada e horizontal). Não é apenas criando uma disciplina obrigatória no curso que se garantirá o conhecimento sobre mediação, de maneira que os estudantes reconheçam este saber em si mesmos e venham a encontrar espaço para o desejo de acessá-la.

A inserção da mediação no curso requer modificações profundas em seu projeto pedagógico, uma vez que o discurso mediador subverte a lógica do Direito. Além de se estimular o campo interdisciplinar, é fundamental haver disciplinas optativas com este objeto (desde que com estratégias de ensino distintas da proposta tradicional de aula expositiva e prova de memorização conceitual), e criar um espaço nos núcleos de prática, para que os estudantes – que assim o desejarem – possam desenvolver ações de mediação.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALVARENGA, A. T. De; PHILLIPPI JR., A.; SOMMERMAN, A.; ALVAREZ, A. M. de S.; BARTHES, Roland. *Crítica e verdade*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1970.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (trad. de Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I.

CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005.

FERNANDES, V., “Histórico, fundamentos filosóficos e teórico-metodológicos da interdisciplinaridade”. In: PHILLIPPI JR., A.; SILVA NETO, A. J. *Interdisciplinaridade em ciência, tecnologia e inovação*. Barueri/SP: Manole, 2011.

FOUCAULT, Michel; DELLEUZE, Gilles. *Os intelectuais e o poder*. Publicado originalmente em L'Arc, nº 49, 1972. Tradução Roberto Machado publicado em Microfísica do Poder (organização, introdução e revisão técnica de R. Machado) Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREUD, S. *Considerações Atuais sobre Guerra e Morte*, [1915] ESB, vol. XIV, 1974, p. 316.

GADOTTI, Moacir; FREIRE, Paulo; GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*. 4. ed. – São Paulo: Cortez, 1995.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. *Os juizes na mundialização : a nova revolução do direito*. Lisboa: Piaget, 2006.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. “Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo”. In: *Revista Estudos Históricos*, Vol. 9, n. 18, 1996 (12 páginas).

LACAN, Jacques. *O Seminário. Livro 7, O avesso da Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

_____. “A instância da letra no inconsciente ou a razão desde Freud”. In: *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

_____. “Alocução sobre o ensino”. In *Outros Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

MARQUES, Ramiro. *Dicionário Breve de Pedagogia*, disponível em http://www.eses.pt/usr/ramiro/docs/etica_pedagogia/dicionario%20pedagogia.pdf.

MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Cia. Melhoramentos. Disponível eletronicamente em <http://michaelis.uol.com.br/>.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. “A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual* - Ano 4, Volume V, Janeiro a Junho de 2010, disponível em http://www.redp.com.br/edicao_05.htm.

SANTOS, Boaventura de Souza, Palestra “O que seria uma revolução democrática da justiça?”. In: *2ª Conferência do Ciclo “Cidadania e Desenvolvimento: a governação e a organização do sistema de justiça”*, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Portugal, em 25 de janeiro de 2013, disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=ru3liW8CtxA>.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3a ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. São Paulo, Cortez Editora, 1995.

SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. *Breaking Roberts Rules – The new way to run your meeting, build consensus, and get results*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

WARAT, Luiz Alberto (Org.). *Em nome do acordo – a mediação no direito*. 2. ed. Argentina: Almed. 1999.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito II, A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 354.

WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca. O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

A LEI MARIA DE PENHA E O PRINCÍPIO DA NÃO-VIOLÊNCIA DE JEAN-MARIE MULLER: A NECESSIDADE DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA E DA MEDIAÇÃO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Márcio Káo Yien

RESUMO

A lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, foi o primeiro diploma brasileiro sobre a violência doméstica contra a mulher. Ela reconheceu a problemática como verdadeira violação de Direitos Humanos e estabeleceu diversos importantes institutos e conceitos. No entanto, um dos problemas da legislação foi exatamente retirar a incidência da Lei 9.099/1995, cuja sistemática era pautada pelo resgate dos sujeitos do processo e pela composição da lide. No mesmo sentido, em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou por reinterpretar a lei Maria da Penha, estabelecendo que para os casos de lesão corporal de natureza leve a ação penal seria pública incondicionada. Estas mudanças mostram uma escolha política pelo incremento do Direito Penal e do monopólio estatal em detrimento da participação ativa dos sujeitos, o que acarreta diretamente em estigmas sobre a figura do agressor e a dupla-vitimização da mulher. Logo, a melhor estratégia para a problemática da violência doméstica perpassaria pelo princípio da não-violência, materializado pela Justiça Restaurativa e pela Mediação, que possibilita um ambiente de diálogo entre as partes para a composição de seus próprios conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Lei 9.099/95. ADI 4424. Criminalização. Dupla vitimização. Justiça Restaurativa. Princípio da não-violência. Mediação.

ABSTRACT

The 11.340/2006 law, or Maria da Penha law, was the first Brazilian legal diploma domestic violence against women. It recognized the problem as a violation of human rights and established many important institutes and concepts. However, one of its problems was that it removed the incidence of the 9.099/1995 law, which systematic stimulated the participation of the subjects in the juridical process. In the same sense, in 2012, Brazil's Supreme Court judged for the reinterpretation of the Maria da Penha law, which the cases of mild bodily harm would be of unconditional public criminal procedure. These changes show a political choice for the criminal law and the monopoly of the state in detriment of real participation of the subjects, causing the stigma of the aggressor and the double victimization of woman. Therefore, the best strategy would be the principle of non-violence, materialized in the Restorative Justice and Mediation, which enables an environment of dialog between the subjects and the composition of their conflicts.

KEYWORDS: Maria da Penha law. 9.099/95 law. ADI 4424. Criminalization. Double Victimization. Restorative Justice. Non-violence. Mediation.

SUMÁRIO

Introdução. 1 A criminalização do homem e a dupla vitimização da mulher em sede da lei 11.340/2006 e a adi 4424 do stf. 2 A necessidade da participação dos sujeitos e de meios alternativos de composição dos conflitos de gênero. 3 O princípio da não-violência de Jean-Marie Muller e a importância da mediação nas discussões sobre a violência doméstica.

INTRODUÇÃO

A questão que se deseja chamar atenção no presente é sobre a atual expansão do Direito Penal no tocante às questões que envolvem as relações de gênero no Brasil. A Lei 11.340/2006, chamada também de lei Maria da Penha, foi o diploma legal que concentrou em seu bojo normativo várias determinações acerca da violência contra a mulher dentro do ambiente doméstico. Tal empreitada, como mostrado, é de caráter louvável, visto que as agressões, sejam elas de caráter físico ou moral, representam verdadeiras violações à dignidade da mulher.

O diploma criou vários mecanismos civis, sociais e assistenciais que tem como objetivo assegurar a proteção e recomposição da dignidade da mulher agredida, tais como a integração da assistência social dentro do Sistema único de Saúde e de políticas públicas que visam coibir a violência doméstica.

No entanto, é em relação ao caráter penal que se encontra a problemática. Um dos principais equívocos apontados na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), é a retirada da competência da Lei 9.099/1995 nos casos de violência doméstica contra a mulher, conforme demonstra o artigo 41 da legislação: Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

Além disso, no ano de 2010, a Procuradoria-Geral da República propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade com o objetivo de modificar a interpretação dada à Lei 11.340/2006, no sentido de reestruturar a interpretação dos artigos 12, I; 16 e 41 e determinar que no caso dos crimes de lesão corporal de natureza leve e culposa, praticados no âmbito doméstico, as ações penais sejam interpretadas como sendo pública incondicionada.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

No tocante à questão da necessidade da representação da ofendida, a Procuradoria-Geral da República argumentava que

[...] a única interpretação compatível com a Constituição é aquela que entende ser o crime de ação penal pública incondicionada. A interpretação que faz a ação penal depender de representação da vítima, por outro lado, importa em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art.1º, III), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, I) e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art., 5º, XLI), à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais, e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º) [...]. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4424, Relator Min. Marco Aurélio, 2012)

Assim, nos fundamentos da ADI 4424, foi requerida mudança interpretativa nos artigos mencionados para que, na verdade, segundo a visão da PGR, o Estado provesse um maior amparo jurisdicional para as mulheres vítimas de violência doméstica, garantindo sua dignidade, pois segundo o órgão, “condicionar a ação penal à representação da ofendida é perpetuar, por ausência de resposta penal adequada, o quadro de violência física contra a mulher, e, com isso, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4424, Relator Min. Marco Aurélio, 2012)

O processo da ADI foi distribuído ao relator Ministro Marco Aurélio e no dia 09 de fevereiro de 2012 foi julgado pela Suprema Corte do país, que emitiu a seguinte decisão de julgamento:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador- Público Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4424, Relator Min. Marco Aurélio, 2012)

Desta forma, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão de julgamento, argumentou no sentido de estabelecer a ação penal pública incondicionada para os crimes de lesão corporal leve contra a mulher.

No entanto, questiona-se se estas escolhas, tanto na retirada da Lei 9.099/95, quanto na ADI 4424, foram as mais adequadas para a problemática. A hipótese é que o incentivo no Direto Penal apenas reproduziria as relações de violência de gênero. O objeto de estudo, desta forma, será o investimento em práticas restaurativas fora da lógica da violência, como a mediação. Para tanto, utilizar-se-á as análises do filósofo francês Jean-Marie Muller. O problema de pesquisa, neste sentido é: a Justiça Restaurativa e a mediação são instrumentos adequados para se lidar com a violência doméstica contra a mulher, de acordo com o princípio da não-violência de Muller?

Primeiramente será feita uma análise sobre as efetivas consequências das mudanças legislativas e jurisprudenciais em relação os sujeitos envolvidos na problemática da

violência doméstica, o agressor e a vítima. Em seguida, será verificada a importância dos meios alternativos de composição de conflitos dentro das relações de gênero, e após, a análise da mediação e do princípio da não-violência.

1 A CRIMINALIZAÇÃO DO HOMEM E A DUPLA VITIMIZAÇÃO DA MULHER EM SEDE DA LEI 11.340/2006 E DA ADI 4424 DO STF.

Como demonstrado anteriormente, o afastamento da Lei 9.099/95 na lei Maria da Penha, bem como o julgamento da ADI 4424, teve como consequência o afastamento dos sujeitos na solução da problemática da violência doméstica, notadamente a vítima. A criação de obstáculos na composição do conflito e o monopólio estatal na ação penal permite que diversos estereótipos e estigmas sejam criados em torno da problemática, fato este que dificulta adequados prognósticos.

Segundo Maria Lúcia Karam (2006a), a criminalização, conjuntamente com o agravamento da repressão do *jus puniendi* estatal, resulta em consequências nefastas, pois

[...] promovendo a idéia do “criminoso” como o “outro”, o “mau”, o “perigoso”, atendendo ao cômodo desejo de identificação de “bodes expiatórios” que possam ser responsabilizados por todos os males, o sistema penal não só necessariamente atua apenas de forma residual, selecionando alguns dentre os inúmeros autores de condutas criminalizadas para cumprirem aquele demonizado papel, não só facilita a minimização de condutas e fatos não criminalizáveis socialmente mais danosos, não só afasta a investigação e o enfrentamento das causas mais profundas de situações, fatos ou condutas negativos, indesejáveis ou danosos, ao provocar a sensação de que, com a imposição da pena, tudo estará resolvido, como ainda oculta os desvios estruturais, encobrendo-os através da crença em desvios pessoais. Isto, naturalmente, não facilita qualquer transformação social [...].

Pensar que o problema da violência doméstica recai somente no seu caráter penal apresenta-se como claro equívoco. Embora ela seja a expressão mais clara das desigualdades de gênero, é apenas parte de uma problemática muito mais insidiosa, que tem a ver com as práticas patriarcais presentes em todas as searas da sociedade. A violência doméstica é somente uma consequência deste sistema desigual.

O Direito Penal, por seu caráter simbólico na solução de conflitos, mascara estas nuances, taxando o cerne da violência somente na agressão. O estigma do crime, neste caso, faz com que as questões acerca das desigualdades de gênero sejam tratadas de forma superficial e insuficiente, bastando, na visão do senso comum a resposta penal. Isso é um claro equívoco. “O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento

culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal” (BARATTA, 2002.p.167).

Sendo assim, o problema em utilizar a repressão penal de forma desmedida relaciona-se com o fato de que a tutela criminal possui um caráter extremamente estigmatizador sobre o sujeito ativo do delito.

Logo, a abordagem mais correta estaria exatamente em se problematizar a relação homens-algozes/criminosos, tão frequentes nas questões de violência nas relações afetivas. Visa-se então contribuir para o debate, que é centralizado majoritariamente na punição penal e na “etiqueta” de criminoso, fugindo das dicotomias entre bom-mau ou vítima-algoz, que pouco contribuem para um compreensão da complexidade dessas problemáticas de gênero. Esta atuação reproduz uma visão maniqueísta, na medida em que sedimenta padrões de conduta específicos para homens e mulheres. (BEIRAS, MORAIS, ALENCAR-RODRIGUES e CANTERA, 2012, p.37). Neste contexto, recai sobre os agressores toda a causalidade em relação à complexa sistemática social da violência doméstica, como se fosse fim em si mesma.

Esta visão tradicional do Direito Penal que estabelece o dualismo no tocante a prática de delitos era amplamente aceita pelas teorias positivistas das ciencias criminais e do controle social. Nestes, o estudo da pena concentra-se na figura do criminoso, ou seja, nas causas que o levam a prática do crime, estabelecendo uma

[...] divisão “científica” entre o (sub)mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma “minoría” de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o “mal”) e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria na sociedade (o “bem”). A violência é, desta forma, identificada com a violência individual (de uma minoría) a qual se encontra, por sua vez, no centro do conceito dogmático de crime, imunizando a relação entre a criminalidade e a violência institucional e estrutural [...]. (ANDRADE, 1995, p.26)

Esta argumentação para a existência do crime é amplamente defendida, reproduzida e difundida pelo senso comum presente na sociedade, haja vista a quantidade de legislações emergenciais que foram editadas nos últimos anos, como a própria Lei 11.340/2006, dentro de um contexto de defesa social e pacificação estatal de conflitos. É este maniqueísmo superficial do criminoso que é criticado pela Criminologia Crítica. O problema é que

[...] não pode a judicialização, enquanto papel de Estado, vir a inibir o amadurecimento no mundo das relações, infantilizar o ser humano, transformá-lo indiscriminadamente em algoz ou vítima. Tenta-se domesticar a conflitualidade de gênero através de leis penais organizadas de forma polarizada,

dicotômica e excludente, que traduzidas não são compatíveis à complexidade das relações de gênero [...]. (BEIRAS, MORAIS, ALENCAR-RODRIGUES e CANTERA, 2012, p.37.)

Ademais, a criminalização dentro do contexto de gênero sempre atua de maneira seletiva e temporária também em termos de classe social, pertença étnica e cultural, o que dificulta a busca de meios efetivos de prevenção da reprodução crônica da violência conjugal e desconsidera o seu caráter sociocultural. (AZEVEDO, 2008, p.129)

Desta forma, percebe-se no discurso da criminalização na Lei 11.340/2006 e na ADI 4424 uma visão insuficiente da realidade, pois busca uma solução superficial para problemas que envolveriam uma gama imensa de fatores, em que o “mais adequado seria lidar com esse tipo de conflito fora do sistema penal, radicalizando a aplicação dos mecanismos de mediação, realizada por pessoas devidamente treinadas e acompanhadas de profissionais do Direito, Psicologia e Assistência Social”.(AZEVEDO E CELMER, 2007.p.17)

Assim, além de se pensar na segurança física (objetivo nobre, mas insuficiente), deve-se pensar na própria causa da violência, na transformação humanística do “agressor”, fato este que é deixado de lado e menosprezado pela simples utilização do Direito Penal para a condução da análise sobre a violência de gênero.

Além disso, importante destacar que o maniqueísmo preconizado pelo Direito Penal dentro das relações de gênero não recai somente sobre o agressor, estigmatizado pelo uso da violência. A retirada das partes da composição do conflito com a exclusão da Lei 9.099/1995, bem como o monopólio estatal na sistematização das ações penais a partir do julgamento da ADI 4424 fazem com que a reprodução de estereótipos também acometa as vítimas, ou seja, as mulheres.

Esta questão é exposta claramente por Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p.103) quando afirma a existência de uma verdadeira “violência institucional” e de uma dupla vitimização feminina, que mantém as mulheres como eternas vítimas dos agressores e do Estado:

[...] o sistema penal duplica a vitimização feminina porque além de vitimadas pela violência sexual as mulheres o são pela violência institucional que reproduz a violência estrutural das relações sociais patriarcais e de opressão sexista, sendo submetidas a julgamento e divididas. A passagem da
Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinger, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

vítima mulher ao longo do controle social formal acionado pelo sistema penal implica, nesta perspectiva, vivenciar toda uma cultura de discriminação, da humilhação e da estereotipia, pois, e este aspecto é fundamental, não há uma ruptura entre relações familiares (Pai, padrasto, marido) relações profissionais (chefe) e relações sociais em geral (vizinho, amigos, estranhos, processo de comunicação social) que violentam e discriminam a mulher e o sistema penal que a protege contra este domínio e opressão, mas um *continuum* e uma interação entre o controle social exercido pelos primeiros e o controle formal exercido pelo segundo [...].

O Direito Penal insere as mulheres neste ciclo vicioso, encarcerando-as no sistema jurídico tradicional que certamente não funciona em seu benefício, não é utilizado de forma a garantir a tão almejada igualdade material e este ponto sempre foi defendido pela doutrina da Criminologia Crítica, que já insistia em afirmar que a aplicação da política criminal é sempre utilizada de forma seletiva, discriminatória e contrária aos mais vulneráveis.

No entanto, para que se possa compreender verdadeiramente as nuances das relações de violência de gênero,

[...] é necessário enfatizar, na esteira da Criminologia feminista, a construção seletiva da vitimação (que não aparece nas estatísticas), uma vez que o sistema também distribui desigualmente a vitimação e o status de vítima; até porque autor-vítima é um par que mantém, na lógica adversarial do sistema de justiça, uma relação visceral [...]. (ANDRADE, 2007, p.61)

Essa é uma questão de especial importância, que é comumente menosprezada inclusive pelos movimentos feministas. Além de recair sobre o agressor, as consequências da punitividade recaem também em relação à mulher, reafirmando estereótipos ligados a vitimização e a falta de condições de auto-afirmação.

Esta consequência é o contrário do que se objetiva em relação aos direitos e garantias galgados pelo feminismo. O punitivismo permite apenas que históricas pré-concepções acerca do papel da mulher na sociedade e no ambiente familiar se perpetuem, visto que “a vitimação, assim como a criminalidade, também é uma possibilidade majoritária, mas desigualmente distribuída de acordo com estereótipos de vítimas que operam no senso comum e jurídico” (ANDRADE, 1996.p.103). Isto impede que mudanças materiais acerca da ascensão social das mulheres sejam realizadas de forma plena.

Desta forma, é possível afirmar que a sistemática atual no tocante à violência doméstica está claramente equivocada. Estar-se-ia colocando a defesa dos interesses femininos nas mãos de um mecanismo (Estado x Direito Penal) que não somente reafirma o sexismo, mas reproduz e ainda amplifica este processo. Em sentido contrário, como expressa Karam (2006b, p.7), deve-se

[...] buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil, simplista e meramente simbólico apelo à intervenção do sistema penal, que, além de não realizar suas funções explícitas de proteção de bens jurídicos e evitação de condutas danosas, além de não solucionar conflitos, ainda produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de sofrimento e de dor, estigmatizando, privando da liberdade e alimentando diversas formas de violência [...].

A resposta não está, por conseguinte, no Direito Penal, como foi reafirmado na ADI 4424, mas na efetiva assegução de direitos e participação efetiva das partes em seu próprio conflito. O contrário apenas primaria por utilizar de um mecanismo estatal que comprovadamente utiliza estereótipos no contexto da resolução de conflitos.

Desta forma, levando em consideração que a tutela criminal recai de forma desigual em relação a todos os envolvidos na problemática, tanto agressores quanto vítimas, é possível concluir que o agravamento da persecução penal na Lei 11.340/2006 e na ADI 4424 caminhará no mesmo sentido, pois “o direito penal, em seu viés meramente emergencial, torna-se apenas um instrumento de dominação e autoridade, e não um meio de resolução de conflitos graves e de garantia da coexistência pacífica entre os indivíduos” (BOLDT, p.113).

2 A NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS E DE MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS DE GÊNERO

Além da criminalização feita pelo Direito Penal e da vitimização, outro problema do monopólio estatal em relação à violência doméstica é que este retira a discussão sobre as medidas alternativas de composição de conflitos que poderiam ser aplicadas. A impressão que se deixa é que a única alternativa possível é a aplicação penal cada vez mais severa.

Embora a Lei Maria da Penha também tenha um viés social e educacional, como foi dito, sempre foi o aspecto criminal que se destacou perante a sociedade, em detrimento da participação efetiva das partes na solução do conflito, fora de uma lógica de efetiva transformação.

Neste contexto, percebe-se que a vítima sempre é colocada em segundo lugar. Na realidade, a sua exclusão é algo comum no contexto do processo penal. Historicamente, figuram como protagonistas sempre o autor, sujeito sobre o qual recai a força simbólica do sistema penal; o Ministério Público, como sujeito legitimado para prosseguir com a ação penal pública (que possui interesse público relevante); e o Juiz, ou seja, a figura do Estado-julgador corporificado no processo, para realizar um julgamento imparcial da lide.

Nesta tríade processual a vítima ocupa espaço coadjuvante. Embora ela seja o sujeito sobre o qual se operou o fato delituoso, objeto de análise no processo, a forma em que o Estado lidará com o réu toma conotação mais importante, em detrimento dos interesses das vítimas. Sobre tal situação, destaca-se-se a correta argumentação de Andrade (2003, p.92), quando mostra que

[...] a incapacidade/inversão resolutória do sistema penal remete, enfim, para o lugar da vítima no sistema penal. É que desde o século XII e XIII a vítima foi excluída como sujeito atuante do processo penal e substituída por um representante do soberano ou do Estado, com um prejuízo estrutural e irreversível para ela, eis que excluída da gestão do conflito que lhe interessa diretamente. [...]

É exatamente esta situação que foi colocada a partir da criação da Lei Maria da Penha e após a ADI 4424. Os casos de violência doméstica eram tratados anteriormente nos Juizados Especiais Criminais, que primam pela inclusão da vítima como parte determinante do processo. Desde a sua edição, a Lei 9.099/95 foi colocada como um marco do novo sistema processual brasileiro por buscar uma visão diferente da convencional estrutura judicial, que se mostra falida e ineficaz, pois prima por uma visão retributiva do crime.

Logo, a principal contribuição da legislação é exatamente a reestruturação da atuação dos sujeitos envolvidos, incorporando a participação da vítima para o encaminhamento da questão. Processualmente, as alternativas de informalização apontam para a redução das competências do sistema penal tradicional. São as chamadas soluções conciliatórias, que tem como objetivo promover a interação face a face entre vítima e acusado como forma de superar o conflito que está na origem do delito. (AZEVEDO, 2001, p.99)

Além de significar uma inovação na estrutura do processo penal, buscando uma maior efetividade e celeridade, os Juizados Especiais foram frutos de uma transformação da sociedade, com novos valores, que busca agora soluções que compatibilizem rapidez, segurança jurídica e, principalmente, participação direta dos envolvidos, notadamente da vítima. Sendo assim,

atualmente mostra-se claramente vantajosa a escolha política por este novo meio de conciliação de conflitos, visto que

[...] nas heterogêneas comunidades urbanas contemporâneas, os programas de mediação e informalização da justiça penal obtêm uma rápida adesão graças à insatisfação com as sanções penais tradicionais para a solução de disputas e conflitos interpessoais, e apelam para as estruturas existentes na comunidade, embora muitas vezes não passem de um apêndice do sistema legal formal. [...] (AZEVEDO, 2001, p.99)

Argumenta-se que este sistema era o mais adequado para os casos de violência doméstica, pois garante a tutela jurisdicional à mulher ao mesmo em que permite que a vítima seja ouvida, ou seja, seja participante direta dos processos de transformação. Acresça-se ainda que o mesmo raciocínio pode ser realizado em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4424. A conseqüência da ação penal incondicionada terá efeitos contrários aos originalmente pretendidos, que é a proteção da dignidade da mulher.

Exatamente por tratar-se de um crime complexo, deve-se levar em consideração que na maioria dos casos a ofendida não deseja que o agressor sofra as conseqüências penais mais gravosas, como a detenção, pois o mesmo geralmente é alguém de sua proximidade, que possui laços de afeição. Destaca-se a pontuação feita por Rogério Cunha e Ronaldo Pinto (2011, P.184), que mesmo postulando a favor da Ação Penal Incondicionada, fazem a ressalva de que

[...] fica na pratica, um tanto complicada a defesa do argumento no sentido de que a representação é desnecessária. A deflagração de um processo-crime contra a manifesta vontade da ofendida resultará decerto, em uma medida ineficaz. Isso porque a vitima, que não tem a simpatia pelo processo e que, antes, não o deseja, tratará de dificultar a obtenção da prova, invocando situações fáticas que conduza à absolvição do agente. [...]

O raciocínio feito na ADI 4424 não leva em consideração essas particularidades, pois a forma defendida por ela de “apuração dos casos de violência doméstica não leva em consideração a relação íntima existente entre vítima e acusado, não sopesa a pretensão da vítima nem mesmo seus sentimentos e necessidades”.(CELMER e AZEVEDO, 2007, p.16)

Liga-se tal panorama com o fato de que a mulher, muitas vezes depende economicamente do agressor e não possui qualificações suficientes para ingressar no mercado de trabalho. A partir do momento em que se retira dela a possibilidade de

retratação, ela perde o único instrumento de coação que é o ingresso da ação criminal. Isso levará, inevitavelmente, a uma queda do número de denúncias.

Logo, a resposta adequada para a problemática da violência doméstica não resta na simples ação criminal incondicionada, visto que o sistema penal seria terreno fértil para a proliferação da desigualdade nas relações de gênero, já que foca exclusivamente no apenamento para a resolução de conflitos, lidando com a questão somente a partir de reestruturações processuais. Isto demonstra que tanto a ADI 4424, no mesmo sentido que a

[...] elaboração da Lei 11.340/06, não incorporou o debate mais recente sobre os mecanismos necessários para a elaboração, implantação e monitoramento dos novos procedimentos judiciais, na linha de uma Sociologia Jurídico-Penal, muito menos o legado da Criminologia Crítica no tocante aos problemas advindos da adesão à alternativa punitiva como solução de problemas sociais. [...] (AZEVEDO, 2008, p.129-130)

Com o argumento de que se estará efetivando proteção à família, presente no artigo 226 da Constituição Federal, na verdade estar-se-á permitindo a perpetuação da violência e seu agravamento a partir de uma falácia. Se o Estado se compromete a cumprir sua função preventiva da violência doméstica, porque se abandona este espaço de luta, forjando mecanismos para o cumprimento das promessas estatais, e se reivindica a repressão do Estado na hora de punir? (ANDRADE, 2003, p.119)

Mostra-se equivocada a opção política, tanto do legislador na edição da Lei Maria da Penha, quanto do STF na ADI 4424, em escolher pela política penal para tratar da violência contra a mulher, ao invés de focar na Justiça Restaurativa e nos cuidados sociais para com a ofendida. Busca-se respostas que não combatem o problema em seu cerne, mas somente permite a perpetuação da violência.

3 O PRINCÍPIO DA NÃO-VIOLÊNCIA DE JEAN-MARIE MULLER E A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NAS DISCUSSÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Nos tópicos anteriores ficou evidenciado que a problemática da violência doméstica contra a mulher, na Lei 11.340/2006 e no julgamento da ADI 4424 pelo Supremo Tribunal Federal, está sendo lidada de forma equivocada. Os movimentos feministas, bem como a sociedade em geral, ao legitimarem a utilização do Direito Penal clássico retributivo- a partir da retirada da sistemática dos Juizados Especiais Criminais e da ação penal pública condicionada à representação da ofendida nos casos de lesão corporal - dificultaram o estabelecimento de prognósticos mais adequados para o fenômeno. A consequência desta escolha, como foi dito, é a estigmatização do agressor, a vitimização da mulher ofendida, o expansionismo penal e seus nefastos efeitos.

Neste diapasão, acredita-se que é necessária uma mudança radical de postura, que envolve um deslocamento filosófico e político em relação à violência contra a mulher e também no tocante às relações de gênero. Para tanto, utilizar-se-á as análises do filósofo francês Jean-Marie Muller, que trabalha precipuamente com o chamado “Princípio da Não-violência”. O autor baseou-se na palavra hindu “ahimsa”, que

[...] é formada pelo prefixo negativo “a” e por “himsa”, significa a intenção de causar dano de toda e qualquer intenção de violência, ou seja, é o respeito em pensamento, palavra e ação pela vida de todo ser vivo. [...] Se nos restringirmos à etimologia, uma tradução possível de a-himsa seria inocência. A não violência reabilita a inocência como virtude do homem forte e como sabedoria do homem justo.[...] (MULLER, p.52)

Atualmente, tanto as práticas sociais rotineiras quanto as institucionais funcionam dentro de uma lógica que protagoniza a violência e o desrespeito. Neste contexto, no momento em que é criado o conflito, prefere-se a neutralização do próximo a uma possível composição racional das vontades contrastantes.

Nas relações de gênero, este cenário se coloca de maneira ainda mais acentuada, em virtude da reprodução de ideários patriarcalistas. A opressão e a exploração das mulheres encaixa-se perfeitamente com o protagonismo da violência nas sociedades contemporâneas, principalmente no ambiente privado onde a dominação é realizada de forma silenciosa.

Sendo assim, dentro do conflito doméstico de gênero, ao invés de preponderar o entendimento mútuo e o respeito entre os envolvidos, o que se preconiza é a morte do adversário, no caso a mulher. Segundo Muller (2007, p.30), a morte abarcaria um significado mais abrangente e profundo, visto que

[...] qualquer violência é um processo de homicídio, de aniquilação. Talvez, o processo não vá até o fim, porém, o desejo de eliminar o adversário, afastá-lo, excluí-lo, reduzi-lo ao silêncio, suprimi-lo irá tornar-se mais forte do que [...] a vontade de chegar a um acordo com ele. Do insulto à humilhação, da tortura ao homicídio, múltiplas são as formas de violência e múltiplas as formas de morte. Atentar contra a dignidade do homem é o mesmo que atentar contra a sua vida. Usar de violência é sempre obrigar o outro a calar-se e privar o homem de sua palavra já é privá-lo de sua vida [...].

Sendo assim, a violência doméstica contra a mulher representa uma morte da vítima, no sentido simbólico, e seus efeitos reverberam de forma insidiosa sobre a sua personalidade, autoconfiança, ou seja, sua dignidade. Isto demonstra como a violência é um fenômeno complexo que merece um tratamento adequado, diferentemente da forma que está sendo lidado atualmente.

Para tanto, este tratamento estaria exatamente no princípio da não-violência, já que

[...] ao se defrontar – dolorosamente – com a realidade da violência é que o homem adquire idéia da não-violência. Ele então compreende que só é possível construir sua humanidade e reivindicar sua identidade, conquistar sua verdade e adquirir sua autenticidade, situando-se resolutamente na dinâmica da não-violência. A não-violência não é conclusão de um raciocínio, não é uma dedução, mas sim uma opção da razão[...]. (MULLER, 2007, p.49)

A não-violência seria, desta forma, um posicionamento do indivíduo acerca das problemáticas que o acometem durante a vida. Ao invés de optar pela via da violência, o homem faz uso de sua razão para outras formas de solução de conflitos. Neste momento de ruptura ele encontraria o núcleo de sua humanidade e abriria a oportunidade para novas formas de interação inter-pessoal fora da lógica da violência.

Este ponto é essencial, visto que diversas vezes na sociedade argumentam que a violência seria uma tendência natural e lógica do ser humano. Em dissonância, Muller defende que “o julgamento desequilibrado introduz um desequilíbrio de comportamento, na ação, que se manifesta pela violência. Em sua essência, a violência é desequilíbrio. O objetivo da não violência é a busca de um equilíbrio através do próprio conflito.” (MULLER, 2007, p.53)

Logo, nas relações de gênero, o agressor não é determinado naturalmente ou biologicamente à prática da violência contra a mulher. Mesmo que existam inúmeras influências

misóginas e patriarcais na sociedade, que exercem sobre o agressor um “ethos” violento, existe a possibilidade de subversão e transformação, sendo este caminho exatamente a não-violência.

Neste mesmo sentido, o maniqueísmo que é estruturado dentro das relações de violência, ou seja, o binômio agressor/mulher vítima não representa verdadeiramente as potencialidades de cada indivíduo. O homem é ontologicamente capaz de reorganizar as suas atitudes, tanto socialmente quanto inter-subjetivamente. Logo, o mais correto seria dizer que

[...] o homem não é bom, mas pode ser bom. Não está na sua essência ser bom, mas sim a capacidade de ser bom. Isso implica que também está na sua essência poder ser perverso. Está na natureza do homem poder ser bom e/ou mau. Essa ambivalência caracteriza a sua essência[...] (MULLER, 2007, p.55)

Acresça-se ainda que a necessidade pela não-violência, segundo Muller, não se resume somente à uma estratégia pessoal. Na realidade, ela representa um modelo filosófico de busca por libertação das amarras da violência, ou seja, por um verdadeiro deslocamento ético. Sendo assim,

[..] a não-violência torna-se então o princípio da filosofia, isto é, sua proposição primeira e diretiva, seu começo e seu fundamento. Em outras palavras, a investigação filosófica, cuja ambição é aproximar-se da sabedoria que dá sentido à vida do homem, encontra sua base no princípio de não-violência[...].(MULLER, 2007, p.50)

Por outro lado, além de significar um alicerce filosófico de busca pela ontologia humana, a não-violência também seria uma diretriz política, tanto na sociedade quanto na seara estatal. Como foi visto o Estado sempre utilizou de violência como expressão de poder. A coerção, em detrimento da restauração, foi sempre ferramenta preponderante nas políticas públicas em todas as áreas, desde a administração até o cárcere.

Logo, para que esta situação possa ser reorganizada, é necessário que se pense também em uma filosofia política da não-violência, visto que esta postula por uma transformação profunda e constante do Estado, de forma a primar pela resolução de conflitos sem recorrer à violência. Por isso, o projeto de sociedade inspirado pela filosofia da não-violência objetiva instituir um poder político de regulação, coordenação, mediação, arbitragem e caso necessário, de coerção. (MULLER, 2007, p.122)

Neste ponto, Muller argumenta um aspecto que é essencial para a problemática da violência doméstica contra a mulher, que é exatamente a questão da mediação. Sobre o papel da mesma, o filósofo diz que

[...] é um espaço de “re-criação” em que os dois adversários vão poder dar-se uma trégua e recriar sua relação num processo pacífico e construtivo. A mediação propõe, assim, criar na sociedade um lugar em que os adversários possam aprender ou reaprender a comunicar-se, no intuito de chegar a um pacto que lhes permita viver juntos, se não numa paz verdadeira, pelo menos numa coexistência pacífica. (MULLER, 2007, p.151-152)

Sendo assim, a aplicação dos mecanismos de mediação deveria ser prioritária para o tratamento da violência doméstica, pois retira as partes da situação de confronto e os prepara para a construção de uma realidade fora da lógica da violência. No entanto, é importante destacar que

[...] a mediação pode ser-lhes sugerida, aconselhada, recomendada, mas não poderá haver imposição. Escolher a mediação significa, para cada um dos adversários, compreenderem que o desenvolvimento das hostilidades só poderá prejudicá-los e, em virtude do próprio interesse, irão tentar, mediante um acordo amigável, um desfecho positivo do conflito que os opõe. [...]. (MULLER, 2007, p.152)

Este é um dos principais desafios que se apresenta no tocante à aplicação da mediação na violência contra a mulher. A Lei Maria da Penha, bem como o Supremo Tribunal Federal, centralizam a atuação do poder judiciário na resolução de conflitos, como foi visto com a retirada da lei 9.099/95 e com a ADI 4424. Isto é um claro equívoco, pois impede a autodeterminação dos sujeitos no tratamento de seus próprios conflitos. A visão paternalista do Estado apenas reproduz as ramificações patriarcais na sociedade, impedindo que o espaço de transformação e “re-criação” possa ser criado.

Além disso, seria necessária uma devida preparação dos mediadores, para que estes possam ter uma visão equitativa do conflito, ou seja, dar a cada uma das partes o que lhe é devido, para assim ganhar a confiança dos adversários e facilitar o diálogo. Isto é particularmente importante nos processos de mediação de relações comunitárias, como é o caso da violência doméstica, em que o mediador pratica de certo modo, segundo Muller, a arte da maiêutica (do grego “maieutikê”, que significa a arte de realizar um parto), ajudando seus interlocutores a “dar a luz” à própria verdade. (MULLER, 2007, p.152)

Logo, seria particularmente interessante institucionalizar a mediação dentro do prisma social da lei 11.340/2006, juntamente como o resgate da Justiça Restaurativa como um todo. A criação de redes de capacitação e integração profissional de mediadores, bem como de auxílio e assistência às vítimas têm o condão de incentivar a autonomia das mulheres e permitir a aplicação verdadeira do princípio da não-violência. Este viés não pode ser mais ignorado.

O objetivo seria exatamente propiciar que a mediação se torne um dos principais métodos de resolução de conflitos, tanto entre indivíduos como entre grupos. Ao evitar recorrer aos métodos repressivos do Estado e possibilitar que as pessoas participem diretamente na gestão de conflitos, a mediação favorece a auto-regulação da violência social. (MULLER, 2007, p.155)

Sendo assim, Jean Marie Muller demonstra que o caminho perpassa necessariamente por uma mudança de postura por parte de todos os envolvidos, desde o Estado até as partes, que começa na transformação racional do homem violento e resulta na modificação de suas ações, conjuntamente com a vítima. Logo, “o objetivo da não-violência é criar condições que permitam ao adversário que escolheu a violência mudar de atitude. Esse objetivo é uma aposta que comporta risco de morte. É precisamente nesse risco que se encontra esperança de vida”.(MULLER, 2007, p.255)

CONCLUSÕES FINAIS

A lei 11.340/2006, ou lei Maria da Penha, como primeiro diploma legal brasileiro que trata especificamente sobre o problema da violência doméstica, foi um verdadeiro marco no ordenamento jurídico pátrio. Ela representou uma resposta do Estado aos inúmeros casos de violência que foram historicamente silenciados e menosprezados.

Ao contrário do que se pensava, a violência doméstica não se resume a meras agressões físicas, cujos motivos deveriam permanecer na privacidade do seio familiar. Na verdade, ela é uma verdadeira violação de direitos humanos, com sérias consequências para dignidade da mulher.

Como ensina Jean Marie Muller, a violência tem o condão de causar a morte do próximo. Não somente morte física, mas morte do espírito, ou seja, anulação do outro. Isto mostra como esta problemática é séria, visto que a violência doméstica aniquila com a auto-determinação da mulher, com sua auto-imagem e capacidade de se relacionar com a sociedade. Logo, deve ser tratada de forma adequada, com as corretas estratégias.

No entanto, não é isto que se percebe quando analisamos a Lei Maria da Penha e o julgamento da ADI 4424 pelo STF. O discurso principal é de reforço do aparato estatal, do monopólio do Direito Penal na resolução dos conflitos e no afastamento dos sujeitos.

A sistemática dos Juizados Especiais Criminais, ao instaurar uma nova lógica dentro do sistema penal, teve como objetivo resgatar a participação dos envolvidos na problemática. Não seriam mais meros sujeitos passivos, reféns da vontade do Estado, mas participariam ativamente no processo de transformação, de “re-criação”.

No entanto, a Lei Maria da Penha, ao retirar a incidência dos JECrim nos casos de violência doméstica, retira esta possibilidade de composição e retorna à lógica penal clássica, que apenas reafirma estereótipos e estigmas. O mesmo pode ser dito pelo julgamento da ADI 4424 pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao interpretar pela ação penal pública incondicionada nos casos de lesão corporal leve, a Corte Federal novamente afasta o sujeito do processo, neste caso a mulher. Se antes ela era vítima do agressor, agora também é vítima do sistema penal que não leva em consideração as sua auto-determinação.

Logo, percebe-se que a problemática da violência contra a mulher é lidada de forma equivocada. A mulher é duplamente vitimizada, enquanto o homem é recebe a etiqueta de agressor e também é excluído de qualquer processo de mudança. Na realidade, a melhor estratégia deveria perpassar por um caminho fora da lógica da violência, o que não ocorre quando se investe no punitivismo.

Neste ponto, o princípio da não-violência de Jean Marie Muller é essencial para a temática. Ele propõe um deslocamento filosófico e político, argumentando que o homem deve sempre procurar transformar-se fora da lógica da violência, devendo ser este o norte racional do ser humano. Isto se aplica certamente nas questões de gênero.

Mesmo que as influências externas condicionem o homem à agressão e ao desrespeito para com a mulher, ele deve condicionar-se a seguir pelo caminho da não-violência. Isto não significa ausência de conflito, visto que este é constitutivo do ser humano. O problema é que a lógica das sociedades contemporâneas - ou falta dela, como afirma Muller - é pautada pela violência.

Logo, o resgate da Justiça Restaurativa e notadamente da mediação mostra-se como estratégia fundamental, visto que prima pela criação de um espaço de verdadeiro diálogo entre as partes e pela desconstrução dos binômios maniqueístas dentro das relações de gênero. O objetivo é que as partes desenvolvam o exercício de sua autodeterminação e construam uma nova relação pautada pela convivência pacífica.

Para tanto, é necessário que se tenha uma mudança institucional do aparato estatal e no reconhecimento da mediação como mecanismo de resolução de conflitos, que se mostra mais efetivo do que a visão simplista do Direito Penal, visto que o rompimento com o ciclo de violência requer um trabalho complexo e integrado entre as partes do conflito. Neste sentido destacam Rosa e Carvalho (2011, p. 143), quando argumentam que

[...] muitas vezes, transformar um sofrimento em infelicidade requer a suspensão da vingança, a busca da *justa medida* para além do talião, a articulação difícil, porém libertadora, do perdão (desligar o passado). A libertação definitiva e revolucionária da dor e do sofrimento exige re-significar os acontecimentos traumáticos, atribuir-lhes novos sentidos, a fim de permitir um possível esquecimento. Trata-se, pois, de cicatrizar as feridas ainda abertas, de acertar as contas com o passado que atormenta, para enfim, poder sorrir novamente, conseguir amar de novo. [...] Punir dever ser recuperar o diálogo entre a vítima e seu agressor.[...]

A recompensa seria o encontro do ser humano com a sua verdadeira humanidade, fora da opressão da violência. Acredita-se que a igualdade de gênero deva trilhar por este caminho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____, Vera Regina Pereira de. **Violência Sexual e sistema penal: proteção ou duplicação vitimação feminina**. Revista Sequência, Florianópolis, n.33, p.87-114, dez. 1996.

_____, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista Sequência, Florianópolis, n. 30, vol. 16, p. 24-36. Jun.1995.

_____, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Direito Público. Porto Alegre, ano 5, n.17, p.52-75, jul./set.2007.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil.** Civitas, São Paulo, vol. 16, n.47, p.97-110, out. 2001.

_____, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sistema penal e violência de gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06.** Sociedade e Estado, Brasília, v. 23, n. 1, p. 113-135, jan./abr. 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. de; CELMER, Elisa Girotti. **Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei 11.340/06.** Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 170, p.15-17, jan. 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan:Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BEIRAS, Adriano, MORAIS, Maristela, ALENCAR-RODRIGUES, Roberta de, CANTERA, Leonor. **Políticas e leis sobre violência de gênero: reflexões críticas.** Psicologia e Sociedade, Belo Horizonte , vol.24, n.1, p.36-45, jan./apr. 2012

BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: Discurso Punitivo à Corrosão Simbólica do Garantismo.** Curitiba: Jurubá, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4424.** Petição Inicial da PGR. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 07 set, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº4424**. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. Sessão de Julgamento: 08 fev. 2012.

_____. **Lei 11.340 DE 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 26 ago. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais**, nov. 2006a. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 14 mar. 2013.

_____, Maria Lúcia. **Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. Boletim do IBCCRIM, n. 168, ano 14, p.6-7, nov. 2006b.

MULLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência**. São Paulo: Palas Athena, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. CARVALHO, Thiago, Fabres de. **Processo Penal Eficiente e Ética da Vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MEDIAÇÃO PRIVADA COMO MELHOR FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB A ÓTICA DA ESCOLA AUSTRÍACA

PRIVATE MEDIATION AS THE BEST WAY OF SOLVING CONFLICTS IN THE AUSTRIAN SCHOOL'S POINT OF VIEW

Gustavo Henrique Nitão Pereira¹

Mariana Silva de Sousa²

Cássius Guimaraes Chai³

Mariana Lucena Sousa Santos⁴

RESUMO

A Escola Austríaca é marcada pela subjetividade de valor, o individualismo metodológico, conhecimento disperso e de ordem espontânea. A mediação mostra-se alternativa de melhor encaixe de método para resolução de conflitos pautada nesses fundamentos. A partir da análise da evolução histórica, desde o surgimento e desenvolvimento dessa Escola conjuntamente com as necessidades do homem, a mediação privada torna-se o futuro para a resolução de conflitos de uma forma mais eficaz, desaparecendo o Estado atualmente afogado e desestruturado para a demanda que se apresenta. Aliado às percepções de livre mercado, trazer demandas para o setor privado indica o início do aperfeiçoamento na resolução de conflitos de forma autônoma que subsistirá de acordo com as especificidades de quem a procura. Tendo como maiores resultados a pacificação de conflitos de forma não coercitiva, a mediação vem findar com termos como parte ganhadora e perdedora para dar lugar a uma metodologia que trabalha o cerne do problema a fim de encontrar uma melhor solução passível de aceitação para os que se encontram em litígio.

PALAVRAS-CHAVE: : Escola Austríaca. Mediação. Direitos Humanos. Libertarismo. Liberdade.

ABSTRACT

The Austrian School is well-known by its subjectivity of judgement, the methodological individualism, and a sparse and spontaneously ordered knowledge. The mediation becomes the alternative with the method that works better for the resolution of conflicts based in these elements. As from the analysis of the historical evolution, since the emerging e developing of this School along with the needs of man, the private mediation turns out to be the future of resolution of conflicts in a more effective way, weakening the State's power, which is currently unstructured to the demands. Along with the free market perceptions, bringing demands to the private sector indicates the beginning of the improvement in the resolution of conflicts through an independent approach that will subsist as long as it fits the demand's expectations. The biggest achievement is pacifying the conflicts in a non-coercive way, and the mediation rises to give an ending to usual terms like the winning side and the losing side, being replaced by a

¹ Bacharelado do Curso de Direito na Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

² Bacharelada do Curso de Direito na Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

³ Professor Adjunto UFMA. Coordenador Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade DGP/Cnpq/UFMA.

⁴ Mestranda em Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos – UFPA. Docente Substituta UFMA. Especialista em Consultoria Jurídica Empresarial..

method that works directly in the origin of the problem, aiming a solution that can be acceptable to the ones in litigation.

KEY WORDS: Austrian School. Mediation. Human Rights. Libertarianism. Liberty.

SUMÁRIO

Resumo. Palavras-chave. Abstract. Key words. Introdução. 1 Genealogia da Escola Austríaca. 1.1 As Raízes Espanholas. 1.2 O Nascimento. 1.3 O Desenvolvimento da Escola Austríaca e Seus Frutos Contemporâneos. 2 O Pensamento Austríaco e o Direito. 2.1 A Lei Natural e a Ética Rothbardiana. 2.2 Os Pilares Fundamentais. 2.2.1 Primazia da Liberdade. 2.3 Crítica ao Monopólio da Jurisdição. 3 Mediação à Luz da Escola Austríaca. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A designação “Escola Austríaca” corresponde a um conjunto de teorias, tratando-se de um projeto de investigação com o intuito de explicar melhor alguns fenômenos do que outras Escolas. Esse termo diz respeito a um conjunto de teorias arrojadas, que foram levadas adiante por autores originariamente austríacos e, portanto, a escola tomou esse nome, entretanto os continuadores dos seus trabalhos não foram necessariamente da Áustria, perpetuando suas ideias por diversas partes do globo.

Esta corrente de pensamento tem por cerne indissociável a Economia, o estudo das ciências econômicas, de forma que é mais popularmente conhecida pela designação de Escola Austríaca de Economia. Entretanto, uma característica fundamental é a capacidade de combinar os valores que possuem com a análise científica da realidade, que supostamente é livre de juízos de valor.

A Escola Austríaca possui uma vasta quantidade de argumentos para entender uma infinita gama de temas que possuímos na sociedade. Essa característica se reforça pela tendência natural dos pensadores austríacos de recorrerem e se fundamentarem nos economistas clássicos quanto à atitude de ter uma mente e uma visão da sociedade de forma multidisciplinar, de ter consciência da impossibilidade de se entender a sociedade exclusivamente sob a ótica da Economia, ou unicamente do Direito, da História ou da Psicologia, por exemplo. As ciências sociais são recheadas de fenômenos complexos e deve-se analisa-los sob vários ângulos.

É o que esparziam os clássicos, quando se vê, por exemplo, a vida de David Hume, que escreveu sobre Filosofia, História, Economia, etc., ou Adam Smith que escreveu sobre Ética,

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Economia, Jurisprudência, entre outros. Os personagens da Escola Austríaca têm esse mesmo espírito, motivo pelo qual se enveredaram pelos mais diversos campos, desde a Economia, até a Filosofia Política, Direito, e demais ramos conexos. Quando se analisa a história da Escola Austríaca se está analisando um amplo panorama de matérias.

1. GENEALOGIA DA ESCOLA AUSTRÍACA

É pacífica a concepção de que o nascimento da Escola Austríaca se dá em 1871, com a publicação do livro *Princípios de Economia Política* de Carl Menger (1840-1921) – considerado o pai da Escola Austríaca. Entretanto, o grande mérito deste autor foi a habilidade em recolher e ser o motor de propulsão de uma tradição do pensamento de origem escolástica e europeia continental que se pode remontar até o nascimento do pensamento filosófico na Grécia, ademais, de forma mais incisiva, até à tradição do pensamento jurídico, político e filosófico da Roma Clássica.

Quando na época da Roma Clássica, descobriu-se que o direito é basicamente consuetudinário e que as instituições jurídicas (assim como as linguísticas e as econômicas) surgem como resultado de um longo processo evolutivo, incorporando um enorme volume de informação e conhecimentos que supera, e muito, a capacidade mental de qualquer governante, por mais sábio e bem intencionado que ele possa ser (SOTO, 2010, pág. 49).

O núcleo desta ideia foi crucial para algumas obras de Ludwig Von Mises (1881-1973), um dos mais renomados austríacos, assim como conservado e reforçado na Idade Média com a ajuda do humanismo cristão e da filosofia tomista do direito natural, sob a definição de um instituto prévio e superior ao poder de cada governo.

Mas o texto principal dessa linha de pensamento foi aperfeiçoado pelo conjunto de escolásticos do chamado Século de Ouro espanhol, os quais, sem sombra de dúvidas, constituem as raízes do pensamento da Escola Austríaca.

1.1 AS RAÍZES ESPANHOLAS

O período que vai de meados do século XVI até o fim do século XVII, conhecido como “Século Dourado Espanhol”, foi onde foram encontrados trabalhos dos escolásticos espanhóis que viriam a ser as raízes do desenvolvimento das ideias dos austríacos (ROTHBARD, 1976, págs. 52-74).

A maioria destes escolásticos eram intelectuais que lecionavam ética e teologia na Universidade de Salamanca, na medieval cidade espanhola perto da fronteira entre a Espanha e Portugal.

Esses escolásticos, que eram em sua maioria dominicanos e jesuítas, foram os articuladores do que viria a ser o cerne da teoria austríaca: a tradição subjetivista, dinâmica e libertária.

Tal ideia é fundamental, pois, a princípio, atribuía-se a raiz dessas ideias aos filósofos escoceses do século XVIII, entretanto, Friederich Von Hayek, influenciado pelo professor italiano Bruno Leoni, convenceu-se de que a concepção dinâmica e subjetivista da economia eram de origem continental e deveriam ser procuradas na Europa mediterrânica e na tradição grega, romana e tomista (SOTO, 2010, pág. 50).

Os que foram os precursores dessas ideias que hoje em dia fundamentam o libertarismo/libertarianismo moderno, assim como os seus estágios anteriores, eram dominicanos e jesuítas professores de teologia e moral em universidades como a de Salamanca e Coimbra, que constituíram o principal foco de pensamento do Século de Ouro Espanhol.

Desde os primórdios, com Saravia de la Calle, por volta de 1544, tem-se como ponto importantíssimo do convívio social a figura do empreendedor (chamada por ele de *mercader*), que é aquela figura que traz a inovação para o convívio social, como aquele que busca criar alternativas para a satisfação das necessidades dos demais. Uma vez que, quanto mais numerosa essa figura, mais se impulsiona o desenvolvimento da sociedade.

Uma das figuras mais importantes nesse cenário, é a do padre jesuíta Juan de Mariana, que escrevera diversas obras, entretanto, o começo das exposições de suas ideias pró-liberdade se dá com a publicação de *De rege et regis institutione* (Sobre o rei e a instituição real) em 1598. De acordo com Mariana, e com sonoridade radical, é justo o assassinio de um rei que crie imposto sem consentimento das pessoas, que confisque a propriedade dos outros ou a desperdice, ou então impeça a reunião de um parlamento democrático. É possível notar as raízes do desenvolvimento do princípio da liberdade como forma de não agressão e que não é justo uma figura externa, nesses casos o Rei ou Estado, intervir na esfera pessoal do indivíduo de forma arbitrária e/ou displicente.

Juan de Mariana agiu de forma a explorar a ideia de uma lei natural, que por sua essência é moralmente superior ao poderio estatal, e conduzi-la à sua conclusão lógica. Essa ideia havia sido anteriormente estudada pelo dominicano Francisco de Vitoria (1485-1546), fundador do direito internacional.

Com o desenvolvimento de suas ideias, já em 1605, com a publicação de *De monetae mutatione* (Sobre a alteração da moeda), Padre Mariana começou a questionar se o rei era dono da propriedade de seus vassallos e cidadãos, concluindo pela negativa. De forma clara, estabeleceu a diferença entre um tirano e um rei, pois este último restringe sua cobiça dentro dos termos da razão e da justiça. Pode-se notar a tradição de se desenvolver o pensamento jurídico *pari passu* com o pensamento econômico e sociológico que se perpetua até hoje nos austríacos. Segue afirmando que a apropriação da riqueza dos indivíduos por parte do rei só é legítima se ambas as partes estiverem de acordo. Da mesma forma, não pode o rei criar monopólios estatais, já que seria apenas uma forma de burlar a regra anteriormente mencionada.

Por fim, Juan de Mariana, quando escreve *Discurso de las enfermedades de la Compania* (Discurso sobre a enfermidade da ordem jesuíta), chega ao que seria o âmago do pensamento austríaco, que é a impossibilidade de se equipar o Estado como exímio organizador da sociedade devido ao não domínio da infinidade de informações presente na mesma por parte daquele. Concluindo que, face a um grande número de leis, caso não sejam todas mantidas ou conhecidas, o respeito por todas está perdido.

1.2 O NASCIMENTO

A Escola Austríaca formaliza-se com a publicação do *Princípios de Economia Política* por Carl Menger, sendo por essência inicial uma escola econômica. Entretanto, o desenrolar do método aplicado por seus precursores e seguidores lhe conferiu o caráter de escola de pensamento.

Carl Menger desenvolve, juntamente com dois outros autores (Léon Walras e W. S. Jevons) localizados em pontos distintos do globo, independentemente e de forma quase simultânea, a teoria da subjetividade do valor, provocando o que se chama na academia de *revolução marginalista*.

Nesse momento, Menger tem o mérito de explicar de forma teórica o aparecimento espontâneo e evolutivo das instituições sociais a partir da própria concepção subjetiva da ação e da interação humanas (SOTO, 2010, pág. 49). A ideia de que o ser humano age através de um processo de evolução em que conjuntamente agem outros seres humanos faz parte da concepção subjetivista de Menger, de forma que ele descobre que o aparecimento das instituições resulta de um processo social constituído por múltiplas ações e interações humanas de indivíduos que nas suas circunstâncias particulares são capazes de perceber que podem atingir mais facilmente seus fins quando adotam determinados comportamentos ordenados. Menger então acreditava ter dado o suporte teórico de que necessitavam os adeptos da teoria evolutiva, histórica e espontânea das instituições (Savigny, Montesquieu, Burke e Hume) na polémica com a concepção cartesiana estritamente racionalista (Thibaut, Bentham e outros utilitaristas).

1.3 O DESENVOLVIMENTO DA ESCOLA AUSTRÍACA E SEUS FRUTOS CONTEMPORÂNEOS

A forma de pensar dos adeptos da Escola Austríaca bebe na fonte dos grandes pensadores clássicos, de forma que a sua estrutura de pensamento engloba as diversas áreas que bordeiam o estudo da sociedade e do indivíduo.

Mas existem ideias centrais sobre as quais gravitam os que se dizem adeptos desta escola de pensamento. No campo do Direito, pode-se afirmar que, sem prejuízo de outras classificações pertinentes, são: subjetividade do valor, individualismo metodológico, conhecimento disperso e ordem espontânea.

A subjetividade do valor, desenvolvida por Menger, em síntese, corresponde à ideia de que é da natureza humana a atribuição de valor subjetivo às atitudes que o indivíduo deseja tomar, ou seja, ele as toma com base em suas convicções pessoais. Por este motivo torna-se primordial preservar a liberdade, como forma de não coerção agressiva, pois somente quando o indivíduo é livre pode expressar quais são seus valores e preferências subjetivas.

Sob a ótica austríaca, para se entender os fenômenos sociais, é necessário compreender as condutas individuais, visto que este é o elemento final da análise, a ação humana. Inclusive, a *magnum opus* de Mises se chama “A Ação Humana”, sendo possível perceber a importância dessa análise para esta escola de pensamento.

Os austríacos demonstram que o conhecimento está disperso e que essa dispersão não articulável desempenha um papel essencial no desenvolvimento da sociedade, sendo constituído pelo conjunto de tradições, hábitos, assim como instituições e normas jurídicas e morais que configuram o direito e tornam possível a própria sociedade.

O conceito de ordem espontânea diz respeito ao fato de que a sociedade não é um sistema racionalmente organizado (SOTO, 2010, págs. 11 e 119-121) por um grupo ou por um mente apenas, é na verdade, um dinâmico processo de constante evolução, resultado de diversas interações entre inúmeros seres humanos, que, por sua própria natureza, jamais poderá ser ordenada de forma consciente por nenhum indivíduo de forma centralizada.

Quando a Escola Austríaca já se organizava em suas terceiras e quartas gerações, surgem, respectivamente, dois grandes pensadores que são de fundamental importância para a análise contemporânea do legado austríaco: Ludwig Von Mises e Friederich Von Hayek (1899-1992), ambos, economistas com doutoramento em Direito e tendo por característica fundamental a facilidade de flutuar pelas mais diversas alas do conhecimento. Com destaque a Hayek que escreveu duas obras magistrais para o campo do Direito: “*Os Fundamentos da Liberdade*” e os três volumes de “*Direito, Legislação e Liberdade*”.

Contemporaneamente, os principais nomes adeptos a essa linha de pensamento da Escola Austríaca, inclusive alguns sob a ótica do pensamento libertário e a fusão das duas correntes no que se chama de austro-libertarianismo, são Hans-Hermann Hoppe (1949 -), Walter Block (1941 -), Jeffrey Tucker (1963 -), Jorge Ubiratan Iorio (1946 -), Jesus Huerta de Soto (1956 -), entre inúmeros outros. Além da importância de se destacar algumas figuras às quais se atribui o mérito do efetivo ressurgimento da Escola Austríaca, que são Murray N. Rothbard (1926 – 1995) e Israel Kirzner (1930 -).

A Escola Austríaca continuou a produzir seus frutos com o passar das eras, mesmo à tangente do *mainstream* acadêmico, sendo notável a sua ascensão recentemente, após a crise econômica de 2008, quando percebeu-se que os prognósticos feitos pelos economistas austríacos haviam se concretizado e retomou-se a análise desse aspecto econômico, entretanto, como é da própria natureza dos seus pensadores, esta necessidade de revisão do pensamento econômico trouxe atrelada a si a inexorável obrigação em analisar os preceitos das ciências sociais afins, tal como o Direito, de forma que o pensamento da Escola Austríaca como um todo tem ganhado relevância nas discussões acadêmicas atuais.

2. O PENSAMENTO AUSTRIACO E O DIREITO

Indubitavelmente, uma das grandes contribuições dos antepassados escolásticos espanhóis foi a teoria das leis e do direito natural. À ideia da lei natural atribui-se o nascimento na Grécia Antiga com as ideias de Platão e Aristóteles. Este último, em *Política* argumenta que a natureza humana é formada de modo que tudo tende a uma finalidade, portanto, o homem deveria se orientar em conformidade com a sua natureza, existente no cosmo metafísico, procurando alcançar a perfeição (ARISTÓTELES, 1985, Verbete 1252a). A essência do direito natural que é explorada na ótica dos austríacos diz respeito àquele que é um imenso obstáculo ao absolutismo estatal e tem início no pensamento católico, fluindo até os filósofos morais britânicos e franceses. Tal estruturação é exposta nas lições de Schumpeter (1954, págs. 91-92) ao enfatizar a defesa do instituto da propriedade privada por Santo Tomás de Aquino, assim como pela ênfase antiestatizante do escolástico Juan de Mariana.

Vale ressaltar que a teoria dos direitos naturais, do século XVIII, possuía um cunho demasiadamente mais libertário e individualista do que a versão escolástica, entretanto, é notória a existência de uma continuidade. É possível afirmar que o pensamento jurídico dos austríacos está intrinsecamente ligado à ideia do direito natural como instituto anterior e superior ao direito positivo, vista a possibilidade de que este seja apenas instrumento por parte do Estado para benefício próprio, enquanto aquele está intimamente ligado à ideia de justiça.

2.1 A LEI NATURAL E A ÉTICA ROTHBARDIANA

Murray Rothbard em sua obra *A Ética da Liberdade* procura fazer um resgate da teoria da lei natural e através dela derivar uma filosofia política. Desta forma, na parte inicial de sua obra ele faz a exposição do que vem a ser a lei natural, deixando clara a sua discordância com os que defendem o exclusivo meio de alcançá-la através da fé teológica, assim como os adeptos ao ceticismo de que alcançá-la é impossível.

Para a concepção do Direito Natural, Rothbard adere ao método racionalista, assim, seguindo o direcionamento proposto por Santo Tomás de Aquino, em contraproposta à tese defendida por alguns protestantes da “Revelação direta”. Surge então a defesa de que os princípios éticos advêm da própria natureza humana, pois, em face da existência do livre-arbítrio, o homem não pode ser coagido por outros, a não ser que ele atue de modo a iniciar alguma forma de violência.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Sob a ótica austríaca, as leis não seriam mero fruto de manifestações de vontade por parte daqueles que possuem o poder, mas sim fruto da evolução natural, das tradições, costumes. Dessa forma, a lei não deve ser “inventada”, mas, “descoberta” (CONSTANTINO, 2009, págs. 91-94).

Rothbard desenvolve sua teoria como forma de defesa de uma sociedade de leis privadas – posicionamento também explorado, atualmente, por Has-Hermann Hoppe –, chegando inclusive a expor que conforme a lógica dos processos de mercado e em semelhança aos sistemas de *ordem espontânea* haveria uma evolução destas leis cada vez mais convergente à Lei Natural, em consonância aos valores subjetivos da sociedade ao invés de interesses dos governantes. Entretanto, vale ressaltar que o princípio da Lei Natural divide alguns dos pensadores da Escola Austríaca. Ludwig Von Mises (2007, págs. 63-68 e 106-110) entendia a perspectiva da lei natural como limite às arbitrariedades das leis positivistas, entretanto, afirmava ser inviável a resolução de todos os conflitos através da razão.

2.2 OS PILARES FUNDAMENTAIS

Vida, liberdade, propriedade privada e igualdade (formal), estes são os direitos humanos defendidos pela Escola Austríaca. Percebe-se então a estreita vinculação com a corrente jusnaturalista moderna, entretanto, as divergências surgem quanto àqueles que se posicionam sob a ótica minarquista, em que o Estado existe e funciona como garantidor destas liberdades, e aqueles que defendem a extinção do Estado e a consequente salvaguarda destes direitos para a própria sociedade.

Historicamente, percebe-se que foram os ideais que fundamentaram a Declaração de Direitos de Virgínia de forma substancial e, posteriormente, com algumas alterações, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que posteriormente iriam conferir substrato para parte do documento que se concretizaria como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) adotada pela Organização das Nações Unidas.

A defesa desses direitos está diretamente atrelada à concepção de que eles pertencem, em primeira instância, ao domínio da ética interpessoal, se aplicando à esfera política apenas de maneira secundária. É a consequência da visão de que os direitos não são frutos do sistema político, mas, anteriores a este e o limitam.

Indubitavelmente, o direito à liberdade possui um enfoque privilegiado para os adeptos da Escola Austríaca, o discurso pró-liberdade é a marca registrada desses pensadores. A liberdade sempre foi o fim almejado pelos que fundaram esta corrente de pensamento, sempre partindo da ideia da não iniciação do uso da força por outrem ou contra outrem.

Rothbard, ampliou essa perspectiva quando em *Ética da Liberdade* desenvolve toda uma análise de que todos os direitos podem se resumir no direito de *propriedade*, ao afirmar, por exemplo, que a vida é a propriedade sobre o próprio corpo, assim como a liberdade, sendo que ao ser morto ou escravizado, o indivíduo sofre uma agressão à sua propriedade sobre si. Entretanto, a visão explorada na presente análise é aquela trazida pelos pioneiros da Escola Austríaca e desenvolvida por grande parte dos seus adeptos, que consagra essa distinção entre os direitos basilares e atribuindo imenso valor ao direito à liberdade.

2.2.1 PRIMAZIA DA LIBERDADE

O direito à liberdade sempre foi o estandarte principal dos austríacos, de forma que seja sob a classificação em liberal ou libertário, o adepto a essa forma de pensamento sempre preza em seu discurso pela palavra “liberdade”.

É um conceito amplamente discutido, analisado e estudado em toda a sua complexidade. Uma ideia coerente sobre esse conceito é a exposta por Lorde Acton apud Leoni (2010, pág. 39): “Com a palavra liberdade, refiro-me à segurança de que todo homem terá proteção para fazer o que acredita ser sua obrigação, contra a influência da autoridade e das maiorias, costumes e opiniões”.

Sobre a profundidade do conceito do princípio da liberdade, é crucial a lição de Leoni (2010, pág. 49):

‘Liberdade’, então, como um termo que designa um princípio político geral, pode, assim, ter significados só aparentemente semelhantes em sistemas políticos diferentes. É preciso que se tenha em mente, também, que essa palavra pode ter significados diferentes e implicações diferentes em momentos diferentes da história de um mesmo sistema legal, e, o que é ainda mais impressionante, pode ter significados diferentes, ao mesmo tempo, em um mesmo sistema legal, em circunstâncias diferentes e para pessoas diferentes.

Na continuidade da exposição supramencionada, chega-se à conclusão de que *liberdade* não pode ser definida à similaridade do que se faz com um objeto material e corpóreo, de forma Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

que tal definição está intrinsecamente ligada ao *significado* que damos a ela. A liberdade significa que o indivíduo é *livre* quando pode impedir outras pessoas de o reprimirem.

Rothbard estabelece como princípio basilar do seu libertarismo/libertarianismo o “princípio da não agressão”, como sendo, em síntese, a negativa de direito a qualquer pessoa de iniciar ou ameaçar usar a força contra outrem ou sua propriedade de forma direta, ou autorizando terceiros – como exemplo clássico, o Estado – a fazê-lo. Essa constitui a essência de sua filosofia política com implicação em campos como Direito, Moral e Ética, sustentando que a paz, prosperidade e a realização dos indivíduos só é possível em um sistema social baseado no respeito irrestrito pela vida, liberdade e propriedade dos indivíduos.

O império da lei, associado à igualdade formal, que seja, aquela na qual os indivíduos são tratados de forma igual perante à lei, assim como o respeito aos direitos individuais de propriedade, vida e liberdade, constituem o coração do ideal austríaco, através do qual orbitam ideais sobre os meios de se alcançar tais fins e os modelos a serem adotados para tanto.

2.3 CRÍTICA AO MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO

As faixas do pensamento daqueles adeptos aos ensinamentos da Escola Austríaca oscilam em diversas amplitudes no que se refere à função do Estado, chegando inclusive ao questionamento da necessidade de existência do mesmo.

Os primeiros austríacos entendiam o Estado como um mal necessário, algo que precisava estar ali para assegurar os direitos à propriedade e afins, entretanto, deixando uma ampla esfera de liberdade para os indivíduos.

Hayek, assim como o liberal clássico Adam Smith, reconhece que a prestação jurisdicional é função do Estado. Acontece que a propagação dessa visão oculta o fato de que a administração da Justiça e o processo de mediação e arbitragem de conflitos é anterior à formação do próprio Estado moderno.

Contemporaneamente, principalmente com Hans-Hermann Hoppe, tem-se uma maior exploração da perspectiva do conceito de sociedade livre, uma sociedade na qual não há interferência estatal, pensamento também conhecido pela alcunha de anarcocapitalismo. Independente de concordância ou não com a solução proposta por Hoppe, que corresponde ao

desenvolvimento da ideia de Rothbard, a sua perspectiva sob a função jurisdicional e legiferante do Estado é de essencial importância para o Direito, principalmente pela sua análise sob o enfoque genuinamente austríaco de como o Estado gerencia a prestação desses dois serviços através da atribuição para si sob o nome de *funções*.

O Estado é detentor do monopólio jurisdicional sob seu território, por consequência, determina unilateralmente os preços a serem pagos para a prestação de seus serviços de juiz. Vale ressaltar que ele, no exercício do poder jurisdicional, encontra-se sujeito aos mesmos problemas e ineficiências graves que qualquer outra operação governamental. Dessa forma, frente à inexistência de concorrência, não se torna possível garantir um nível satisfatório de eficiência. Tal paradigma tem sido abalado pelo crescente aumento na demanda de serviços de mediação e arbitragem privados, entretanto, ainda não alcançando patamares que possam causar o "choque de realidade" no Estado.

Mencionando essa crítica, entretanto, com foco na questão da arbitragem, mas que se aplica analogicamente à mediação, segue parte da fala do professor e jurista André Luiz Santa Cruz Ramos em entrevista à Revista Vila Nova no ano de 2012:

O estado é um litigante contumaz, e o professor Hans-Hermann Hoppe, autor que tenho lido muito ultimamente, tem uma explicação muito convincente para esse fenômeno: se o estado tem o monopólio jurisdicional, sendo o julgador de última instância em qualquer litígio, inclusive naqueles em que o próprio estado é parte, ele não tem incentivos para reduzir conflitos, mas para criar conflitos, na expectativa de que sejam decididos em seu favor. Essa é a principal causa do asoberbamento do Poder Judiciário e da morosidade da justiça estatal. (...) O estado, "empresário monopolista" da jurisdição, cria o problema e propõe resolvê-lo, sempre de forma ineficiente, prejudicando o "consumidor" dos serviços judiciários. Por isso eu tenho defendido tanto a arbitragem, que felizmente tem crescido e funcionado, sobretudo para as empresas, como um eficiente meio alternativo de solução de litígios. Somente com a quebra efetiva do monopólio da jurisdição estatal, de tal forma que o Poder Judiciário se veja obrigado a competir com tribunais arbitrais privados nos mais variados ramos do direito, é que o cidadão terá acesso a serviços judiciários baratos e eficientes. É preciso que a arbitragem deixe de ser privilégio das grandes empresas e se torne acessível também aos pobres, especialmente em ramos como o direito do trabalho e o direito do consumidor.

A conclusão lógica dessa análise é que tem de ser estimulada a realização da tarefa mediacional e jurisdicional por empresas privadas que comprovadamente demonstrem seu potencial em um mercado concorrencial e livre – à semelhança do que acontece com a prestação de quaisquer outros serviços. Uma grande vantagem nessa prática é a existência de um contrato explícito e aceito de forma consensual, ou seja, quem irá prover o serviço de mediação estabelece desde já o preço e os moldes nos quais serão aplicados seus serviços, o que inexistente na esfera pública, o Estado não estabeleceu um contrato consensual no qual ele descreve os serviços a serem fornecidos e o que acontece caso ele falhe na prestação desses serviços, pois,

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

estando sob a sua esfera jurisdicional, o indivíduo encontra-se automaticamente sujeito ao seu monopólio.

3. MEDIAÇÃO À LUZ DA ESCOLA AUSTRÍACA

Depois de percebido que o Estado não possui ferramentas a fim de cuidar de todas as demandas que lhe são propostas ou acaba por arrastar a lide a uma inconformada sentença morosa, tem-se excogitado outros meios para a solução de conflitos. Criminalizando a autotutela, vem-se dando incentivo a meios alternativos como arbitragem e a mediação.

Entretanto, como bem ensina (GRINOVER, 2014, págs. 49-50):

Poderosa tendência doutrinária atribui à arbitragem natureza jurisdicional. A única diferença entre a jurisdição arbitral e a jurisdição consistiria na circunstância de que o juízo arbitral é atribuído a um privado, investido de jurisdição pela vontade das partes, enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juízes e tribunais (...).

Pairando nessas assertivas depreende-se que mesmo o uso da arbitragem como meio alternativo para resolução de conflitos, esta não se mostra destituída da influência da autoridade e das maiorias, costumes e opiniões.

Já a mediação, através de um terceiro particular, trabalha autonomamente o conflito para culminar em sua pacificação. Tendo como método o trabalho do conflito, a mediação mostra-se completamente voluntária, desta forma trazendo ao cidadão a descaracterização de partes ganhadora e perdedora e uma independência para a resolução de conflitos comumente levados ao formalismo processual. Essa prática tem-se mostrado crescente, como bem Rothbard (2013, pág. 264) explica:

Deveríamos todos estar mais habituados com o uso crescente da arbitragem ou mediação privada, até mesmo em nossa sociedade atual. Os tribunais do governo se tornaram tão sobrecarregados, ineficientes e dispendiosos que cada vez mais as partes envolvidas estão recorrendo a mediadores privados como uma forma mais barata e menos demorada de resolver suas disputas. Nos últimos anos, a mediação privada tem se tornado uma profissão crescente e altamente bem-sucedida. Além do mais, por ser uma ocupação voluntária, as regras da mediação podem ser decididas rapidamente pelas próprias partes envolvidas, sem a necessidade de uma estrutura legal complexa e enfadonha que deve ser aplicada a todos os cidadãos. A mediação, logo, permite que os julgamentos sejam realizados por pessoas que tenham conhecimentos específicos na atividade ou ocupação envolvida no caso. Atualmente, A Associação Americana de Arbitragem (American Arbitration Association), cujo lema é "O Aperto de Mão é Mais Poderoso que o Punho", tem 25 escritórios regionais espalhados por todo o país, com 23.000 mediadores. Em 1969, a Associação realizou mais de 22.000 mediações. Além disso, as companhias de seguros resolvem mais de 50.000 disputas por ano através da arbitragem voluntária.

Para que não haja receios acerca do processo de mediação, a partir do momento em há a concordância dos envolvidos com o procedimento para a discussão do conflito, as decisões acertadas para a sua solução são de responsabilidade das partes podendo se transformar em acordos informais, títulos executivos extrajudiciais e homologados judicialmente. Atualmente isso é possível, mas antes de 1920 era inexistente. Foi na Inglaterra que melhor se desenvolveu o movimento moderno de arbitragem dentro do período da Guerra Civil Americana, onde mercadores se utilizavam de “tribunais privados”, constituídos por mediadores voluntários, ainda que suas decisões fossem destituídas de valor legal. Por volta de 1900 esse método passou a se firmar nos Estados Unidos, alcançando maiores crescimentos até 1920, do que este mesmo ano até os atuais.

Dentro de um mundo onde mares e terras não são mais obstáculos para a interação humana e, conseqüentemente, seus conflitos, o Estado não consegue dominar o mundo virtual e seus desdobramentos. A título de ilustração, é deveras pertinente analisar a problemática na qual se envolve a mundialmente conhecida empresa eletrônica eBay que possibilita qualquer usuário de internet tornar-se mercador e comprador na comodidade de seu lar. E para intermediar as transações não só nessa empresa, veio o PayPal, também sendo uma empresa eletrônica, mas especializada na transferência de dinheiro entre mercadores e compradores de maneira segura, sem a necessidade de acesso de terceiros desconhecidos a documentos pessoais ou números de cartão de crédito.

A grande vantagem dessa empresa que realiza as transferências é de garantir a satisfação e segurança do comprador que pode residir em continente diverso do vendedor com o qual negocia. Quando o recebimento de um produto de outro país não é o acordado na compra, entra-se em contato com o vendedor através do eBay para a resolução, inicia-se um processo informal de mediação por parte do Paypal, caso não seja resolvida a contenda, este pode vir a restituir o comprador no valor do bem. São interações que ocorrem diariamente em escala mundial, sem que haja a necessidade de mover o judiciário e operadores do Direito de cada país para uma solução de fácil acesso a mediação privada.

Com o devido estímulo, por parte da sociedade, no tocante à difusão das ideias referentes às vantagens da mediação, e por parte do Estado, com a expansão da sua abstenção ao monopólio jurisdicional, permitindo que mais áreas sejam abarcadas pela competência da mediação, deparar-se-á com uma futura expansão do serviço de mediação privada, com conseqüente melhoria na qualidade dos serviços prestados por força da concorrência que forçará os mediadores a aprimorarem-se na prestação dos serviços. Estas ideias de melhoria na

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

prestação dos serviços como fruto da expansão da oferta e aumento na necessidade de aprimorar-se já eram difundidas pelos escolásticos Luis de Molina e Castillo de Bovadilla.

Comprovando que a iniciativa privada para a resolução de conflitos é mais eficaz, tem-se a Inglaterra como exemplo, que na Idade Média detinha uma lei mercantil administrada de forma ineficaz pelos tribunais do governo, veio a se desenvolver nos tribunais privados dos mercadores.

A morosidade do sistema judiciário é, indubitavelmente, um dos principais motivos de prejuízo ao erário, assim como, de fomento à sensação de insatisfação e revolta por parte daqueles que utilizam-se dos seus serviços no pleito de demandas. A mediação, em sentido contrário, tem por principal característica a celeridade, resultando em soluções mais rápidas, favorecendo a natureza humana de acordo com o conceito de "preferência temporal" redescoberto pelo escolástico Martin de Azpilcurta em 1556 e posteriormente desenvolvido por um dos primeiros austríacos, Bön-Baewerk, desta forma, o indivíduo valoriza mais uma decisão acertada a curto prazo do que uma que se estenda *ad infinitum*.

A liberdade permite negociar e transigir de forma espontânea, desta forma se desenvolve a mediação, através da análise do conflito trazido por duas partes com o objetivo de solucioná-lo. Sem olvidar que essa solução é destituída de coerção agressiva visto que a proposta de resolução é passível de aceitação dos demandados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A natureza do Direito tende a fazer que com o estudo desse ramo de conhecimento seja hercúleo, pois, ao contrário das ciências exatas, lida com pessoas e estas são variáveis. Por essa razão, justifica-se a vasta pluralidade de formas de pensamento, caracterizadas por conjuntos de teorias distintos que tratam de tentar explicar e analisar os fatos que ocorrem no convívio social.

Inúmeras são as respostas que vêm à tona na discussão sobre os problemas que existem na sociedade e suas formas de pacificação. A Escola Austríaca traz uma abundante quantidade de argumentos para entender e desenvolver esta análise, pautados sempre em uma visão holística e multidisciplinar, intuindo de forma racional uma incisiva análise do panorama das questões levantadas. A subjetividade dos valores, individualismo metodológico, reconhecimento

de que o conhecimento encontra-se disperso e a percepção de uma ordem espontânea formam o substrato dessa perspectiva.

Nessa visão geral ocorre de forma substancial uma valoração da liberdade e dos valores associados a esta. A liberdade como aspecto de não coerção agressiva por parte de outrem, sejam indivíduos ou outras figuras como o Estado, é o cerne do pensamento austríacos. A associação desse ideal, com a análise empírica de que o monopólio jurisdicional por parte do Estado está fadado ao insucesso, faz com que surja a imperatividade de criação de novas formas de pacificação de conflitos.

A mediação como forma de solução pacífica de conflitos realizada por instituições de natureza privada reluz como o futuro e melhor retrato do progresso no sentido de atender à natureza humana de conviver em sociedade e pacificar suas lides por conta própria, sem a necessária intervenção de um ente terceiro à relação e detentor do monopólio coercitivo.

Os ensinamentos austríacos vêm para agregar imensurável valor à discussão em torno do Direito, trazendo uma nova forma de olhar este tão precioso bem o qual usufruem os homens. Ao enxergar a liberdade como direito inerente à natureza humana e indissociável da mesma, abre-se o campo de visão para a essência do indivíduo, que é o poder de ser livre e, em todas as formas de convívio social, prezar por manter esse status, perpetuando a sua natureza.

REFERÊNCIAS

Aristóteles. **Política**. Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

CONSTANTINO, Rodrigo. **Economia do Indivíduo: O Legado da Escola Austríaca**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2009.

DOLAN, Edwin G. et al. **The Foundations of Modern Austrian Economics**. Missouri: Sheed & Ward Inc., 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: Uma História**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IORIO, Jorge Ubiratan. **A importância dos pós-escolásticos para a Escola Austríaca**. Disponível em <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1694>>. Acesso em 16 de Outubro de 2014.

LEONI, Bruno. **A Liberdade e a Lei**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

_____. **Freedom and the Law**. Indiana: Liberty Fund, 1991.

MISES, Ludwig Von. **Theory and History**. Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2007.

MURPHY, Robert P. **A possibilidade de uma justiça privada**. Disponível em <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=93>>. Acesso em 16 de Outubro de 2014.

PORTAL BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 18 de Outubro de 2014.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 4, n. 1, June 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 de Outubro de 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Entrevista à Revista Vila Nova**, Paraíba, Dez. 2012. Disponível em <<http://revistavilanova.com/entrevista-com-o-jurista-andre-luiz-santa-cruz-ramos/>>. Acesso em 20 de Outubro de 2014.

ROTHBARD, Murray N. **A Ética da Liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

_____. **Por Uma Nova Liberdade: O Manifesto Libertário**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

SANTANA, Adriel; Santoro, Bernardo. **Direitos humanos: história, fundamentos e críticas.** Disponível em <<http://www.libertarianismo.org/index.php/artigos/direitos-humanos-historia-fundamentos-criticas/>>. Acesso em 18 de Outubro de 2014.

SOTO, Jesus Huerta de. **A Escola Austríaca.** São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Filosofia do Direito.** São Paulo: IOB Thomson, 2005.

O PROCESSO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO

THE PROCESS OF EFFECTIVATION OF HUMAN RIGHTS AND THE PRACTICE OF MEDIATION

Karin Kelbert Turra¹
Matheus De Abreu Acerbi²

RESUMO

O presente artigo apresenta como principal objetivo a realização de uma abordagem relacionada à forma como se dá a utilização dos métodos autocompositivos, em especial a mediação, na consolidação dos Direitos Humanos. Ademais, busca atribuir resposta ao seguinte problema de pesquisa: como a mediação pode contribuir para a efetivação dos Direitos Humanos e a consequente promoção da cidadania? A partir de uma análise individual das temáticas envolvidas, abrangendo a efetuação de um exame histórico da implementação dos direitos humanos no cenário internacional e da explicação da estrutura da mediação, tornou-se possível a realização de uma discussão sobre a potencial contribuição que a mediação pode prestar no sentido da capacitação do indivíduo para a gestão das diferenças e dos conflitos na perspectiva dos Direitos Humanos, não apenas em âmbito nacional, como também na esfera internacional. Por fim, tendo como base a avaliação de pesquisas bibliográficas e documentais, efetivou-se a possibilidade de comprovação da eficácia da mediação na defesa dos direitos humanos por meio da análise de determinados casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Direitos Humanos; Cidadania.

ABSTRACT

This article presents the main objective of conducting an approachment relating the use of self composed methods, particularly mediation, to the consolidation of Human Rights. Moreover, it seeks to ascribe an answer to the following research problem: how can the mediation contribute to the effectuation of human rights and the consequent promotion of citizenship? From an individual analysis of the thematics involved, including the effectuation of a historical examination of the implementation of human rights in the international scenario and the explanation of the structure of mediation, it became possible to hold a discussion about the potential contribution that mediation can provide towards the empowerment of the individual to manage the differences and conflicts from the perspective of human rights as a citizen, not only nationally, but also internationally. Finally, based on the evaluation of bibliographic and documentary research was carried out through the possibility of proving the effectiveness of mediation in defense of human rights through the analysis of concrete cases. Finally, based on the evaluation of bibliographic and documentary research it was possible to ensure the possibility of proving the effectiveness of mediation in defense of human rights through the analysis of concrete cases.

KEYWORDS: Mediation; Human Rights; Citizenship.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Mediação como método alternativo de solução de conflitos. 2. Direitos Humanos. 3. Aplicação da mediação na busca da efetivação dos direitos humanos. 4. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Os conflitos são inerentes ao convívio social, já que embates ideológicos e principiológicos sempre existirão nas interações humanas.

Diante dessa realidade, em que os conflitos surgem incessantemente, notou-se uma evolução histórica na criação de instrumentos voltados para a resolução desses conflitos de forma a não compactuar com a autotutela.

Ademais, destaca-se o estabelecimento de garantias mínimas a todos os indivíduos indistintamente e que devem servir também como fundamento base para sanar situações conflituosas, os chamados “Direitos Humanos”, expressão criada em meados do século XX em referência a um conjunto de direitos obtidos por qualquer indivíduo pelo simples fato de ser humano.

Em consonância com o exposto, Fábio Konder Comparato aduz que

os Direitos Humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação. (COMPARATO, 2001, p.26)

Nesse contexto, a mediação surge como um dos métodos ou instrumentos alternativos que vêm ganhando destaque na solução de litígios e diminuindo a dependência pelo método processual (jurisdicional) de findar as lides sociológicas.

Quanto a mediação, essa se apresenta como um método autocompositivo para a resolução de desacordos, caracterizado pela presença de um terceiro imparcial que atua de modo

a facilitar o diálogo e a capacitar as partes para que possam não apenas solucionar o conflito em que estão envolvidos, como também fortalecer o vínculo entre si.

Sendo assim, evidencia-se a adequação do uso da mediação em questões que envolvam a busca pela concretização dos direitos humanos, tendo em vista a qualificação do indivíduo no gerenciamento de diferenças e exercício da cidadania, fatores esses impulsionados pela mediação e que favorecem a efetivação dos direitos acima citados.

Nessa conjuntura, há de se destacar também o fato de que a aplicação da mediação vem sendo realizada tanto no âmbito nacional quanto no internacional, visando a promoção de uma cidadania global, comprometida com a afirmação dos direitos humanos, através de uma resolução pacífica dos conflitos e da interação da comunidade internacional nesse sentido.

Enfim, este trabalho objetiva explicar a relação existente entre a busca pela real efetivação dos direitos humanos e a prática da mediação, ampliando o conjunto de mecanismos a serviço desses direitos de importância imensurável.

1 MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A existência de conflitos é inerente à convivência humana, uma vez que os homens são considerados, por natureza, seres sociais. Nesse contexto, o conflito existe quando há uma incompatibilidade de interesses, valores e/ou ideologias vinculadas à condição humana.

Por conseguinte, Jean-Marie Muller afirma que “nossa relação com os outros é parte constitutiva de nossa personalidade. A existência humana do homem não é estar-no-mundo, mas estar-com-os-outros. O homem é essencialmente um ser relacional.” (1995, p.18). Alude ainda que “o conflito significa o confronto a minha vontade com a do outro, pois cada um deseja vencer a resistência do outro.” (1995, p. 19). Para Muller,

a função do conflito é estabelecer um contrato, um pacto entre adversários que satisfaça seus respectivos direitos, e conseguir, por esse meio, construir relações de equidade e justiça entre os indivíduos, na mesma e entre diferentes comunidades. (1995, p. 20)

Assim sendo, segundo o Instituto de Tecnologia Social e a Secretaria Especial de Direitos Humanos (2009, p. 28), os conflitos podem ser visualizados de duas diferentes maneiras, sendo estas a positiva e a negativa. Quanto à negativa, observa-se uma aproximação entre os conceitos de conflito e “briga”, ou seja, o conflito é visto como sinônimo de

intolerância ou desentendimento, que está diretamente relacionado à violência, caracterizadora de uma briga. Já a positiva leva ao entendimento de que os conflitos fazem parte da evolução dos seres humanos e são necessários para o crescimento de qualquer família, grupo político, social ou profissional, entre outros.

Nessa conjuntura social, marcada pela existência do conflito, diversos são os métodos alternativos, isto é, não jurisdicionais, para a solução dos mesmos. Dentre eles destacam-se os métodos autocompositivos, sendo eles a mediação, a conciliação e a negociação. Não obstante, no presente estudo ater-nos-emos apenas ao primeiro destes.

A mediação, como explicitado no parágrafo acima, consiste num método de solução de conflitos autocompositivo, uma vez que o litígio é solucionado exclusivamente pelos próprios integrantes do mesmo, sem a influência de terceiros na decisão. O mediador apenas atua no processo de mediação como um facilitador do diálogo, permitindo a comunicação adequada entre as partes, visando não apenas solucionar o conflito, mas também extinguir a lide sociológica. Nesse sentido, Maria de Nazareth Serpa aponta a mediação como sendo “um processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução.” (SERPA, 1999, p. 90)

Confirmando tal ideia, surgem as palavras de Luis Alberto Warat, para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos. Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar o conflito. (WARAT, 2001, p.31)

Desse modo, na concepção de André Luis Nascimento:

a mediação é boa para administrar conflitos, diminuir a violência, criar uma cultura de paz, melhorar as relações humanas, gerar possibilidades de crescimento individual e comunitário, garantir direitos, enfim, tornar efetivo o acesso à justiça, em seu mais amplo sentido. (NASCIMENTO, 2007, p.22)

Em vias de garantir o acesso à justiça, direito essencial a todos os indivíduos, a mediação deve ser realizada à luz de determinados princípios, sendo alguns deles o princípio da autonomia privada, da boa fé, da confidencialidade e igualdade das partes.

O princípio da autonomia consiste na possibilidade das partes resolverem o conflito por si só, sendo que “o acordo entre as partes é sempre obtido de forma voluntária, sem imposições ou coerção, permitindo aos participantes abandonar o processo a qualquer momento”

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

(MORAIS, 1999). Enquanto isso, o princípio da boa-fé constitui a obrigação de agir ou comportar-se segundo determinados padrões de retidão e honestidade, de modo a não frustrar a expectativa da outra parte. (NORONHA, 1994, p. 131). Por outro lado, o princípio da confidencialidade aduz que a mediação deve ser realizada em ambiente secreto, salvo se outra for a vontade das partes. (MORAIS, 1999). Por fim, o princípio da igualdade entre as partes é garantido artigo 5º da Constituição Federal, no que dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à igualdade.

Além dos aspectos já descritos, a mediação apresenta um caráter transformativo, o qual segundo Ricardo Goretti Santos, “atribui ao mediador o encargo de tentar transformar as relações dos mediados, contribuindo para a legitimação e o reconhecimento entre os mesmos, ou seja: a valorização enquanto pessoas.” (2012, p. 164)

Ainda segundo o referido autor,

o modelo transformador de mediação tem como objetivo imediato levar os mediados à transformação enquanto pessoas, para que aprendam a se colocar no lugar do outro e a administrar seus próprios problemas, sempre de forma colaborativa. O acordo seria uma consequência desse processo de transformação pessoal dos mediados, que se faz consagrado a partir do empoderamento e do reconhecimento desses indivíduos. (2012, p. 166)

Ademais, vê-se ser também imprescindível ao mediador o seguimento de determinadas etapas para o alcance do resultado esperado, ou seja, a revolução do conflito e o fortalecimento da relação entre as partes, possibilitando a sua continuidade pacífica. Primeiramente, torna-se necessário encontrar um lugar propício, que seja calmo. Logo após, deve-se fazer uso da escuta ativa, que consiste em estar apto a receber aquilo que é espontaneamente informado pelas partes, refletir e buscar sempre mais informações, e, por fim, ajudar as partes a encontrar uma solução consensual para o conflito.

Enfim, o papel do mediador envolve a busca de uma solução amistosa para o conflito através de uma alteração no relacionamento entre os litigantes. Sendo assim,

para que o reflexo transformativo decorra do conflito (...) o mediador: deve gerar e apoiar um contexto em que as próprias partes tomem as decisões; não julgar as partes ou seus pontos de vista; considerar a competências e os motivos das partes; ser responsivo à expressão de emoções; ensinar e explorar a ambiguidade das partes; estar concentrado no aqui e agora da interação do conflito; garimpar o passado em busca de seu valor para o presente; entender a intervenção como um ponto dentro de uma estrutura de tempo mais ampla e, finalmente, os mediadores transformativos extraem satisfação de seu

ofício quando oportunidades de capacitação e reconhecimento das partes são reveladas no processo e quando é possível ajudar as partes a reagir nesse sentido. (FOLGER e BUSH, 1999)

2 DIREITOS HUMANOS

No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento esse que veio a estabelecer os “Direitos Humanos”, expressão utilizada em âmbito internacional e referente a um conjunto de direitos inerente aos seres humanos, como os direitos à vida, à alimentação, saúde, moradia, educação, liberdade de expressão, liberdade política entre outros, garantidos expressamente pelo artigo 2º desse documento, cujo enunciado diz que

toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidas na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Nessa conjuntura, os Direitos Humanos surgem como uma resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e segundo Flávia Piovesan, à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos já existisse (PIOVESAN, 2006, p. 140).

Desse modo, observa-se um ponto de contato entre os direitos supracitados e a aplicação da democracia, tendo em vista que somente uma distribuição equitativa de condições mínimas pode garantir possibilidades a todos e evitar que direitos relacionados à vida, saúde, educação e trabalho tornem-se privilégios de alguns.

Também quanto ao surgimento dos Direitos Humanos, percebe-se que, de fato, segundo José Augusto Lindgren Alves, os direitos humanos ganham força sob a égide da Organização das Nações Unidas (ALVES, 2003, p. 73), tendo em vista a criação dos inúmeros tratados internacionais referentes à essa temática, em especial a Declaração Universal de Direitos Humanos, podendo também destacar o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No que concerne à proteção dos direitos humanos, evidencia-se o papel fundamental da Organização das Nações Unidas, já que vem a proclamar

un conjunto global de instrumentos de derechos humanos – un código universal de derechos humanos protegidos internacionalmente – al cual se pueden suscribir todas las naciones y al cual pueden aspirar todos los pueblos. La Organización no solo há definido una amplia gama de derechos reconocidos internacionalmente, como derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles sino también há establecido mecanismos para promoverlos y protegerlos y para ayudar a los gobiernos a que cumplan sus obligaciones. (2004, p. 295)

Nesse cenário, o fortalecimento da matéria de direitos humanos promove a integração da dignidade da pessoa humana na pauta de objetivos a serem alcançados em âmbito internacional. Sendo assim, a dignidade torna-se elemento essencial para o fortalecimento do Direito internacional dos Direitos Humanos, determinando mecanismos de proteção a tais direitos.

Ademais, vê-se também a existência de diferentes órgãos que compõem a Organização das Nações Unidas, cada qual com sua função a ser realizada para o alcance da proteção dos Direitos Humanos. Dentre eles, segundo a obra “Acesso à Justiça, Direitos Humanos e mediação”, organizada por Fabiana Marion Spengler e Gilmar Antonio Bedin, pode-se destacar a Comissão de Direitos Humanos e o Conselho de Direitos Humanos. Sendo que o primeiro atua no sentido de propor recomendações, elaboração de relatórios sobre a proteção dos direitos humanos, repudiando toda forma de discriminação, enquanto o segundo atribui especial importância ao diálogo e cooperação internacionais como forma de viabilizar a proteção e fomento dos direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento. (SPENGLER e BEDIN, 2013, p. 215)

3 A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A partir do conteúdo exposto, é possível depreender que há uma intrínseca necessidade da aplicação da mediação como forma de efetivação dos direitos humanos, como uma verdadeira “ponte” de acesso e de diálogo entre cidadão e Estado para a efetivação, por parte do Estado, do acesso aos direitos inerentes à condição humana.

Quanto a isso, a mediação desenvolve no indivíduo a capacidade para gerir seus próprios conflitos, garantindo sua participação e pluralidade na busca por soluções justas. Assim, qualificando-os para o exercício da cidadania, relacionado à busca pela garantia dos direitos humanos.

A partir da mediação, há um maior diálogo e gestão das diferenças, tornando possível a existência de uma sociedade na qual o conflito não será extinto, mas sim será modificada a forma de gerenciá-los e resolvê-los.

Acerca do exposto, F.M. Spengler aduz que a mediação é essencialmente um procedimento democrático porque rompe, dissolve estruturas regradas e determinadas pelo conjunto normativo. É democrática porque acolhe a desordem – e, por conseguinte, o conflito – como possibilidade de evolução social. (SPENGLER, 2011, p. 215)

Ainda nesse aspecto, Spengler considera a mediação a melhor fórmula para superar o imaginário do normativismo jurídico, deixando de lado a busca pela segurança, da previsibilidade e certeza jurídica para cumprir com os objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. As práticas da mediação consistem num instrumento de exercício da cidadania na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidam pelos afetados em um conflito, sendo assim, podem vir a atuar na defesa dos direitos humanos.

A exemplo da aplicação da mediação visando a garantia dos direitos humanos em âmbito internacional, adotou-se em 21 de maio de 2008, entrando em vigor apenas três anos depois, a Diretiva da União Europeia sobre mediação, aplicada em litígios transfronteiriços de caráter civil e comercial, quando ambas as partes decidem voluntariamente solucionar seu conflito por meio de um mediador imparcial e seguindo a lógica internacional dos Direitos Humanos. Sendo assim, atua de modo a facilitar a resolução dos litígios contribuindo para minimizar a perda de tempo, reduzindo os custos processuais e garantindo o exercício da cidadania.

Já em âmbito nacional, um exemplo concreto da efetivação direitos humanos a partir da prática da mediação se dá pelo Núcleo de Mediação e Cidadania pertencente ao programa Pólos de Cidadania, atividade de extensão da Universidade Federal de Minas Gerais, criada em 1995 por professores da mesma.

Tal programa apresenta como objetivo a concretização de direitos humanos por meio do fortalecimento da consciência cidadã, utilização de métodos autocompositivos para resolução de conflitos em áreas socialmente desprivilegiadas, e o enfrentamento de uma realidade social marcada pela exploração de menores, ausência de moradias adequadas e de trabalho.

Visando o alcance dos fatores acima mencionados, diversos são os projetos de pesquisa e extensão realizados pelo programa, merecendo destaque, além do Núcleo de Mediação e Cidadania, que atua para a prevenção e resolução de conflitos nas regiões da Serra e Santa Lúcia e centro-Sul de Belo Horizonte, Minas Gerais, o Núcleo de Proteção à Infância e à Juventude, que desenvolve ações para a minimização da violência e promoção dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Outro exemplo da aplicação da mediação no cenário nacional, mais precisamente no âmbito do poder Judiciário se consolidou a partir da criação da Resolução nº 125, de 25 de novembro de 2010, que segundo Ricardo Goretti Santos e Alexandre de Castro Coura, surge como a principal iniciativa estatal já concretizada no sentido de conferir maior projeção e sistematização às práticas de conciliação e mediação no país.

Em seu artigo 6º, inciso V, a presente Resolução afirma “buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos [...]”

Além disso, apresenta em seu artigo 7º, inciso IV que os Tribunais deverão “instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos.”

Warat descreve o documento como “uma forma de realização da autonomia, na medida em que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças, que modificam as divergências” (2004, p.59)

A partir desse panorama, é possível ainda explicitar a mediação comunitária, defendida por Santos, onde

o exercício voluntário da função de mediador fica a cargo de residentes do próprio meio [...] que aderem a projetos públicos e privados de formação de mediadores para fins de obtenção do conhecimento técnico necessário na condução de um processo mediador. Buscam nesse método a pacificação autônoma, doméstica, pacífica e autocompositiva de seus conflitos, observados os interesses, as necessidades e as possibilidades locais. (2009)

Dentre os principais objetivos proporcionados pelo método acima descrito, destacam-se a promoção da coesão e inclusão social de indivíduos socialmente marginalizados e o estímulo

ao exercício da cidadania por meio da conscientização e concretização de direitos e deveres garantidos. (2009)

Enfim, a partir do que foi exposto é possível depreender que a prática da mediação é condição imprescindível para a promoção e luta pela efetivação de direitos inerentes aos seres humanos, uma vez que favorece o indivíduo quanto ao seu desenvolvimento e capacitação para a gestão das diferenças. Desse modo, torna-se necessária a implantação de medidas que incentivem a busca e valorização da aplicação desse método alternativo na resolução de conflitos tanto em âmbito nacional quanto internacional, em detrimento às formas usuais de solução dos mesmos, ou seja, processos judiciais, que se mostram muito mais custosos e morosos, além de não garantir plenamente o acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo foi realizado com o intuito de provocar uma reflexão e posteriores questionamentos acerca da intrínseca relação entre o método mediativo de solução de conflitos e os direitos inerentes ao homem, tanto em sua perspectiva teórica quanto em sua aplicação prática, nos cenários nacional e internacional.

Primeiramente, foi realizada uma abordagem particular do método autocompositivo e dos direitos supracitados. Quanto aos Direitos Humanos, ressaltou-se o fato destes se apresentarem como um conjunto de direitos imprescindíveis a qualquer indivíduo para que possa viver com dignidade e desenvolver sua personalidade como pessoa humana. Já quanto à mediação, ganhou destaque o evidenciamento desta como sendo um método alternativo para a solução de conflitos, utilizando-se para isso da capacitação das próprias partes envolvidas na lide e buscando o fortalecimento da relação entre tais partes.

Posteriormente, foi efetuada uma análise vinculatória desses dois aspectos de modo a esclarecer a ligação entre ambos, demonstrando a participação crucial de valores decorrentes do processo mediativo no desenvolvimento de indivíduos capazes de exercer a cidadania atrelada ao cumprimento de objetivos inerentes aos Direitos Humanos, desse modo, percebeu-se o imenso benefício trazido pela aplicação da mediação nos casos em que a relação conflituosa tiver a possibilidade ou necessidade de se tornar continuada, na medida em que conscientiza os indivíduos quanto à existência e aplicação dos direitos humanos, a serem protegidos e

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

garantidos, de forma a despertar uma consciência cidadã essencial para a vida em uma coletividade.

Enfim, a partir da realização de diferentes pesquisas, conclui-se a importância da associação entre a mediação e os Direitos Humanos, uma vez que esse método autocompositivo anteriormente citado promove o resgate da autonomia do indivíduo para a gestão das diferenças e dos conflitos na perspectiva dos direitos inerentes aos seres humanos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 73.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26.

FOLGER, Joseph. BUSH, R. A. B. **Mediação transformativa e intervenção de terceiros**: as marcas registradas de um profissional transformador. In Schnitman, D. F. & Littlejohn, S. **Novos Paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA SOCIAL, SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. **Curso de capacitação de lideranças comunitárias em direitos humanos e mediação de conflitos**. São Paulo, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MULLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência**. 1.ed. São Paulo: Instituto Piaget, 1995. p. 18-20.

NASCIMENTO, André Luis. Et al. **Guia de mediação popular**. Salvador: Juspopuli, 2007. p. 22.

NORONHA, Fernando Manuel Pereira de. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 131.

ONU. **ABC de las Naciones Unidas.** New York: Publicación de las Naciones Unidas, 2004. p. 295.

Panorama da Mediação na UE. Disponível em: <www.e-justice.europa.eu> Acesso em 05 out. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 140.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos.** 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 164.

_____. **Mediação Comunitária: Estratégias de operacionalização e difusão de um mecanismo alternativo de democratização do acesso à justiça no Brasil.** Disponível em <www.egov.ufsc.br> Acesso em 20 out. 2014

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 90.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Alteridade: a necessidade de “inovações comunicativas” para lidar com a atual (des)ordem conflitiva.** In: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 215.

SPENGLER, Fabiana Marion. BEDIN, Gilmar Antônio (Org.). **Acesso à justiça, direitos humanos e mediação.** Curitiba: Multideia, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1. p. 31.

_____. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v.3. p. 423.

RESULTADOS DESPROPORCIONAIS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: a comunidade de Santa Rosa dos Pretos e a necessidade de proteger os remanescentes de quilombo

Amanda Cristina de Aquino Costa¹
Klécia Patrícia de Melo Lindoso²

RESUMO

Baseado no pressuposto de que a mediação, enquanto neutra, é a melhor maneira de ampliar o acesso à justiça e resolver conflitos com a máxima efetivação dos Direitos Humanos, analisa a pretensa imparcialidade aplicada em um caso concreto no qual há clara discrepância de influência e poder entre as partes: o conflito entre a comunidade de Santa Rosa dos Pretos e a empresa Vale, no interior do Maranhão. O território e, conseqüentemente, a titulação de terras, para os quilombolas, tem um papel de enorme importância, tanto simbólica quanto real. Simboliza a resistência, a identidade e a luta de um povo historicamente oprimido e é necessária porque consiste em instrumento de sobrevivência. A partir dos resultados, contesta a imparcialidade tanto da mediação quanto do Direito de forma geral. Evidenciando que, em casos envolvendo comunidades tradicionais de remanescentes de quilombos ou qualquer grupo em situação de fragilidade, a aplicação desarrazoada da mediação traz prejuízos imensuráveis à construção de um acordo justo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Mediação. Acesso à justiça. Identidade. Comunidades tradicionais de quilombos.

ABSTRACT

Based on the assumption that mediation, while neutral, is the best way to expand access to justice and to resolve conflicts with the effective realization of Human Rights, it analyzes the alleged impartiality applied to cases in which there is clear discrepancy of influence and power between the parts: the conflict between the community of Santa Rosa dos Pretos and Vale company in the state of Maranhão. The territory and, consequently, the land titling for the quilombolas assume a role of enormous importance, both symbolic and concrete. It symbolizes the resistance, the identity and the fight of a historically oppressed group and it is necessary because it consists of a way of surviving. From the results, it contests the impartiality of mediation and of Law. It evidences that in cases involving traditional quilombo communities or

¹ Aluna do 6º período do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão; Pesquisadora do Programa de Educação Tutorial – PET/Direito; E-mail: amanda_deaquinocosta@hotmail.com. Aluna do Grupo Cultura, Direito e Sociedade DGp/CNPq/UFMA, sob orientação do Professor Doutor Cássius Guimarães Chai.

² Aluna do 2º período do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão; Pesquisadora do Programa de Educação Tutorial – PET/Direito; E-mail: kleciadoidp@gmail.com.

any group in a fragile situation, the unreasonable application of mediation brings immeasurable damage to the built a fair deal.

KEYWORDS: Human Rights. Mediation. Access to justice. Identity. Reminiscent Communities of Quilombos.

SUMÁRIO

Introdução; 1 A Mediação Como Forma de Efetivação dos Direitos Humanos; 2 Identidade e Reconhecimento; 3 O Quilombo de Santa Rosa dos Pretos; Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

A mediação é posta como uma forma alternativa de resolução de conflitos que consiste em apresentar um mediador imparcial que deve assistir as partes em conflito, de modo a possibilitar que estas construam a melhor solução para o impasse. A imparcialidade e neutralidade do mediador, porém, são apenas presumidas, não há certeza de que a decisão tomada será completamente objetiva e integralmente justa para as partes.

Atraído por esse cenário, o presente artigo possui como objetivo realizar um estudo sobre como é aplicado o método da mediação em casos em que os interesses de grupos mais poderosos e influentes são colocados em confronto com os Direitos Humanos de grupos em situação fragilizada, como as comunidades quilombolas, bem como o impacto das decisões na identidade dos remanescentes de quilombo.

A metodologia aplicada neste artigo tem por finalidade desenvolver os objetivos estabelecidos, ou seja, verificar se a neutralidade do mediador pode ser violada em litígios que envolvem jogos de poder e como isso afeta os Direitos Humanos. Busca-se, além da realização de levantamento bibliográfico e análise de textos inerentes ao tema, analisar as legislações nacionais acerca da titulação de territórios, tema que afeta as populações quilombolas. Pesquisas bibliográficas e documentais fornecem o embasamento teórico para o artigo, com revisão de bibliografia. A fim de contextualizar a pesquisa, vinculando a teoria aos casos concretos, apresenta-se um caso de mediação, ocorrido no Maranhão, entre quilombolas e uma grande empresa mineradora.

A hipótese apresentada é de que a mediação não se manifesta como um meio completamente neutro em seus resultados, especialmente quando uma das partes é favorecida por algum aspecto. Os grupos minoritários e fragilizados são lesados nesse processo, tendo seus direitos e anseios rejeitados ou atendidos apenas parcialmente.

1 A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A mediação caracteriza-se por ser uma forma de resolução de conflitos, na qual as partes interessadas, com a ajuda de um mediador imparcial, tentam construir um acordo a fim de chegar a uma solução não litigiosa. Segundo Vezulla (2006), essa abordagem é marcada pela informalidade e, por estar baseada no diálogo, na cooperação e no respeito entre os participantes, diferencia-se do procedimento judicial. Destacam-se, pois, a horizontalidade, a imparcialidade, o respeito, a confidencialidade e a celeridade como princípios fundantes da mediação.

Com base nestes princípios, as práticas mediativas são aplicadas sempre visando construir um acordo que atenda as expectativas dos protagonistas do conflito. Usualmente, por ser marcada pela celeridade, a mediação é vista como um meio de mera desburocratização do Poder Judiciário, no entanto, ressalta-se que essa forma alternativa de resolução de conflitos tem a grande senda de facilitar o acesso à justiça e, conseqüentemente, possibilitar a efetivação dos direitos humanos.

Desta feita, a mediação não deve ser vista apenas como um meio de diminuir a demanda do judiciário e combater a morosidade no seu funcionamento, bem como não deve ser taxada como um meio de resolver apenas causas de menor complexidade, uma vez que tem o condão de empoderar indivíduos e comunidades, de modo a desempenhar mudanças efetivas na sua compreensão do direito, mostrando-se um meio transformador da realidade social. Neste sentido, Warat (1998, p. 108) define a mediação como:

[...] uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

Depreende-se, portanto, que a mediação waratiana, a partir da ressignificação do conflito, busca afastar a aplicação de normas gerais aplicadas de maneira massiva e terceirizada

ao caso concreto, substituindo-a por uma abordagem particular, com foco no empoderamento dos sujeitos do conflito, para que estes possam construir o que entenderem como solução mais benéfica.

Por óbvio, os processos de mediação serão conduzidos por mediadores imparciais e capacitados para a atividade, estes devem usar meios que possibilitem a efetiva comunicação entre as partes envolvidas e fazer com que o acordo final não se dê à revelia de garantias e direitos fundamentais, impedindo que uma parte sobreponha seus interesses sobre a outra. Sobre o papel do mediador para que sejam alcançados os objetivos reais desta solução alternativa de conflitos, adverte-nos Bezerra (2011, p. 17) que “cabe ao mediador buscar intervir enquanto terceiro no conflito de modo que os envolvidos possam ter um outro olhar sobre a desavença, enxergando-a como espaço de reconstrução e aprendizado, de construção de sua autonomia e de um outro direito”.

1.1 Mediação e Tutela dos Direitos Fundamentais

Ao passo que a mediação, seus princípios fundantes e seus processos já foram apropriadamente caracterizados, cabe agora definir o que são Direitos Fundamentais, qual sua importância e, principalmente, como os processos mediativos podem servir à sua efetivação. Faz-se necessário, pois, esclarecer que, no decorrer deste artigo, a expressão *direitos fundamentais* será utilizada numa acepção de similaridade com direitos humanos e liberdades públicas, que desdobram-se, em sentido amplo, nos direitos das pessoas humanas (dimensão cível), direitos de participação na ordem democrática (dimensão política) e direitos econômicos e sociais (dimensão econômico-social).

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 522) direitos fundamentais são o “conjunto de normas e princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credos, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social”.

Depreende-se, pois, que a expressão máxima dos direitos fundamentais se dá pelo empoderamento dos titulares dos direitos para que possam manter uma persecução ativa dos seus interesses, que deve se dar, preferencialmente, de maneira célere e pacífica. Nesta senda, vislumbra-se, desde já, uma paridade de objetivos com o instituto da mediação.

No que concerne às finalidades dos direitos fundamentais, Bulos (2012) afirma que há duas frentes de atuação: defesa e instrumentalidade. Os direitos de defesa permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados ou mesmo evitar eventuais prejuízos, preservando primordialmente a esfera privada de ações incisivas do Estado ou de terceiros. Por sua vez, a atuação instrumental consagra princípios que recobrem de segurança a ordem jurídica (legalidade, devido processo legal, isonomia, etc.) e confere ao cidadão instrumentos para a tutela de suas liberdades públicas (como, por exemplo, a ação popular).

Nada obstante a existência de meios formais para a proteção dos direitos e liberdades públicas, há que se falar em meios extrajudiciais que garantam o acesso eficaz aos direitos fundamentais, tendo em vista que o Poder Judiciário encontra-se hipertrofiado, com “um acúmulo cada vez maior, de processos nas pautas já superlotadas de audiências, o que acarreta o descontentamento das partes e dos seus respectivos procuradores” (PEREIRA, 2008, p. 74). Neste sentido, ergue-se a mediação como um facilitador do acesso democrático à efetivação de direitos.

Desta feita, demandas como o cumprimento de prestações sociais, a proteção contra atos de terceiros ou a tutela contra discriminações, assuntos estes tão caros aos direitos fundamentais, podem e devem ser objetos dos projetos de mediação, pois, estas garantias serão legitimamente efetivadas, por meio de um processo autocompositivo, célere, pacífico, horizontal e particularizado.

Para tanto, além da implantação de projetos de mediação, é necessário o empoderamento dos cidadãos e de comunidades, por meio da educação em direitos humanos, além de mediadores capacitados para lidar com essa temática específica, tendo em vista as particularidades e a dimensão destas liberdades públicas fundamentais.

1.2 O Princípio da Horizontalidade e a Justiça na Mediação

Dentre os supracitados princípios basilares da mediação, destaca-se, no cenário da tutela de direitos fundamentais por esta forma alternativa de solução de conflitos, o princípio da horizontalidade, tendo em vista que, para a construção de um acordo faticamente justo, faz-se ainda mais imprescindível que as partes sejam mantidas em condições de isonomia, ou seja, igualdade real.

O princípio da horizontalidade é caracterizado como a inexistência de hierarquia entre os protagonistas do conflito, bem como entre estes e o mediador responsável por conduzir as atividades, a fim de possibilitar a construção de um acordo que seja resultado dos direitos pertencentes a cada uma das partes e não da sucumbência da parte mais fraca perante a parte mais forte e preparada.

Como ensinou Aristóteles, a princípio da igualdade consiste em quinhonar os iguais igualmente e os desiguais na medida de suas desigualdades. Neste sentido, Ruy Barbosa afirmou que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real”. Cabe, então, destacar que, para o sucesso do processo de mediação, a pretensa igualdade entre as partes deve levar em conta as particularidades dos sujeitos, tendo em vista que atribuir o mesmo a diferentes sujeitos, como se todos se equivalassem, fere o princípio da isonomia, além de impedir uma visão particularizada do conflito, por construir o acordo à revelia das necessidades dos envolvidos.

Desta feita, além de evitar que uma parte use, por exemplo, sua força política ou econômica, para sobrepor sua vontade e sobrepujar os direitos da outra parte, o princípio da horizontalidade deve buscar instaurar dentro do processo de mediação uma igualdade real entre as partes. Para tanto, é dever do mediador, a partir da observação atenta do caso concreto, tomar medidas para que as particularidades das partes sejam sempre levadas em conta durante a construção do acordo. Faz-se, necessário pontuar, por fim, que ações ativas do mediador com o fim de possibilitar que os desiguais sejam tratados na medida de sua desigualdade, em regra, não fere o caráter imparcial que esta figura deve manter durante o procedimento de mediação.

1.3 Direito e as Relações de Poder

A mediação, como pretense meio de resolução de litígios que satisfaça a vontade de todos os envolvidos por igual, deveria representar, teoricamente, mecanismo eficiente em conflitos nos quais há uma clara desvantagem de poder e influência entre as partes. O Código de Ética para mediadores coloca imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência como princípios que regem a mediação. Vista por essa ótica, a mediação amplia o acesso à justiça e efetivação dos direitos, tanto para o indivíduo quanto para as comunidades locais, no caso da mediação que envolve os direitos humanos.

É prudente, no entanto, observar que a imparcialidade e a neutralidade do mediador em assuntos que envolvem, por exemplo, uma parte com grande poder político ou econômico e outra em situação de fragilidade, é praticamente inviável, especialmente se o mediador possui alguma espécie de vínculo com umas das partes. O próprio Direito não consegue manter-se puro, livre de ideologias e de interesses, como afirmam teóricos críticos do positivismo.

Roberto Lyra Filho (1982), aponta que a lei e o Direito podem representar fortes mecanismos de manutenção das estruturas de poder. O Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle de uma classe que comanda o processo econômico e detém os meios de produção. O Direito, para o autor, não pode desconsiderar aspectos históricos. Quando é meramente reduzido à legalidade, representa dominação ilegítima, uma pseudociência “dogmática”. Lyra Filho divide o Direito em dois: o *Direito* autêntico e libertador e o *Antidireito*, que se guia pelos interesses de classe e caprichos do poder estabelecido. Um Estado autoritário, que não garante aos grupos minoritários os seus direitos e posterga os Direitos Humanos, utilizando-se de normas legais, pratica o segundo tipo.

Luis Alberto Warat (1994) disserta sobre o mesmo tema ao explicar o que denomina de *sensu comum teórico dos juristas*. Há um *saber dogmático jurídico*, um conjunto de saberes que passa a condicionar as atividades jurídicas. Warat diz que as significações são, também, instrumento de poder e, considerando a ideia de que o Direito é responsável por exercer um controle social, o exercício desse controle jurídico da sociedade só pode ser mantido estabelecendo-se certos hábitos de significação. Sendo assim, os sistemas de enunciação possuem uma dimensão política.

Apesar do anseio do Direito de permanecer neutro diante de resolução de impasses, a parcialidade existe nos casos concretos, mesmo na aplicação da mediação. Há interesses e ideologias que, como estabelece Warat (1994, p. 13), “governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação”. A efetividade da mediação, como meio de democratização do acesso à justiça, é comprometida pelos traços de subjetividade presentes no mediador, que pode ser influenciado diretamente até por umas das partes envolvidas.

2 IDENTIDADE E RECONHECIMENTO

Antes de trabalhar especificamente sobre a questão Santa Rosa dos Pretos, é necessário abordar, de forma mais ampla, conhecimentos acerca da identidade, de seu reconhecimento e da etnicidade de um povo, bem como da relevância dessas na resistência contra a opressão, para a composição e manutenção da cultura

A identidade nas sociedades tradicionais, segundo Douglas Kellner (2001), era fixa e estável.

O indivíduo nascia com um determinado papel social predeterminado e morria na mesma condição. Na modernidade, ao contrário, ela é móvel, pessoal, múltipla e está sujeita a sofrer mudanças. Porém, também é social e relaciona-se com o meio coletivo. O indivíduo, ao assumir certa identidade socialmente válida e caracterizar-se como membro de um determinado grupo, passa a conhecer e reconhecer melhor os anseios e necessidades do coletivo no qual está inserido, o que facilita o resgate, afirmação e defesa de características e da singularidade cultural do grupo e a sua mobilização política.

[...] as mulheres, as minorias étnicas e culturais, as nações e culturas, todas se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. São todos eles movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente, em primeira linha, ainda que as dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas também estejam sempre em jogo (HABERMAS, 2002, p. 238)

Quando grupos historicamente discriminados juntam-se para lutar pelo reconhecimento da sua identidade coletiva e para questionar os diferentes tipos de desigualdade e exclusão, põem em exercício os princípios da igualdade e reconhecimento da diferença. Os dois princípios, conforme enuncia Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 56), estabelecem que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”.

Kellner (2001, p. 124) também afirma que para desenvolver um estudo cultural crítico, é necessário que “interpretem a cultura e a sociedade em termos de relações de poder, dominação e resistência, articulando as várias formas de opressão em dada sociedade por meio de perspectivas multiculturais”. O multiculturalismo crítico preocupa-se com as diversas representações de classe, sexo, sexualidade e etnia, e considera que a análise da relação dominador e opressor, o modo de funcionamento dos estereótipos e a resistência por parte dos Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

grupos estigmatizados por uma representação positiva são importantes, até mesmo, para a própria composição da cultura.

2.1 Etnicidade e a Questão Quilombola

O conceito de *etnicidade* remete a uma *identidade étnica*. Pode ser expresso mediante a autoidentificação étnica de grupos organizados e de comunidades tradicionais, isto é, ao reconhecimento de uma característica étnica que é compartilhada por uma coletividade:

[...] a identidade étnica passa a ser o acúmulo dessas heranças culturais que permitem significar distinções perante outros grupos sociais/étnicos. No Brasil, por exemplo, o reconhecimento de diferenças étnicas e expressões que podem ser chamadas de etnicidades – manifestadas por meio de identidades específicas – ocorre nas populações indígena e negra, até de modo mais explícito, porque esses grupos sofrem mais, objetivamente, processos de discriminação e preconceito. (LUVIZOTTO, 2009, p. 35)

As comunidades tradicionais quilombolas representam exemplos significantes da expressão da etnicidade no Brasil. Observar o processo de formação dos quilombos é essencial para conseguir determinar com qual essência eles foram criados. Os territórios considerados hoje remanescentes de quilombos foram constituídos partir de uma grande diversidade de processos, que abrangem:

[...] as fugas com ocupação de terras livres e geralmente isoladas, mas também as heranças, doações, recebimento de terras como pagamento de serviços prestados ao Estado, a simples permanência nas terras que ocupavam e cultivavam no interior das grandes propriedades, bem como a compra de terras, tanto durante a vigência do sistema escravocrata quanto após a sua extinção. (SCHMITT; TURATTI; CARVALHO, 2002, p. 3)

A identificação coletiva é construída com base em toda a trajetória histórica e política do grupo e, em relação aos quilombos, o contexto em que se formou a identidade da coletividade acompanha a própria história do país. A identificação das comunidades liga-se a ideias de resistência, resgate histórico, tradição e, principalmente, território.

A própria definição formal de *quilombo* é antiga. Em 2 de dezembro de 1740, o quilombo, na resposta do Rei de Portugal à Consulta do Conselho Ultramarino, é posto como “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles”. O importante caráter de territorialidade e o aspecto da resistência já são enfatizados nessa declaração advinda do período colonial. A forma de identificação que vigora no Brasil atualmente para fins legais, segundo o § 1º, art. 2º,

do decreto 4.887/2003, é de que “a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade”.

Foi de forma demasiadamente tardia, cem anos após a abolição, que o Estado brasileiro, com a Constituição de 1988, abre-se para a possibilidade de dar uma nova abordagem ao fato histórico, reconhecendo os atos de resistência e tradição. O quilombo aparece na condição de sobrevivente no Ato das Disposições Constitucionais, que, no art. 68, dispõe que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

O decreto de nº 4.887 de 20 de novembro de 2013 foi o responsável por regulamentar o art. 68 da ADCT. Conforme sua ementa, “regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Além da auto-atribuição de identidade, estabelece outros pontos importantes, como que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) deverá regulamentar os procedimentos administrativos envolvendo a titulação. Este, por sua vez, lançou a Instrução Normativa nº 57 de 20 de outubro de 2009, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desinversão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

O INCRA é constantemente criticado por sua atuação como órgão na titulação das terras pelas dificuldades que impõe. O processo é burocratizado, ineficiente e extremamente lento. O órgão passa também por problemas estruturais de falta de funcionários e de recursos, dificultando ainda mais a regulamentação de territórios. O direito à terra, elementar para a existência dos quilombolas, é reiteradamente desrespeitado pelo Estado.

3 O QUILOMBO DE SANTA ROSA DOS PRETOS

Após os devidos esclarecimentos sobre o conceito de mediação, como esta prática pode servir para a efetivação de direitos fundamentais, os perigos da má aplicação do princípio da horizontalidade, bem como sobre o que é uma comunidade remanescente de quilombo e quais suas maiores dificuldades para conseguir a titulação de suas terras e a prestação de serviços

essenciais, como saúde e educação, é proposta a reflexão sobre situação do quilombo Santa Rosa dos Pretos.

O quilombo Santa Rosa dos Pretos, também conhecido como Santa Rosa do Barão, está localizado às margens da BR-135, no município de Itapecuru-Mirim, no Maranhão. No território vivem, aproximadamente, 600 famílias que enfrentam inúmeras dificuldades quanto ao acesso às garantias e direitos fundamentais, como educação, saúde e propriedade. Nesta comunidade tradicional, a economia gira em torno da agricultura e da pesca, atividades estas que são dificultadas pela invasão do seu território por fazendeiros vizinhos e também pela empresa Vale, proprietária da estrada Carajás que cruza o território do quilombo.

Em que pese as terras invadidas por fazendeiros e outras dificuldades que a comunidade enfrenta para suprir necessidades básicas, como escassez de água, educação de má qualidade e assistência médica inexistente, será dado um enfoque à celeuma com a Vale, tendo em vista a brevidade desta exposição.

No ano de 2005, a comunidade de Santa Rosa dos Pretos entrou com o pedido de titulação das suas terras, após se autodeclarar comunidade remanescente de quilombo. Destaca-se que, neste momento, acirraram-se os conflitos pré-existentes com a Vale.

Em 2008, a referida empresa interpôs recurso administrativo contestando o processo de regularização fundiária do território quilombola, quando da publicação do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação. Interferência esta que obstou, por alguns anos, o processo de titulação e, conseqüentemente, o reconhecimento da terra que pertencia àquela comunidade, prejudicando ações positivas do governo no sentido de garantir educação, saúde, abastecimento de água, assim como sua organização social e sua economia.

Além das claras tentativas de impedir o reconhecimento daquelas terras como territórios quilombolas, a empresa Vale é responsável por inúmeras outras perturbações à paz daquela comunidade. Destacam-se, pois, os problemas causados à comunidade pela Estrada de Ferro Carajás, utilizada pela Vale para escoar a produção de minérios.

Segundo denúncias da comunidade, as operações da ferrovia provocaram impactos socioambientais de grande magnitude, como o assoreamento de igarapés (que só acentua o problema com o abastecimento de água), poluição sonora, impacto na segurança alimentar, além do constante risco de atropelamentos.

Ocorre que, frente a tantos problemas ocasionados pela ferrovia, o início das obras de duplicação, em 2008, provocou reações adversas das comunidades quilombolas localizadas a margem da Carajás, que além de efetuarem bloqueios pontuais nos trilhos, procuraram a ajuda do Ministério Público Federal (MPF).

Nos anos de 2011 e 2012, o MPF, em parceria com a Sociedade de Direitos Humanos, o Conselho Indigenista Missionário e o Centro de Cultura Negra, conseguiu paralisar liminarmente as obras de duplicação da ferrovia. No entanto, estas liminares foram posteriormente suspensas com a apreciação do caso no Tribunal Federal da 1ª Região, em Brasília. Decisões judiciais estas que não foram capazes de pacificar a situação, pois, não construíram soluções efetivas para o conflito.

Nesse histórico de conflito entre a comunidade de Santa Rosa do Pretos e a Vale, destaca-se um acordo feito no ano de 2012. Como consta numa reportagem do Blog do Décio, no dia 30 de julho daquele ano, a Fundação Palmares organizou um encontro entre a Vale e as comunidades de Santa Rosa do Pretos e Monge Belo (outra afetada pela duplicação da ferrovia). Nesta reunião, a Fundação Palmares atuou como mediadora para a construção de um acordo que pudesse dirimir o conflito.

Ocorre que, após a confecção de uma ata na qual os quilombolas cediam parte de seu território para a duplicação da ferrovia e a Vale se comprometia a retirar a impugnação ao processo de regularização das comunidades, bem como realizar medidas compensatórias e mitigatórias, lideranças de ambas as comunidades buscaram o Ministério Público Federal para denunciar irregularidades ocorridas durante a confecção do acordo.

Segundo os quilombolas, a ata não era legítima, pois, somente os representantes da Vale puderam se manifestar sobre seu conteúdo e sugerir alterações, conquanto os quilombolas não tiveram a oportunidade de externalizar suas demandas. Além disso, alegam que não foram devidamente cientificados das possíveis implicações de sua adesão ao acordo e que não assinaram a ata com o resumo da reunião, mas, apenas uma lista de frequência.

Ressalta-se que, após o supracitado acordo, as obras de duplicação continuaram, ao passo que as ações mitigatórias prometidas pela Vale nunca foram executadas. Ademais, o processo de regularização dos territórios continuou ocorrendo de maneira lenta e penosa para efetivação dos direitos fundamentais da comunidade.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

O preço de um acordo feito em detrimento das demandas de uma das partes interessadas foi a perpetuação e o acirramento dos conflitos. Visando chamar atenção das autoridades e da sociedade civil para o problema se intensificaram os acampamentos à margem da BR-135 e da ferrovia Carajás, que impediram por horas e, em alguns casos, durante dias o tráfego de mercadorias e pessoas.

No mês de Julho de 2014, foi publicada uma portaria no Diário Oficial da União na qual foi reconhecida, pelo INCRA, a comunidade de Santa Rosa dos Pretos como sendo remanescente de quilombo. A área total destinada aos quilombolas foi de 7.496,9184 hectares. Falta ainda a regularização fundiária do território da comunidade, com desintrusão de ocupantes não quilombolas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação representa, apenas na teoria, uma forma de resolução de impasses totalmente imparcial e livre influências. O mediador, apesar de supostamente não ter envolvimento com as partes comprometidas, está sujeito à subjetividade e julgamentos próprios. Sendo assim, a mediação tem o potencial de desenvolver, em alguns casos, a característica da neutralidade em graus mais elevados. Vale ressaltar que quando há interesses e poderes, principalmente econômicos, envolvidos, a parcialidade passa a ser regra.

No caso apresentado, o acordo entre a comunidade de Santa Rosa do Pretos e a empresa de mineração Vale, muitos problemas podem ser detectados na forma como a mediação prosseguiu. Os princípios da imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência, que regem a mediação, não foram obedecidos de forma satisfatória. Muito pelo contrário, faltou aos mediadores preparo na hora de intervir nos conflitos, principalmente em relação à parcialidade, tendo em vista que os habitantes da comunidade não tiveram chance real de diálogo.

Se a mediação, nesse caso, fosse exercida com a intenção de realmente interceder na controvérsia de forma imparcial, poderia haver a efetivação dos Direitos Humanos para os membros das comunidades. Porém, seus direitos foram, em suma, desrespeitados de variadas formas. Todo o processo de reconhecimento de território, peça fundamental na formação da

identidade dos quilombolas, foi atrasado em decorrência dos conflitos. A mediação, quando aplicada seguindo todos os seus princípios, é, indubitavelmente, uma ferramenta poderosa para a resolução de conflitos de forma a respeitar os Direitos Humanos. Porém, quando é aplicada com a intenção de lesar uma das partes, só consegue gerar retrocessos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Casa Ruy Barbosa, 1999. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 18 out. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de out. 2014.

BRASIL. INCRA. **Instrução Normativa n. 57, de 20 de outubro de 2009**. Brasília. 2009. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/institucional/legislacao--/atos-internos/instrucoes/file/243-instrucao-normativa-n-57-20102009>>. Acesso em: 19 de out. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Código de Ética para Mediadores. Disponível em: <http://www.conima.org.br/codigo_etica_med>. Acesso em: 18 out. 2014.

Comunidade Santa Rosa dos Pretos é reconhecida como remanescente de quilombo. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/2014/07/comunidade-santa-rosa-dos-pretos-e-reconhecida-como-remanescente-de-quilombo/>>. Acesso em: 22 out. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

JUSTIÇA NOS TRILHOS. **Quilombo Santa Rosa dos Pretos - MA.** Disponível em: <<http://www.justicanostrilhos.org/Quilombo-Santa-Rosa-dos-Pretos-MA>>. Acesso em: 23 out. 2014.

KELLNER, Douglas. **A Cultura da Mídia:** identidade e política entre o moderno e o pós-moderno. Bauru: EDUSC, 2011.

LUVIZOTTO, Caroline Kraus. **Cultura gaúcha e separatismo no Rio Grande do Sul.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

O'DWYER, Eliane Cantarino (Org.). **Quilombos:** identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

OJEDA, Igor. **Quilombolas do Maranhão bloqueiam ferrovia da Vale.** Disponível em: <<http://www.mst.org.br/node/16552>>. Acesso em: 22 out. 2014.

PEREIRA, Daniel Queiroz. Meios alternativos para solução de conflitos: mediação e conciliação. **Revista da Associação de Juízes Federais do Brasil.** n. 89. Brasília – DF: Associação dos Juízes Federais do Brasil, 2008.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães. **O Decreto nº 4.887/2003 e a Regulamentação das Terras dos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_68/Artigos/Art_Maria.htm>. Acesso em: 22. out. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer Para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli and CARVALHO, Maria Celina Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas definições teóricas. **Ambiente & Sociedade**, Campinas, n.10, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/n10/16889>>. Acesso em: 22 out. 2014.

VEZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de atos infracionais**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/86868/212771.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 de out. 2014.

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

_____. **Introdução Geral ao Direito I**: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

ZONTA, Márcio. Vale e Ibama são processados pelo MPF. em **Blog do Décio**. Disponível em: <<http://www.blogdodecio.com.br/tag/santa-rosa-dos-pretos/>>. Acesso em: 22 out. 2014.

A MEDIAÇÃO NO ENSINO UNIVERSITÁRIO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Andressa Branco¹
Débora Medeiros²
Geórgia Laranja³

RESUMO

O presente artigo tem como propósito debater a importância dos métodos alternativos de solução de conflitos – em especial, a mediação – como forma de concretizar o direito fundamental de acesso à justiça no Brasil. Hoje, o Poder Judiciário tem apresentado dificuldades em atuar de maneira célere e eficiente na resolução de conflitos, prejudicando o exercício pleno do direito de acesso à justiça – entendida aqui não só como uma instituição, mas também como um valor. Nesse contexto, uma possível inovação a fim de melhorar a conjuntura atual estaria ligada diretamente ao ensino jurídico brasileiro. Dessa forma, far-se-á uma crítica à dogmática das faculdades de Direito, que acabam por reproduzir a cultura do litígio, ensinando que os conflitos devem ser solucionados por meio de processo judicial. Admite-se, pois, a necessidade de uma revolução do ensino da ciência jurídica. É preciso que, na formação de profissionais do Direito, sejam incluídos os métodos de mediação na grade curricular, de modo não somente a difundir esses instrumentos, mas também a garantir o pleno exercício do direito de acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Acesso à Justiça. Ensino Jurídico.

ABSTRACT

This article aims to discuss the importance of alternative methods of conflict resolution - especially mediation - as a way to realize the fundamental right of access to justice in Brazil. Today, the Legal System provided by the State has presented difficulties in operating an efficient and expedient way to resolve conflicts, jeopardizing the full exercise of the right of access to justice - understood here not only as an institution but also as a value. In this context, a possible innovation to improve the current situation would be linked directly to the Brazilian legal education. Thus, a critique of dogmatic law schools that end up reproducing the culture of litigation, teaching that conflicts should be resolved through the judicial process will be done. It is accepted, therefore the need for a revolution in the teaching of legal science. It is necessary that the education of legal professionals, the mediation methods in the curriculum, so as not only to disseminate these tools are included, but also to guarantee the full exercise of the right of access to justice.

KEYWORDS: Mediation. Access to Justice. Legal Education.

¹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV

² Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV

³ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV

SUMÁRIO

Introdução. 1 o acesso à justiça como direito fundamental. 1.1 breve contextualização da tendência do crescimento da mediação no Brasil. 1.2 a contribuição da mediação para o exercício do direito de acesso à justiça. 2 o ensino jurídico no Brasil: a lacuna na formação dos profissionais operadores do direito. 3 propostas que surgem para resolver o problema: as inovações na grade curricular. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça, enquanto direito fundamental, tem esbarrado em diversos obstáculos para a sua efetivação. Um deles relaciona-se à questão da difusão de métodos autocompositivos, a fim de desafogar o Judiciário e promover a celeridade e a efetivação da justiça, em sentido lato. No entanto, os métodos autocompositivos, em especial a mediação ainda são pouco utilizados no Brasil. Uma das razões para o fato se dá pela ausência ou insuficiência de conteúdos curriculares obrigatórios sobre os aspectos teóricos e práticos da mediação.

O presente artigo tem por objetivo efetuar uma análise sobre os efeitos da ausência de conteúdos curriculares obrigatórios acerca da mediação nos cursos de Direito, especialmente no que tange o direito fundamental de acesso à justiça. Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes. Primeiramente, falar-se-á sobre o direito fundamental de acesso à justiça, bem como sobre a tendência de crescimento da mediação no Brasil em face à crise do Judiciário. Em segundo, far-se-á uma crítica à lacuna existente nos dias de hoje na formação dos operadores do direito, no que se refere aos métodos autocompositivos, dando especial ênfase à mediação. Por fim, serão indicadas possíveis soluções para resolução do problema, de modo a difundir a mediação como alternativa relevante para o efetivo exercício do direito fundamental de acesso à justiça.

1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O termo “justiça”, por vezes, remete as pessoas a um senso comum. No imaginário, “Justiça” estaria ligada ora à ideia de “ético, probo”, ora à imagem de poder judiciário.

De fato, a palavra possui vários significados. Importa dizer, no entanto, que, para esta análise, o termo “justiça” está relacionado não só às instituições do Poder Judiciário, mas apresenta-se também como um valor. Pode-se dizer que “justiça” possui uma concepção valorativa, uma vez que o foco está no Poder Judiciário e em seus instrumentos tradicionais, mas não se limita a eles.

Santos (2012, p. 50) traz uma importante consideração acerca do termo, identificando que há um entendimento leigo e outro entendimento técnico-jurista:

Acerca da perspectiva leiga, a justiça não pode ser da ordem do conceituável, mas do experimentável. Para os leigos, ao menos para grande parte dos mesmos, o acesso à justiça representa “[...] simples oportunidade de estar em Juízo”, que se torna mais dificultada ou impossibilitada ao segmento economicamente mais desfavorecido da sociedade. [...]

Ainda sobre a dualidade do termo “Justiça”, afirma Lima Filho (2003, p.153):

Sob essa perspectiva, o termo ‘acesso à justiça’ abarca um conteúdo que parte da simples compreensão do ingresso do cidadão em juízo, passando por aquela que vê o processo como um instrumento para a realização dos direitos individuais, e, finalmente, aquela mais ampla que se encontra relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem é acometida a missão não apenas de garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas também a de proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

Visto o que significa o termo “Justiça”, deve-se buscar agora a compreensão sobre o que é o direito fundamental de acesso à justiça. Para tanto, faz-se necessário olhar o texto da Constituição Federal.

A Carta Magna Brasileira, em seu artigo 5º, XXXV, estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nesse inciso foi contemplado, pois, o princípio da inafastabilidade, que prima, essencialmente, pelo direito de qualquer pessoa ingressar com uma ação em juízo para pleitear algo que entenda como devido e não ter, diante disso, uma negativa do Poder Judiciário. O Judiciário não pode se negar a julgar um determinado pleito.

É necessário demonstrar também que, além do princípio da inafastabilidade, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe outro princípio tão relevante quanto, para uma melhor atuação do Poder Judiciário, de forma a garantir o acesso à justiça. Nesse sentido, afirma Bagatini (2011):

Os mais importantes dispositivos alterados ou incluídos pela Emenda em questão foram: a inserção do inciso LXXVIII do art. 5º, que assegura a todos os cidadãos a razoável duração do processo (judicial ou administrativo), bem como a celeridade na sua tramitação; a autonomia funcional, administrativa e financeira das Defensorias Públicas Estaduais. A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, desafogando as Justiças Estaduais, assim como a criação da súmula vinculante pelo STF.

Nota-se, portanto, que além da inafastabilidade, a justiça deve garantir o trâmite do processo dentro de um prazo razoável, de modo a garantir a celeridade processual. Isso porque um processo com duração longa demais, por certo, dá ao conflito uma aparência de insolúvel, em que as partes, ao fim, acabam por não obter no Judiciário a solução do impasse. Afeta, pois, tanto a perspectiva leiga quanto a perspectiva técnico-jurídica do termo “Justiça”.

Tornar o processo mais célere, garantindo o direito de todos de ter seu problema avaliado pelo Judiciário, de certo, contribui para o acesso à Justiça, como aponta a autora Bagatini (2011):

Mostra-se a clareza dos princípios contemplados na EC n. 45, que contempla o acesso à Justiça, a transparência, a efetividade e a celeridade processual, pois havendo ouvidorias de justiça, estas poderão e deverão receber reclamações quanto ao acesso à ordem jurídica no sentido amplo, assim como a demora injustificada dos andamentos dos processos e, eventualmente, alguma obscuridade na resolução de litígios.

Visto isso, e compreendendo que esses princípios estão diretamente relacionados ao acesso à justiça, pode-se entender que o acesso à justiça deve ir além ao Poder Judiciário, tendo “justiça” um sentido mais amplo.

Nesse contexto, afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 3):

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro, deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

Na obra “Acesso à Justiça”, os autores trazem considerações importantes sobre como a rotina do Judiciário atravancava o andamento dos processos e fomentava desigualdade. Isso porque, segundo eles, “o estudo jurídico se manteve indiferente às realidades do sistema judiciário” (1998, p. 4). O sistema judiciário, até bem pouco tempo, preocupava-se com a obediência às normas, sem considerar as diferenças relevantes.

O acesso à justiça está ligado diretamente à realização do direito. Apontam Cappelletti e Garth (1988, p. 5):

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos [...]. Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva [...]. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Entendido o que são justiça e acesso à justiça, faz-se necessária uma menção aos obstáculos para a sua plena realização, conforme aponta estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Os autores mostram uma série de empecilhos para a concretização desse direito, a saber: obstáculos de natureza econômica, obstáculos de natureza organizacional e obstáculos de natureza processual.

Os obstáculos de natureza econômica relacionam-se com os custos processuais e honorários de advogado. As classes menos favorecidas, muitas vezes, são também as menos informadas sobre direitos e deveres. Nesse sentido, ao esbarrar no obstáculo de natureza econômica, sequer conseguem entender que podem buscar ajuda em órgãos voltados para isso. Além disso, acabam não conhecendo a possibilidade de resolver seus conflitos por meio de métodos alternativos, já que, em regra, as classes menos favorecidas são também pouco informadas quanto aos seus direitos.

Os de natureza organizacional estão relacionados à tutela de direitos difusos e coletivos, uma vez que a legislação processual, de cunho predominantemente individual, não se revela adequada à tutela de direitos metaindividuais.

Por fim, o terceiro tipo de obstáculo tem natureza processual. Aqui estão incluídos os entraves que impedem o processo de cumprir sua função social, jurídica e política. Como exemplo, é possível citar a falta de recursos humanos e materiais, o excesso de processos, a morosidade da justiça, entre outros.

Independente do tipo de obstáculo, todos eles acabam por prejudicar sobremaneira o acesso à justiça, levando a um cerceamento do direito fundamental de qualquer pessoa ter seu pleito avaliado e decidido, de forma a colocar fim ao conflito.

Nesse sentido, acaba por se tornar necessário buscar novas formas de realização do direito. Para tanto, primeiramente, deve-se apresentar o cenário que culmina com o desenvolvimento dos métodos alternativos de gestão de conflitos, dentre os quais se destaca a mediação.

1.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA TENDÊNCIA DO CRESCIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

O debate sobre acesso à justiça, entendido o termo “justiça” em seu sentido mais amplo, como já mencionado, é permeado por diferentes fatores. O cerne da questão, no entanto, passa pelas dificuldades que o cidadão brasileiro possui hoje para buscar a efetivação de seus direitos. Destaca-se, em especial, a chamada crise no judiciário.

A expressão é frequentemente trazida na mídia, seja de forma direta, seja indireta. A chamada “Crise no Judiciário” reflete uma dura realidade: a de que o Poder Judiciário, com todo seu aparato, não consegue dar conta de toda sua demanda. Anualmente, ingressam no Poder Judiciário mais ações judiciais do que a capacidade de julgá-las, provocando um acúmulo crescente.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga, anualmente, um relatório com as estatísticas do Poder Judiciário, em todos os estados e em todas as esferas. Trata-se do “Justiça em Números”, pesquisa em cujos dados estatísticos está baseada a atuação nacional do CNJ.

Por meio desse levantamento, é possível obter um conhecimento ampliado sobre o Poder Judiciário, sua atuação e sua produção. Também permite, ao expor as falhas e buscar alternativas para solucionar os problemas e respeitar o direito de acesso à justiça, uma maior transparência e, por conseguinte, maior capacidade de cobrança por parte de todos os cidadãos.

Como exemplo, é possível citar o crescente acúmulo de processos. Nesse contexto, sobre o Poder Judiciário, informa o Relatório Justiça em Números (2014) do Conselho Nacional de Justiça:

Tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos na Justiça, sendo que, dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%). É preocupante constatar o progressivo e constante aumento do acervo processual, que tem crescido a cada ano, a um percentual médio de 3,4%. Some-se a isto o

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

aumento gradual dos casos novos, e se tem como resultado que o total de processos em tramitação cresceu, em números absolutos, em quase 12 milhões em relação ao observado em 2009 (variação no quinquênio de 13,9%). Apenas para que se tenha uma dimensão desse incremento de processos, a cifra acrescida no último quinquênio equivale à soma do acervo total existente, no início do ano de 2013, em dois dos três maiores tribunais da Justiça Estadual, quais sejam: TJRJ e TJMG.

Nota-se, portanto, que mesmo quando se tem uma maior produtividade, ainda assim é possível notar o claro acúmulo de processos, que permanece sendo um problema de difícil e improvável superação se for considerada a tendência de progressivo aumento do acervo processual.

Outro ponto relevante trazido pelo relatório é o fato de que os processos baixados ficam aquém dos processos novos, ocasionando um acúmulo crescente de demanda judicial. Aponta o relatório Justiça em Números:

Desde o ano de 2011 o quantitativo de processos baixados é inferior ao de casos novos, ou seja, o Poder Judiciário não consegue baixar nem o quantitativo de processos ingressados, aumentando ano a ano o número de casos pendentes. Este indicador do total de processos baixados divididos pelo número de casos novos é conhecido como o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que diminui desde o ano de 2009, passando de 103% nesse ano para 98% em 2013.

Observa-se, portanto, que, se de um lado a demanda judicial cresce, do outro, tem-se o acúmulo processual. Esse acúmulo, por certo, acaba por afetar princípios e direitos garantidos constitucionalmente, tal como o de celeridade processual e de acesso à justiça – entendida aqui não somente como uma expressão sinônima de Poder Judiciário, mas também como um valor que pode ser consagrado por vias judiciais ou alternativas no processo.

Com isso, observa-se que o Judiciário, apesar de exercer papel de extrema importância na sociedade, acaba por se mostrar ineficiente. Se, a cada ano, aumenta o número de processos novos e, ao mesmo, tempo, há uma manutenção ou até mesmo queda na baixa dos processos em curso, isso, por certo, representa um acúmulo de demanda. Mais que isso: potencializa uma frustração e uma descrença no Judiciário, uma vez que as pessoas ingressam com seu pedido, mas demoram muito tempo para obter alguma resposta – nem sempre satisfatória, ressalte-se.

Deve-se frisar que não é somente a questão da demanda que faz com que haja crise no Poder Judiciário. Na verdade, existem ainda outros fatores que corroboram para isso, como aponta Trentin (2011):

São bastante conhecidas as dificuldades arrostadas pelo Judiciário brasileiro, tais como: o aumento do número e da complexidade dos conflitos, a morosidade da prestação jurisdicional, as custas

judiciais excessivas. Outros obstáculos que não podem ser esquecidos são: o sistema processual, a mentalidade dos juízes, que muitas vezes não estão abertos às necessidades sociais, além do excesso de formalismo. Esse excesso de formalismo só prejudica aqueles que buscam respostas no Judiciário, pois podem se passar anos até que obtenham uma solução ao seu caso, através de uma sentença, a qual pode ser favorável ou não ao seu interesse, desprestigiando o sistema judicial.

Em meio a tantos entraves, o Poder Judiciário acaba por receber mais críticas a cada dia. Com isso, forma-se um ciclo vicioso, em que há aumento de desconfiança, conforme indica o autor (2011):

[...] o Poder Judiciário passou a ser alvo de severas críticas dirigidas ao seu funcionamento, tanto por parte da sociedade civil e dos demais poderes, como pelos próprios pensadores e operadores do direito, afetados por um descontentamento e uma frustração no que se refere ao exercício de duas funções e a repercussão extrajudicial dessas.

É diante desse cenário que se fez necessário buscar alternativas para a resolução de conflitos, de modo não só a agilizar as demandas, mas também para recuperar a credibilidade naquele poder e na prestação da tutela jurisdicional. Ademais, torna-se necessário fomentar a difusão de alternativas para a efetiva resolução de conflitos, alcançando, de fato, a justiça em seu sentido lato e tornando viável o exercício do direito de acesso à justiça.

1.2 A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Em face à crise no Judiciário, fez-se necessário pensar em alternativas, de modo que as demandas judiciais tivessem uma solução adequada, atendendo aos anseios não só das partes, mas também de toda a sociedade. Nesse sentido, é possível observar algumas inovações no cenário nacional.

A primeira novidade está relacionada à Resolução 125, editada pelo Conselho Nacional de Justiça em 29 de novembro de 2010. Por meio dela, o CNJ instituiu a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos. Estabelece o art. 1º da Resolução:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Logo em seu início, fica evidente a intenção de fazer com que os meios consensuais de resolução de conflitos sejam mais utilizados, de modo a garantir a celeridade processual e, por conseguinte, o acesso à justiça. Dá-se especial destaque aos métodos de conciliação e de mediação.

No que tange esses métodos de autocomposição, a Resolução 125 traz ainda importantes elementos para essa discussão. Voltada, em especial, para a conciliação e para a mediação, observa-se uma preocupação não só de se montar uma estrutura adequada para que as sessões de conciliação e mediação pudessem ocorrer, mas também de se preparar os profissionais que, de alguma forma, lidarão com essas metodologias, tais como: conciliadores, mediadores, servidores e magistrados. Nesse sentido, é trazido por Santos (2012, p. 202):

Cada Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania contará com a atuação de um juiz coordenador, que poderá ser auxiliado por um adjunto e outros servidores capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos. [...]. Somente serão autorizados a atuar nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania os mediadores e conciliadores submetidos aos processos de capacitação e reciclagem, promovidos pelo respectivo Tribunal [...]. Ao dispor sobre uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça atesta o quanto é atual a temática da mediação e outras formas autocompositivas de solução de conflitos. Revela ainda que carecemos de intervenções do Poder Público, no sentido de promover a articulação de ações difusoras da prática dessas práticas.

Alguns pontos da referida resolução devem ser destacados. O primeiro dele está ligado à questão da educação e da preparação das pessoas que irão trabalhar diretamente nesse processo autocompositivo, bem como dos demais operadores do direito. Há uma preocupação com a formação desses profissionais, de forma a tornar mais eficientes esses métodos.

A segunda questão está no fato de que a temática, sendo atual, necessita de intervenções públicas, de maneira a conduzir os conflitos para uma solução justa e célere. Nesse contexto, é possível citar a proposta, em fase final de avaliação legislativa, do novo Código de Processo Civil.

Ainda em trâmite no Congresso Nacional, o novo Código de Processo Civil, se aprovado, trará inovações relevantes. No que se refere aos métodos autocompositivos, vale destacar a presença da mediação e da conciliação. Quanto a isso, observa Ávila (2014):

O novo CPC enaltece a autocomposição dos conflitos, estimulando sua adoção em nossa prática jurídica, com o enfrentamento do tema em diversos dispositivos.

Magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, no novo CPC projetado, devem estimular a utilização da mediação e conciliação, inclusive no curso do processo judicial. No projeto, o mediador e o conciliador são alçados ao status de auxiliares da justiça. O incentivo

a conciliação reaparece no novo CPC projetado ao se determinar que todos os tribunais deverão criar centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, além de desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Transfere-se assim, aos tribunais a função de criar setores destinados à conciliação e a mediação.

Observa-se, pois, que o texto proposto para o novo Código de Processo Civil dedica-se à regulamentação da mediação no Brasil, de forma inédita. Nesse sentido, nota-se que o texto da proposta legislativa vai ao encontro da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça que fomentava a prática da autocomposição.

Além disso, apesar de a proposta do novo código trazer os métodos de conciliação e de mediação, importa ressaltar que as duas figuras não se confundem, conforme elucidada Ávila (2014):

(...) o novo CPC projetado diferencia a conciliação da mediação, esclarecendo que o conciliador atuará preferencialmente os casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedado que se valha de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Já o mediador, “atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Nota-se, portanto, que a conciliação e a mediação são dois institutos de extrema relevância para a questão do acesso à justiça, de maneira a se garantir o exercício desse direito fundamental. Observa-se também que, com a crise do Judiciário, novas alternativas têm sido buscadas, numa forma de se atender aos anseios sociais. Por fim, citam-se a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e a proposta para o novo Código de Processo Civil como duas tentativas de difundir esses meios autocompositivos e, por conseguinte, garantir o exercício do direito de acesso à justiça.

Sabe-se, porém, que a instituição de novas formas de se lidar com os litígios não será eficiente se não houver um preparo de todos os que, de alguma forma, estão ligados à condução desses novos métodos: magistrados, promotores, advogados, servidores, mediadores, conciliadores e até mesmo a sociedade em geral. Para tanto, questiona-se aqui qual o papel a ser desempenhado pelas universidades na difusão desses novos métodos, de maneira a contribuir para o pleno exercício do direito de acesso à justiça.

2 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: A LACUNA NA FORMAÇÃO DOS PROFISSIONAIS OPERADORES DO DIREITO

A inserção de conteúdos curriculares obrigatórios práticos e teóricos que versem sobre a mediação no meio acadêmico é de suma importância na formação do operador de direito, de modo que esse no exercício de seu ofício passa a vislumbrar outras portas de resolução de conflitos e não exclusivamente a via tradicional difundida pela cultura de litígios, presente na sociedade atual.

Essa cultura de litígios centra-se na busca primordial da tutela jurisdicional como meio de resolução de controvérsias, seja por desconhecimento da população leiga ou despreparo do profissional do direito em proporcionar um encaminhamento que poderá propiciar menor desgaste as partes envolvidas na lide.

Assim, a ausência de disciplinas que privilegiem métodos alternativos ao processo acaba por prejudicar o acesso à justiça, na medida em que, atualmente, a tutela jurisdicional não mais atende as demandas populacionais. Nesse sentido, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Felipe Salomão destaca que “o número de processos no Brasil cresceu 80 vezes, enquanto o número de juízes cresceu quatro vezes” (BRASIL, 2013). Isso se dá por diversas razões, como a falta de juízes frente ao grande número de lides, os custos do processo, a morosidade da justiça, bem como o desconhecimento dos direitos – dificultando ainda mais o acesso. As classes mais débeis são, em especial, as que sofrem sobremaneira com o quadro.

Ademais, a escolha pelo processo como via de resolução das lides nem sempre será uma forma adequada para satisfação dos interesses das partes, visto que, mesmo a parte vitoriosa, ao se deparar com a sentença que a beneficia, está suscetível à *litigiosidade remanescente*, que consiste no estado de aborrecimento “que lhe acomete, mesmo tendo logrado êxito em uma ação judicial, em virtude da negativa bagagem emocional que persiste em relação à parte contrária” (MENDES, 2014).

Além disso, o deslinde processual pode ser destrutivo quando ocasiona em “enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida” (DEUTSCH *apud* AZEVEDO). O conflito pode, assim, tornar-se mais acentuado no decorrer do processo. Dessa forma, as partes se tornam mais competitivas. O outro é visto como oponente e há a percepção equivocada

de que os interesses não podem ser minimamente satisfeitos. As partes passam a ter sua relação cada vez mais acirrada, o que pode ser demasiadamente prejudicial às relações continuadas (DEUTSCH *apud* AZEVEDO). Por relações continuadas, entende-se que são aquelas que já existiam entre as partes antes mesmo do surgimento do conflito e que devem continuar existindo mesmo após a lide – seja por obrigação, seja por vontade.

Por isso, torna-se imperioso uma formação com conteúdo obrigatório que vise não somente o processo judicial, mas outros métodos que permitam a solução das lides a partir da autonomia e vontade dos litigantes, dentre as quais se destaca a mediação, objeto de pesquisa do presente trabalho.

Diante desse quadro, se torna imprescindível a perda de espaço da cultura de litígios pela cultura do diálogo, de modo que essa reforma, por assim dizer, terá que ocorrer primeiramente na base para que se reflita nos campos de atuação do direito. A base é o cerne de toda a cultura de processos difundida primordialmente no contexto atual. Flávio Caetano (BRASIL, 2013), Secretário Nacional de Reforma do Judiciário, critica a forma de condução das disciplinas curriculares no meio acadêmico, que privilegia os litígios e a atividade processual.

Nós temos que trazer para o nosso país a cultura do não-litígio. Nas nossas faculdades de Direito aprendemos e ensinamos a processar, a litigar, a recorrer eternamente no processo, mas não aprendemos a fazer um acordo, chegar a um consenso, buscar uma arbitragem, buscar uma mediação.

É necessário o abandono desse paradigma arcaico difundido no ensino jurídico pela maior parte das faculdades de que todo e qualquer conflito deve passar pelo crivo do magistrado. A ausência de difusão da mediação como um método alternativo de conflitos eficaz acaba por gerar preconceito nos acadêmicos de direito. Contudo, a situação é agravada devido ao fato de que o preconceito ocorre tanto nos acadêmicos – futuros profissionais, quanto com os advogados já atuantes.

O assunto em tela tornou-se flagrante mediante pesquisa realizada com os alunos do núcleo de prática jurídica da Universidade do Centro Oeste, apresentado pela Câmara de Mediação do Centro Universitário de Brasília. Quando perguntados sobre as prováveis causas do baixo uso da mediação, os acadêmicos argumentaram que a função do advogado é essencialmente de litigância. Afirmaram ainda que os mediadores não são operadores do direito, pois não lhes é exigida a formação na área. Além disso, alegaram que a docência da faculdade é

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

formada por magistrados, membros do MP e advogados, mas não por mediadores (VIDIGAL, 2012).

A pesquisa foi estendida aos profissionais atuantes na área, em especial os advogados, cujo quadro em nada se destoa do apresentado pelos acadêmicos. Portanto, comprovadamente, há preconceito em ambas as partes: tanto acadêmicos, quanto profissionais. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de reformulação no conteúdo curricular da formação de base, pois é na academia que se começa a moldar o profissional para o mercado de trabalho.

Importa dizer que as respostas dadas pelos futuros operadores do direito e profissionais atuantes vão de encontro aos dispositivos no ordenamento pátrio⁴. Este privilegia o uso de métodos alternativos, como a mediação. Ademais, tais sujeitos, no cumprimento do seu papel, têm o dever de rejeitar o senso comum compartilhado na sociedade e primar pela defesa do acesso à justiça.

Diante do exposto, Vidigal (2012) traz o seguinte questionamento: os profissionais do Direito guardam preconceitos com relação aos mecanismos autocompositivos em razão de vício na formação acadêmica, ou a formação acadêmica é viciada pelo preconceito profissional?

Certamente, a ausência de conteúdo curricular obrigatório que aborde os aspectos da mediação pode levar ao preconceito, já que o acadêmico desconhece as vantagens do método e em que caso se torna adequado usá-lo.

Entretanto, também é clara a influência do corpo docente na formação dos acadêmicos. Portanto, os profissionais podem ser a raiz do problema, de forma que é possível que estejam contribuindo, mesmo que de forma inconsciente, para uma visão marginalizada e preconceituosa dos métodos autocompositivos.

⁴ Consta no preâmbulo da Constituição de 1988 uma sociedade “fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Ademais, o artigo 4º, inciso VII da Carta Magna prima por uma “solução pacífica dos conflitos”. E ainda há a resolução 125 do CNJ, art. 6º, que incentiva a qualificação dos profissionais do direito no tocante aos métodos autocompositivos. Como consta em sua literalidade: “desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias”.

A lacuna jurídica na formação dos operadores de direito e o preconceito passam por essas duas questões, que devem ser paulatinamente trabalhadas pelas academias de direito, já que é sabível que mudanças de tal importância exigem tempo e planejamento.

Tais mudanças passam pela desconstrução e construção de uma nova cultura, pois, como já evidenciado, o desconhecimento de uma alternativa pacífica que vise o diálogo é corolário do obstáculo ao acesso à justiça.

Visando a reconstrução cultural, medidas de incentivo como a inclusão de temas que versem sobre métodos alternativos no exame da ordem, bem como a inserção dessas questões também nas provas de concurso público, estão sendo discutidas.

Ademais, existe também uma proposição na CCJ⁵ “que institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos” (BRASIL, 2013). Elaborada pelo senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES), a proposição representa um avanço e um meio de conscientização social, eis que trata de um marco legal e inédito da difusão da mediação no país (BRASIL, 2013).

Não obstante a todos os esforços na difusão da mediação e a existência de normas no ordenamento jurídico que incentive a prática, a resolução de controvérsias a partir desse método não será efetiva caso não haja uma mudança no imaginário social, na qual os operadores do direito têm participação direta.

Sendo assim, a mudança começa, sobretudo, no meio acadêmico com da inserção de conteúdos curriculares que abordem o tema da mediação e uma desconstrução da visão retrógrada dos docentes que primam pela cultura litigante, pois esses são responsáveis pela formação dos futuros profissionais. Dessa forma, a referida mudança refletir-se-á no seio da sociedade civil e propiciará e um acesso mais democrático à justiça.

A vista disso, reitera-se a importância da difusão dos métodos alternativos de conflitos que, para ocorrer, como já explicitado, necessita de uma revolução nas bases dogmáticas das faculdades de Direito. Torna-se necessário que o acadêmico amplie suas noções sobre a resolução de conflitos sociais, deixando de lado uma cultura do litígio, que se agrava na deficiência no poder judiciário.

⁵ A CCJ é a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e consiste em uma comissão permanente do Senado Federal do Brasil.

Cabe ressaltar também, a função social dos métodos alternativos de solução de conflitos que não se restringem a resolver a lide, mas, com destaque à mediação, buscam ir ao centro da desavença e destrinchar as causas e os reais interesses dos sujeitos litigantes.

Não é mais primeiramente questão de solução de conflitos, mas trabalho de regulação constante entre uns e outros, isso não esquecendo jamais a semelhança fundamental. Trata-se, então, na mediação, de estabelecer constantemente novas relações entre uns e outros, numa verdadeira criatividade; ou ainda de reparar os laços que se distenderam ou foram submetidos a qualquer dano; ou ainda gerenciar rupturas de ligações, desavenças (WARAT, 2004).

Desse modo, fugir do Poder Judiciário na hora de solucionar as lides, muitas vezes, torna-se não só mais benéfico, mas também necessário. A mediação se estabelece como uma prática emancipatória, rompendo com um ensino jurídico retrógrado, que muitas vezes se restringe à aplicação acrítica das normas sem levar em consideração a pluralidade do contexto social.

3 PROPOSTAS QUE SURGEM PARA RESOLVER O PROBLEMA: AS INOVAÇÕES NA GRADE CURRICULAR

Eis que a dura realidade do ensino jurídico distancia a comunidade do seio acadêmico. É como se o meio social e as faculdades fossem universos completamente distintos. Esse paradigma hegemônico atual exclui a riqueza proporcionada pelo conhecimento prático, que só poderia ser adquirido na vivência de questões concretas.

Infelizmente, as faculdades de direito se transformaram em “castelos neofeudais, onde só podem entrar aqueles que fazem parte do seu corpo discente e docente” (SANTOS, 2011, p. 89).

A subversão do paradigma acadêmico hegemônico passa pela transposição dos muros da faculdade – apontando-se a questão do convívio dos acadêmicos com questões reais. Assim, deve-se estabelecer foco em investimentos para projetos com essa finalidade.

Boaventura (2011, p. 74) propõe a implementação da pesquisa-ação nas faculdades e destaca a importância desse método para o ensino jurídico. A pesquisa-ação consiste:

[n]a definição e execução participativa de projetos de pesquisa, envolvendo as comunidades e organizações sociais populares a braços com problemas cuja a solução pode beneficiar dos resultados da pesquisa. Os interesses sociais são articulados com os interesses científicos dos pesquisadores e a produção do conhecimento científico ocorre assim estritamente ligada à satisfação de necessidades dos grupos sociais que não têm poder para por o conhecimento técnico e especializado pela via mercantil.

A pesquisa-ação pode ser estendida à mediação. Além de que, é uma proposta interessante ao meio acadêmico, uma vez que forma profissionais com maior comprometimento social e que se envolvem nas questões da comunidade. Sendo assim, os alunos direcionariam os seus projetos à análise das controvérsias de um dado caso. Por conseguinte, iriam vivenciar, na prática, como resgatar o diálogo e explorar os interesses das partes, quais são as dificuldades envolvidas nesse processo e se a mediação foi o melhor encaminhamento naquela situação.

Verifica-se dessa forma, uma relação de ganhos mútuos. Tanto os alunos enriquecem com as ações práticas, como também a comunidade ganha, pois se busca atender as necessidades e solucionar os eventuais conflitos. As classes menos abastadas, em especial, são beneficiadas com o método, uma vez que é gratuito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho aponta que exercício do direito fundamental de acesso à justiça deve estar relacionado diretamente com a justiça enquanto valor, e não somente com o Poder Judiciário. Para tanto, é preciso buscar meios que tornem as demandas judiciais mais céleres e mais justas.

Nesse contexto, os métodos autocompositivos, com ênfase à mediação, contribuem sobremaneira para a efetivação desse direito. No entanto, observa-se que tais métodos ainda não são vistos como uma alternativa viável para a supressão do acúmulo de demanda judicial que se tem hoje.

Assim, verificou-se que, atualmente, prima-se por uma cultura de litígios. Para a subversão desse, quadro é necessária uma reforma na estrutura de base, entendida aqui como o ensino jurídico.

Levantou-se o questionamento quanto ao cerne do problema: se esse se daria apenas pela ausência de conteúdos curriculares que versem sobre a mediação ou, também, por um

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

preconceito dos professores que podem estar contribuindo para uma visão marginalizada dos métodos autocompositivos.

Assim, restou claro, a necessidade da substituição da cultura de litígios pela cultura do diálogo. Medidas como a inclusão de temas sobre autocomposição nas provas da Ordem e de concursos público e a proposição da CCJ objetivam, dessa forma, a reconstrução cultural almejada.

Além disso, nessa pesquisa, foi elaborada uma nova proposta ao ensino jurídico, a partir da obra de Boaventura. O investimento pelas academias de direito na proposta-ção, como evidenciado, traria uma proximidade maior com as questões sociais, formando profissionais com maior comprometimento profissional. Ademais, trata-se de um projeto de ganhos mútuos: tantos os acadêmicos quanto a comunidade se beneficiam com a prática.

Sendo assim, a mudança de mentalidade acerca dos métodos autocompositivos dos discentes depende sobremaneira da inserção dos conteúdos obrigatórios que versem sobre mediação no ensino acadêmico, além de profissionais docentes que incentivem os alunos.

REFERÊNCIAS

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. *Inovações constantes no projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)*. Conteúdo Jurídico, Brasília- DF: 07 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47268&seo=1>>. Acesso em: 22 out. 2014.

AZEVEDO, André Gomma de. **Autocomposição e processos construtivos**: Uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e algum de seus resultados. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/autocomposicao-e-processos-construtivos-uma-breve-analise-de-projetos-piloto-de-mediacao-forense-e-alguns-de-seus-resultados>>. Acesso em: 23 de out. 2014.

BAGATINI, Júlia. Conselho Nacional de Justiça: um controle administrativo do poder judiciário?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9498>. Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 22 out. 2014.

BRASIL precisa fomentar cultura de não-litígios, dizem ministros. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-30/ministros-defendem-cultura-nao-litigio-seja-estimulada-brasil>> Acesso em: 23 out. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: s.e., 1988.

DINIZ, Barbara. **O processo de Mediação: Experiência Inovadora e Prática emancipatória na Formação Profissional**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/2903-o-processo-de-mediacao-experiencia-inovadora-e-pratica-emancipatoria-na-formacao-profissional>> Acesso em: 23 de out. 2014.

FILHO, Francisco das Chagas Lima. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de Mediação de Conflitos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MENDES, Gustavo Catunda. **Sociedade deve mudar cultura do litígio e aceitar conciliação**. Revista Consultor Jurídico, agosto 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/gustavo-mendes-sociedade-mudar-cultura-aceitar-conciliacao>>. Acesso em: 23 out. 2014.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <<http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo id=10863&n link=revista artigos leitura>>. Acesso em 22 out 2014.

VIDIGAL, Erick. **A reafirmação da função social do advogado nos mecanismos autocompositivos e sua influência na formação acadêmica. Seminário de Mediação e Conciliação do TJDF: Reflexões e Desafios**, março 2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/revista-mediacao-conciliacao-2012>>

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca - O ofício do mediador**, Vol. III. Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2004.

A CONSTRUÇÃO DO CONSENSO E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Luiz Alberto Gomes Barbosa Neto¹
Marcus Pinto Aguiar²
Raphael Franco Castelo Branco Carvalho³

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar propostas para um modelo de organismo capaz de mediar diálogos por meio da técnica da construção de consenso entre os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Comissão e Corte Interamericana) e as Cortes Supremas e/ou Tribunais Constitucionais dos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), com a finalidade de estabelecer parâmetros normativos, jurídicos e políticos para a prevenção de conflitos que envolvam violações de direitos humanos e fundamentais no âmbito do Sistema. Para tal objetivo, analisa alguns fundamentos do processo de internacionalização dos direitos humanos e as principais dificuldades que passa sua implementação na ordem estatal, além de avaliar o instituto da solução amigável, já aplicado pela Comissão Interamericana, e a importância dos diálogos internormativos e interinstitucionais, reforçados pelo instrumento da construção de consenso, para se estabelecer parâmetros para uma hermenêutica dialógica a partir da participação plural dos principais responsáveis pelo processo de concretização dos direitos humanos no âmbito delimitado pelo trabalho. A metodologia utilizada para perseguir os objetivos aqui apresentados é a da pesquisa bibliográfica,

¹ Advogado. Mestre em Políticas Públicas e Sociedade pela UECE. Especialista em Gestão Pública Municipal pela UECE, Mediador Comunitário pelo Ministério Público do Ceará, Professor Universitário. Membro do Grupo Democracia e Globalização – UECE, Membro da Comissão Especial da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE. E-mail: luizalbertoneto@gmail.com.

² Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza. Membro da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem e da Comissão de Direitos Humanos da OAB/CE. Professor e Advogado. Email: marcuspaguiar@hotmail.com.

³ Advogado. Professor. Mestrando em Direito Constitucional pelo PPGD (UNIFOR). Especialista em Direito Previdenciário pela FAERPI. Membro da Comissão Especial da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE. E-mail: raphaelfbcarvalho@gmail.com.

principalmente na área de direito internacional dos direitos humanos e abordagem da construção de consenso.

PAVAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Construção de Consenso. Hermenêutica Dialógica. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This paper aims to present the proposal for a model of organism capable of mediating dialogues through the technique of building consensus among the organs of the Inter-American System of Human Rights (Inter-American Commission and Court) and the Supreme Courts and/or Constitutional Courts of the Member States of the Organization of American States (OAS), with the purpose of establishing regulatory, legal and policy parameters for the prevention of conflicts involving violations of human rights and fundamental rights into the System. To reach this objective, it analyzes some fundamentals of the process of internationalization of human rights and the main difficulties to its implementation in the state order, in addition to analyzing the institution of friendly settlement, already applied by the Inter-American Commission, and the importance of inter-institutional and inter-rules dialogues, reinforced by the consensus building approach, to establish parameters for a dialogical hermeneutics from the plural participation of the main responsible for the realization of human rights in the Inter-American System. The methodology used to pursue the objectives presented here is the bibliographical review, especially in the area of international human rights law and consensus building approach.

KEYWORDS: Human Rights. Consensus Building. Dialogical Hermeneutics. Inter-American Human Rights System.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Processos de Institucionalização dos Direitos Humanos. 2 Desafios para Efetivação dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano e o Instituto da “Solução Amistosa”. 3 A Construção do Consenso por Meio das Relações Dialógicas. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

Ao se levar em conta a multiplicidade de organismos, instrumentos normativos e jurisdicionais, e sistemas no âmbito internacional e nacional para a efetivação de direitos humanos, por mais que muito tenha sido realizado neste campo, especialmente a partir das duas grandes guerras mundiais, percebe-se que as violações de tais direitos continuam numerosas nas sociedades contemporâneas.

Desse modo, o objetivo principal do trabalho é a proposta de utilização da técnica de “construção de consenso” (*consensus building*) e a promoção de “relações dialógicas” no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com a finalidade de prevenir violações de tais direitos e promover sua concretização na vida dos povos inseridos neste contexto, mais especificamente para esta pesquisa, no caso brasileiro.

A análise que se faz é no sentido de buscar a inserção de mecanismos que promovam a mediação de interesses e valores entre a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, frente às Cortes Supremas dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), de forma a implementar o diálogo internormativo e interinstitucional na construção de consenso, em busca das melhores práticas para alcançar uma eficaz valorização da vida da pessoa humana e dos povos da região.

Daí primeiramente se procura entender para o escopo do trabalho, a dinâmica da efetivação dos direitos humanos por meio das estruturas global e regional dos sistemas internacionais, inseridos nas perspectivas (econômicas, políticas e jurídicas) criadas pela guerra fria e pelo movimento de globalização que se deu a partir da segunda metade do século XX.

Aqui se verifica que apesar das lutas pela efetivação destes direitos através do acesso à justiça nesta esfera supraconstitucional, o processo de normatização e judicialização ainda sofrem fortes influências da agenda política nacional e internacional, e também da descentralização do poder dos Estados que nasce da globalização, daí o peso deste movimento frente aos aspectos jurídicos implementados por meio dos Sistemas de defesa dos direitos humanos.

Além destas barreiras de ordem política, econômica e jurídica, há uma questão de disputa velada de poder entre as instâncias superiores do ordenamento jurídico pátrio e a Corte

Interamericana, concomitantemente à questão hierárquica normativa entre a supremacia constitucional de um lado (nacional) e a convencional (internacional) de outro, afetando a hermenêutica marcadamente principiológica em torno dos direitos humanos e dos fundamentais.

Como opção à judicialização, para a solução dos conflitos de violações de direitos humanos entre o Estado e as vítimas ou representantes, a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe em seu texto o instituto da “solução amigável”, que tem sido corriqueiramente utilizado pela Comissão Interamericana e que este trabalho se propõe a valorizá-lo e incentivar a sua aplicação.

A partir deste ponto são apresentadas para superação das dificuldades acima elencadas, as seguintes propostas: a) ampliação do diálogo internormativo (entre normas) e interinstitucional (entre Cortes) como instrumentos colaborativos de superação de questões conflituosas; e b) do modelo de construção participativa do consenso, tanto no que se refere à interpretação das normas de direitos humanos, de sua aplicação e da resignificação da missão das Cortes.

Para alcançar os objetivos propostos, o trabalho utiliza pesquisa bibliográfica na área de direito constitucional, direito internacional de direitos humanos, mediação de conflitos e construção de consenso (*consensus building*).

1 PROCESSOS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Especialmente a partir da segunda metade do século XX, a temática dos direitos humanos extrapolou o âmbito da soberania estatal⁴ assumindo aspectos universalistas, particularmente referidos pela civilização ocidental, devido principalmente às tragédias humanas fomentadas pelas duas grandes guerras mundiais e o reconhecimento internacional da necessidade de proteção contra a violação de tais direitos nos territórios nacionais.

⁴ Corroborar com esta ideia o pensamento de Donnelly (2007, p.1), ao afirmar que: “Eles não eram considerados matéria de legítima ação internacional. Ao invés, direitos humanos eram vistos como questão de política interna (doméstica), um exercício internacionalmente protegido do direito de soberania dos Estados”. No vernáculo: “They were not considered a legitimate subject for international action. Rather, human rights were viewed as an internal (domestic) political matter, an internationally protected exercise of the sovereign rights of states”.

Nesse movimento internacionalista, não se pode prescindir da importância também do processo de integração interestatal, fomentado pelas inúmeras necessidades de cooperação⁵ econômica, social, jurídica e política, para citar algumas, que surgiram na esfera internacional, especialmente a partir do século passado, no contexto de globalização, cuja dinâmica maior se deve ao desenvolvimento dos meios tecnológicos, incluindo aqui, transportes e comunicações.

Considera-se em geral, como marco do movimento de internacionalização dos direitos humanos, a Conferência de São Francisco ou das Nações Unidas, que aconteceu de 25 de abril a 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos da América (EUA), cuja principal finalidade foi à criação da Organização das Nações Unidas (ONU), e gerou, como documento principal, a Carta das Nações Unidas, que entrou em vigor em 24 de outubro do mesmo ano⁶.

A partir destes principais documentos acima citados, além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), entre outros, tanto no âmbito da ONU, como de outras organizações internacionais criadas nas esferas regionais dos diversos continentes, foram sendo gerados tratados, pactos, convenções e declarações com a finalidade de proteger e promover os direitos humanos, genericamente denominados aqui para o escopo desta pesquisa, de Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH).

Além da previsão de direitos materiais, foram desenvolvidos instrumentos jurisdicionais e estruturas organizacionais para garantir e efetivar tais direitos no âmbito interno dos Estados membros destes órgãos transnacionais e dos que aderiram livremente como partes aos instrumentos multilaterais gerados nos diversos sistemas, sob a égide de suas soberanias e com base na boa-fé contratual; dessa forma, atraindo como consequências, a exigibilidade frente ao Estado do cumprimento de obrigação⁷ estabelecidas nos referidos tratados, e sua

⁵ Importante aqui, como forma de enriquecer a reflexão sobre os interesses por trás das posições estatais neste contexto global, apontar o pensamento crítico de Bourdieu, para quem o processo de integração e globalização não é um produto natural das necessidades de trocas entre os Estados, mas a implementação deliberada de uma política de dominação para beneficiar os “dominantes”. (BOURDIEU, 2001, p.98)

⁶ No Brasil, a Carta da ONU foi aprovada pelo Decreto-lei n. 7.915, de 4 de setembro de 1945, ratificada em 21 de setembro e promulgada por meio do Decreto-lei n. 19.841 de 22 de outubro do mesmo ano.

⁷ Tais obrigações seriam, segundo Monterisi (2009, p.57): “O dever de “respeitar” é uma obrigação de caráter negativo – de não fazer – que se traduz no compromisso dos Estados partes de não sacrificar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção; por seu lado, o dever de “garantir” é descrito como uma obrigação positiva – de fazer – de forma que os Estados se comprometam a organizar todo o aparato governamental, para assegurar o pleno exercício dos direitos essenciais; acompanha-o outro dever positivo que se refere à obrigação de “adotar” todas as medidas legislativas e de qualquer outro caráter que resultem necessárias para assegurar o pleno exercício daqueles direitos”. No vernáculo: “El

responsabilização internacional pela violação de direitos humanos previstos nos documentos ratificados.

Nesse sentido, pode-se afirmar que existe uma estrutura integrada para a proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito mundial e em esferas regionais, com a finalidade de proporcionar uma atuação mais aproximada das realidades locais. Quanto ao primeiro, que forma o denominado Sistema Global ou Universal, seu órgão central de monitoramento das condutas dos Estados membros é a Organização das Nações Unidas (ONU) que, por meio de sua Assembleia Geral, dispõe sobre os direitos que são protegidos por meio de normatividade própria⁸.

Quanto aos instrumentos regionais, efetivamente em atividade hoje em dia, tem-se os Sistemas Interamericano, Europeu e Africano, além dos incipientes, Árabe e Asiático. Aqui, pela delimitação proposta para a pesquisa, será abordado apenas o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujo órgão central é a Organização dos Estados Americanos (OEA), pautada fundamentalmente pelos seguintes documentos: Carta da OEA, Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica.

Apesar da multiplicidade de instrumentos normativos, órgãos e processos de monitoramento⁹ para a proteção e promoção dos direitos humanos em seus diversos Sistemas, a relação entre eles e os Estados membros não se dá de forma verticalizada ou hierarquizada, mas se baseia, principalmente, nos princípios da colaboração e da boa-fé.

Entretanto, mesmo com o caráter vinculativo que os tratados aportam e a consequente obrigatoriedade do cumprimento por parte dos Estados, percebe-se que nem estes o fazem

deber de ‘respetar’ es una obligación de carácter negativo –de no hacer- que se traduce en que los Estados Partes se comprometen a no vulnerar los derechos y libertades reconocidos en la Convención; de su lado, el deber de ‘garantizar’, se lo describe como una obligación positiva –de hacer- en cuanto los Estados se comprometen a organizar todo el aparato gubernamental, para asegurar el pleno ejercicio de los derechos esenciales; acompasado ello con el otro deber positivo referido a la obligación de ‘adoptar’ todas las medidas legislativas y de cualquier otro carácter que resulten necesarias para asegurar el pleno ejercicio de aquellos derechos”.

⁸ Os documentos fundamentais do Sistema Global, que servem de parâmetro para os demais, são os seguintes: Carta da ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Estes documentos formam um plexo normativo denominado Carta Internacional de Direitos Humanos.

⁹ O monitoramento das condutas estatais pode se dar por diversas formas, entre elas, convencional e extraconvencional, contencioso e nãocontencioso, quasejudicial e judicial, a depender do que esteja previsto no instrumento normativo específico, quer do Sistema Global ou Regional. (RAMOS, 2012, p.77)

adequada e eficazmente, nem aqueles órgãos supranacionais tem o poder de impor sanções¹⁰ pelo não cumprimento. E no final das contas, sofrem os maiores interessados – as pessoas.

A ONU tem um histórico relevante de atuação em questões de conflitos de prevenção de guerra e promoção da paz entre Estados, por meio da atuação de seus peritos, e esta experiência pode ser compartilhada no processo de formação de promotores de relações dialógicas que promovam o consenso construtivo em torno da proteção de direitos humanos que ainda sofrem violações diárias na vida concreta das pessoas em boa parte do mundo.

Para o escopo desta pesquisa se pretende sugerir também o reforço na formação de *experts* em técnicas de operacionalização de diálogo no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), além da institucionalização do processo de construção de consenso, de modo a fortalecer o processo dialógico entre os órgãos da OEA e as demais instâncias jurisdicionais superiores dos Estados membros, com a finalidade de estabelecer políticas eficazes de prevenção de conflitos entre os sistemas nacional e supranacional de garantia de direitos humanos no âmbito territorial de cada Estado.

2 DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO E O INSTITUTO DA “SOLUÇÃO AMISTOSA”

É importante destacar que este movimento de universalização dos direitos humanos se dá inicialmente no contexto histórico da guerra fria (1945-1991), do processo de colonização europeia do século XX e, concomitante ao processo de globalização, ou, no entender deste trabalho, de lutas (algumas cruentas) pelo poder político e econômico-financeiro local e mundial, hoje intrinsecamente interligados.

No que se refere às tensões provenientes da guerra fria, a ONU, influenciada por questões políticas, por meio de sua Assembleia Geral, aprovou, em 1966, dois importantes Pactos¹¹ que expressamente levaram à divisão dos direitos humanos em categorias de

¹⁰ A Comissão Interamericana apresenta pública e periodicamente informes acerca de descumprimento de obrigações estatais de garantia dos direitos previstos nos tratados do Sistema à Assembleia Geral da OEA, cuja eficácia está apenas na sanção moral e no *power of embarrassment*. (RAMOS, 2012, p.220)

¹¹ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foram aprovados em 1966, mas entraram em vigor na ordem internacional somente em 3 de janeiro de 1976 (10 anos depois da aprovação). No Brasil, sua ratificação se deu em 1992 (26 anos da sua aprovação na ONU).

exigibilidade imediata (direitos civis e políticos) e contida¹² (direitos econômicos, sociais e culturais), em conformidade com as ideologias vigentes (liberal e socialista, isto é, pró-EUA e pró-URSS¹³), como que atestando a forte influência política dentro deste importante organismo internacional.

Do mesmo modo, a Organização dos Estados Americanos (OEA) foi utilizada de forma manipuladora pelos EUA, até início da década de 1970, como meio de afastar a influência da ideologia socialista da União Soviética (URSS) e garantir àquele um mercado propício à satisfação dos seus interesses comerciais. Por isso, não é sem razão que Herz (2012, p. 13) afirma:

[...] a disputa entre a União Soviética e os Estados Unidos nas Américas fez da estabilidade mais do que da democracia, a meta primeira da política norte-americana na América Latina durante a administração Johnson. A não intervenção adquiriu um significado adicional, isto é, a permissão de ditaduras amigáveis para produzir estabilidade e previsibilidade¹⁴.

Nesse sentido, não são desarrazoadas as críticas à globalização (especialmente a de fluxos de capital) que tem promovido o desenvolvimento econômico, mas também miséria e exclusão social, ao debilitar os Estados na sua capacidade de garantir direitos sociais as suas populações, de proteger seus membros mais vulneráveis e de se solidarizar com os imigrantes e refugiados que lhes acerbam periodicamente.

Diante destes desafios que os Estados nacionais enfrentam, surge um novo embate na arena mundial, pois ao mesmo tempo que desejam preservar sua soberania, o aparecimento de instâncias supranacionais (por meio da adesão voluntária ou semivoluntária) de influência interna e dotadas de poder decisório autônomo externo, alerta para movimentos de “despolitização” e “des-territorialização” do Estado, por conta da globalização, todos em sintonia com o processo de descentralização do poder estatocêntrico. (GRAU, 2008, p.278)

¹² O art. 2º do PIDESC dispõe que os direitos por ele garantidos só devem sê-lo de modo “progressivo”, diferentemente dos demais; particularidade essa embasada mais em questões ideológicas do que técnicas, nos termos: “1 Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas”. (ONU, 1966)

¹³ URSS, extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, cujo poder central residia na atual Rússia.

¹⁴ No original: “[...] the dispute between the Soviet Union and the United States in the Americas and made stability rather than democracy the prime goal of US policy in Latin America during the Johnson administration. Non-intervention acquired an additional meaning, i.e., allowing friendly dictatorships to produce stability and predictability”.

Neste contexto, os movimentos de internacionalização dos direitos humanos proporcionam de forma positiva a globalização da cidadania e da promoção da dignidade humana, mas acabam conflitando com a força do capital transnacional que atua politicamente, com influencia nas políticas internas de efetivação de direitos, especialmente os sociais, que requerem maiores aportes orçamentários dos Estados, competindo com a primazia dos benefícios da financeirização deste capital.

Apesar da relevância dos desafios que são enfrentados para superar influências políticas, econômicas e financeiras para a efetivação dos direitos humanos no âmbito estatal, como referido anteriormente, a arena na qual se realizam os embates que interessam mais a este trabalho é a que se dá no âmbito jurídico, e mais especialmente, por meio da relação entre as Cortes Supremas Estatais e dos órgãos da OEA, ou seja, Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana é o órgão que realiza o juízo de admissibilidade das denúncias que apresentam supostas violações de direitos humanos da parte dos Estados inseridos no Sistema Interamericano e, dependendo de sua decisão, o pedido poderá ou não ser julgado pela Corte Interamericana, órgão jurisdicional no sentido estrito.

Assim, essa estrutura transnacional poderia ser vista como parceira para fortalecimento e melhoria da eficácia do sistema interno de efetivação de direitos fundamentais, que ao atuar de forma integrada com a ordem jurídica (e política) nacional seria capaz de favorecer a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, Constituição Federal)¹⁵, uma vez que o povo brasileiro optou por conduzir-se dando “prevalência aos direitos humanos” (artigo 4º, II, Constituição Federal) e à “solução pacífica dos conflitos” (artigo 4º, VII, Constituição Federal) em suas relações internacionais¹⁶.

Entretanto, tem-se observado a judicialização como alternativa solitária para a busca da solução dos conflitos entre as duas ordens aqui referidas, a nacional e a transnacional, na

¹⁵ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL, 2013)

¹⁶ “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência aos direitos humanos; [...] VII - solução pacífica dos conflitos;”. (BRASIL, 2013)

tentativa de superposição de uma sobre a outra, com fundamentos na superioridade normativa interna (Constituição) ou externa (Tratados Internacionais de Direitos Humanos).

Como opção à judicialização para solução de conflitos que envolvem violação de direitos humanos, vale ressaltar que ao longo do processo de admissibilidade das petições de denúncias na Comissão Interamericana, existe uma fase denominada de conciliação ou solução amistosa, cujo procedimento está previsto no artigo 48, “f”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, no qual ressalta a conciliação como forma de solução do conflito, nos termos:

Artigo 48 - 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

[...]

f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção. (OEA,1969)

A proposta do instituto de solução amistosa, de caráter voluntário, é alcançar uma “solução pacífica” para os conflitos que surgem a partir da violação de direitos humanos no âmbito interno, tanto pela restauração do *status quo* e efetivação do direito em foco, como pela prevenção de futuras ocorrências. Assim, a função conciliadora da Comissão Interamericana de Direitos Humanos permite uma possibilidade de solução mais rápida para as partes, por causa de sua natureza política que evita a judicialização do tema. Além disso, vale ressaltar que a boa vontade, a informalidade e a confidencialidade são traços essenciais desse instituto para que a solução pacífica se dê apropriadamente.

Quanto à natureza jurídica do instituto, alguns autores (cf. Pizzolo,2007,p.176) entendem que se trata de conciliação cuja atividade é atribuída apropriadamente à Comissão Interamericana, uma vez que ocorre fora do âmbito do processo judicial. Outros a consideram de procedimento mais próximo da mediação, ou mesmo de natureza política ou diplomática, sem negar seus contornos mais elásticos que qualquer desses institutos. (MONTERISI, 2009, p.93)

No que se refere à normatização do instituto, a previsão se dá por meio do Regulamento da Comissão Interamericana em seu artigo 40, no qual há disposição expressa de que a Comissão, por iniciativa própria, ou a pedido das partes, pode propor a solução amistosa a qualquer tempo do processo, que, se alcançada, deverá ser emitido um relatório com a necessária aquiescência das partes para finalizar a demanda, mas não o sendo, seguirá o processamento da denúncia seu trâmite normal.

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Nesse caso, verificam-se alguns aspectos particulares do instituto da solução amistosa. Primeiramente, tanto a propositura, quanto a finalização deste procedimento, não são decisões de iniciativa exclusivas das partes, pois a própria Comissão pode fazê-lo, tendo em vista sua missão de garante de tais direitos que se consideram indisponíveis; não lhe cabendo, entretanto, a determinação do acordo, que é exclusivo das partes. Além disso, cabe também à própria Comissão, o acompanhamento da execução do acordo firmado.

Importante ressaltar, que a solução amistosa tem inspiração¹⁷ no procedimento para resolução de conflitos no Sistema Europeu de Direitos Humanos, denominado “resolução amigável”, que pode ser acionado voluntariamente pelas partes diante do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, conforme previsão da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 39, nos termos:

1. O Tribunal poderá, em qualquer momento do processo, colocar-se à disposição dos interessados com o objetivo de se alcançar uma resolução amigável do assunto, inspirada no respeito pelos direitos do homem como tais reconhecidos pela Convenção e pelos seus Protocolos. (TEDH, 2014)

No mesmo passo da Comissão Interamericana, a Corte Europeia de Direitos Humanos pode unilateralmente entender a impossibilidade do acordo firmado pelas partes sob o instituto da resolução amigável, quando entender que há menoscabo aos direitos humanos, nos moldes do que afirma Rozakis (2007, p.1005):

Nenhuma resolução amigável pode ser alcançada – sob o procedimento disposto pela Convenção – sem a concordância da Corte, que se encontra em posição de rejeitá-lo, particularmente em circunstâncias em que se observa que a resolução amigável não respeitou os direitos humanos “como definidos na Convenção e em seus protocolos”¹⁸.

Ainda em relação ao instituto de solução amistosa, a partir da sentença da Corte Interamericana, de 21 de janeiro de 1994, relativa às exceções preliminares do Caso Caballero

¹⁷ Também sofreu influência normativa do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU), que em seu artigo 42 faz remissão à solução amistosa, nos termos: “1. a) Se uma questão submetida ao Comitê, nos termos do artigo 41, não estiver dirimida satisfatoriamente para os Estados Partes interessados, o Comitê poderá, com o consentimento prévio dos Estados Partes interessados, constituir uma Comissão *ad hoc* (doravante denominada “a Comissão”). A Comissão colocará seus bons ofícios à disposição dos Estados Partes interessados no intuito de se alcançar uma solução amistosa para a questão baseada no respeito ao presente Pacto”. (ONU, 1966)

¹⁸ No original: “No friendly settlement can be reached – under the procedure provided for by the Convention – without the agreement of the Court, which is in a position to reject it, particularly under circumstances where it is not satisfied that the friendly settlement has respected human rights “as defined in the Convention and the protocols thereto”.

Delgado y Santana *versus* Colômbia, o Sistema Interamericano passou a exigir sua aplicação sem discriminação da natureza do direito violado e como regra procedimental da Comissão, acolhendo sua faculdade discricionária, mas de nenhuma forma arbitrária. Daí a Corte Interamericana ter afirmado na ocasião que:

27. A Corte tem dito que a Comissão não tem faculdades arbitrárias nesta matéria. É muito clara a intenção da Convenção a respeito do papel conciliador que deve cumprir a Comissão antes que um caso seja enviado à Corte ou publicado.

Somente em casos excepcionais e, naturalmente, com razões de mérito, pode a Comissão omitir o procedimento de conciliação, porque está entre os meios para a proteção dos direitos das vítimas ou de seus familiares. Não parece ser suficiente dizer, como faz a Comissão, que não se realizou este procedimento simplesmente por razão da “natureza” do assunto.

28. A Corte estima que a Comissão devia fundamentar cuidadosamente sua rejeição à solução amistosa, de acordo com a conduta observada pelo Estado a quem se imputa a violação.¹⁹ (OEA, 1994)

Essa disposição da Corte e a atuação da Comissão é um sinal da valorização de instrumentos distintos da judicialização das questões de violação de direitos humanos fundamentais, uma vez que a possibilidade do diálogo entre as partes, promovida por um terceiro independente, com a intenção de encontrar a solução adequada do conflito, permite que aquele que sofreu a violação possa expressar suas angústias e valores diante do Estado, muitos deles partilhados por outros membros da mesma sociedade, e dessa forma, solucionar estas questões de forma menos traumática.

Além disso, a promoção do diálogo e do entendimento mútuo, por meio de instrumentos não adversariais, como a solução amistosa aqui descrita, além da mediação, conciliação, construção do consenso, entre outros, favorece a promoção de condutas preventivas para evitar futuros problemas a partir da mudança de foco, do conflito para os valores, alguns destes, partilhados tanto pelas vítimas como pelos agressores, pois, como afirma Susskind (2014): “O reconhecimento de valores comuns pode abrir linhas de comunicação, construir confiança e, além disso, promover relações”.²⁰

¹⁹ De acordo com o original: “27. La Corte ha dicho que la Comisión no tiene facultades arbitrarias en esta materia. Es muy clara la intención de la Convención respecto del papel conciliador que debe cumplir la Comisión antes de que un caso sea enviado a la Corte o publicado. Sólo en casos excepcionales y, naturalmente, con razones de fondo, puede la Comisión omitir el procedimiento de la conciliación porque está de por medio la protección de los derechos de las víctimas o de sus familiares. No parece ser suficiente decir, como lo hace la Comisión, que no se acudió a este procedimiento simplemente por razón de la “naturaleza” del asunto. 28. La Corte estima que la Comisión debió fundamentar cuidadosamente su rechazo a la solución amistosa, de acuerdo con la conducta observada por el Estado a quien se imputa la violación”.

²⁰ No original: “Recognizing common values can open lines of communication, build trust and otherwise improve relations”.

3 A CONSTRUÇÃO DE CONSENSO POR MEIO DE RELAÇÕES DIALÓGICAS

O instituto de soluções amistosas, visto anteriormente, é um instrumento de certa forma autônomo, do processo de judicialização frente à Corte Interamericana, para a solução conciliatória de violações de direitos humanos previstos pela normatividade do Sistema Interamericano, principalmente na Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica.

Dentro da proposta introdutória deste trabalho, pretende-se neste momento apontar para outro instrumento não adversarial²¹ que vise também à proteção e à promoção de direitos humanos no âmbito estatal (direitos fundamentais) - a “construção de consenso” (*consensus building*).

Diferentemente do instituto acima, a construção de consenso, nesta pesquisa, volta-se para as relações dialógicas interinstitucionais, isto é, entre os Tribunais ou Cortes Superiores do poder judiciário nacional, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, primeiramente será estabelecido o que se entende no contexto deste trabalho por diálogo interinstitucional, e posteriormente, como se aplica a técnica da construção do consenso nessa esfera.

Uma das diferenças que se faz em relação aos direitos humanos frente aos fundamentais é que os primeiros estão dispostos na instância internacional por meio de instrumentos normativos multilaterais, isto é, tratados, convenções, pactos e declarações; diferentemente dos últimos, previstos na ordem constitucional estatal, muitas vezes como replicação daqueles.

Quer como direitos fundamentais, ou direitos humanos, ambos são reconhecidos como portadores dos mesmos conteúdos éticos capazes de realizar ideais de justiça social e essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana (ou para a promoção de sua dignidade) em seus múltiplos aspectos: físico, psíquico, espiritual, pessoal, civil, político, econômico e cultural. Entretanto, o fato de terem fontes normativas diferentes enseja algumas dificuldades, mais ideológicas, do que técnicas.

²¹ A solução de conflitos baseada na técnica da construção do consenso está fundada em alguns princípios aplicáveis ao instituto da mediação, entre eles, o da “não competitividade”, que segundo Sales (2004, p.47), indica que “o conflito deve ser recebido de forma a não incentivar competição. As partes não estão em campos opostos, competindo, mas, sim, estão cooperando para que ambas sejam vencedoras”.

Assim, dentro da diferenciação aqui feita, os direitos humanos têm como fontes os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e os fundamentais, as Constituições dos Estados; o que implica algumas vezes em confrontos pela supremacia hierárquica, hipótese que nasce do conflito de aplicabilidade entre direitos de fontes diferentes no mesmo território, como é o caso em questão.

Para resolver este conflito, propõe-se a utilização da técnica do diálogo internormativo ou entre fontes, que prescinde da disputa hierárquica entre estas, por conta da paridade substancial e teleológica dos direitos humanos e dos fundamentais, e se realiza por meio da aplicação da norma mais favorável à pessoa humana²², quer seja a proveniente da fonte internacional ou da nacional, isto é, a aplicação da norma no caso concreto deve ser a daquela que “mais amplia o gozo de um direito ou liberdade ou de uma garantia à pessoa”. (MAZZUOLI, 2010, p.142)

Entretanto, como aplicador máxima da ordem jurídica brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são acolhidos internamente em posição inferior à Constituição Federal²³, dificultando assim a efetivação do caráter expansivo dos direitos humanos, ao contrário do que dispõe o artigo 4º, inciso II, da Constituição vigente, isto é, a “prevalência dos direitos humanos”.

Outro tipo de conflito que existe nesta matéria, é a da interpretação dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos. E este pode ser considerado mais sério, pois o Estado pode ratificar tais Tratados, mas dar-lhes a interpretação que mais lhe convier, diferentemente do que foi acordado, ou como afirma Ramos (2012, p. 31), cair no “truque do ilusionista”, quer dizer: “as Estados ratificam tratados, os descumprem cabalmente, mas alegam que os estão cumprindo”.

A questão da uniformidade de interpretação das normas é um dos pontos mais importantes observados pelos organismos de supervisão das condutas estatais em matéria de direitos humanos, pois esta prática contribui para afastar diferenças conceituais irreconciliáveis

²² Também conhecido como princípio *pro homine*. Sobre tal princípio, cf. Ramos (2012, p. 94) e Mazzuoli (2011, p.54).

²³ Salvo na hipótese do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (BRASIL, 2014)

acerca destes direitos e para estabelecer os contornos e sentidos adequados das normas. (RAMOS, 2012, p.71)

Apesar da convergência hermenêutica ser fundamental para a funcionalidade do Sistema, é preciso atentar aqui para o fato de que, de acordo com o artigo 62.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, fazem parte da competência da Corte Interamericana “todos os casos relativos à interpretação e aplicação desta Convenção”. Daí o entendimento de que a interpretação a ser seguida é a determinada pela instância supranacional²⁴. (OEA, 1969)

Entretanto, como forma de superar esta visão limitada e verticalizada, alimentada também pela própria Corte Interamericana, e que tantas dificuldades tem causado no relacionamento entre os Estados e este tribunal internacional, para a efetivação de direitos, em que pesem também inúmeras conquistas, alertam Abramovich e Courtis (2006) que:

O dever de cumprir com as decisões dos tribunais internacionais não deveria conduzir à aplicação cega da jurisprudência internacional; corresponde também aos juízes nacionais e, em especial, aos tribunais superiores, apontar suas discordâncias e observações [...] com a finalidade de ajustar e aperfeiçoar suas decisões. A plena integração da justiça argentina a uma ordem jurídica internacional requer, precisamente, do tipo de **diálogo crítico** que a Corte Suprema sugere à Corte Interamericana neste caso²⁵. (grifo nosso)

Obviamente, a aceitação cega e integral das decisões e interpretações da Corte Interamericana, por mais que previstos convencionalmente, gera naturalmente uma postura defensiva do Estado, especialmente ao longo do tempo, no caso de não existir política de Estado apropriada para a matéria (e simples dependência da vontade política de governos), além das críticas de ativismo judicial deste tribunal supranacional.

²⁴ No âmbito deste trabalho se entende que as relações entre os membros nacionais e supranacionais do Sistema devem se dar preferencialmente na forma de diálogo e de busca de consenso, principalmente no campo da hermenêutica de sua normatividade internacional/constitucional. Daí se criticar posicionamentos extremados de superioridade hierárquica, tanto para um lado como para o outro, aos moldes da proposta míope de Bobbio (2004, p.39), ao afirmar que: “Mas só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia *dentro* do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia *contra* o Estado”.

²⁵ Cf. Abramovich e Courtis (2006), na Introdução, p. VII. No original: “El deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones [...] a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de diálogo crítico que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana en este caso”.

Desse modo, sugere-se no escopo deste trabalho, como forma de superar estes conflitos, a aplicação do diálogo interinstitucional (ou interjurisdicional, ou entre Cortes), como instrumento da construção do consenso, capaz de promover a eficácia do Sistema por meio de uma estrutura que proporcione a contínua comunicação entre as Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais nacionais, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A peculiaridade desta proposta acima reside em dois pontos. Primeiro, a criação de um Comitê para a Promoção do Diálogo Permanente entre Cortes (CPDPC), como órgão de *staff* da Comissão Interamericana, composto de representantes de cada Estado que se submeteu ou não à jurisdição da Corte Interamericana, bastando ser membro da OEA. Depois, a escolha do método a ser aplicado para a solução pacífica dos conflitos²⁶ – a construção do consenso.

O CPDPC precisaria ter na sua composição pessoas que tenham significativa relevância decisória em seus Estados, podendo ser escolhidos, no caso do Brasil, entre membros dos seguintes segmentos, a título de exemplo: do Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Conselho Nacional da Defensoria Pública, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (como interessado da sociedade civil), Secretaria de Direitos Humanos (poder executivo), Congresso Nacional (Legislativo) e Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, instituição responsável pela defesa do Estado brasileiro frente à Corte Interamericana.

Aqui se faz necessário alertar para a importância da escolha dos membros do Comitê, ao se levar em consideração que o primeiro passo²⁷ para a implantação de uma abordagem baseada na construção do consenso é a escolha correta do grupo de trabalho (*convening*), pois são as pessoas que vão falar e tomar decisões em nome de seus países, e nesta estrutura, como “mediadores de mediadores” dentro de um processo bastante delicado, que os leva ao envolvimento racional e afetivo, entre pares que devem buscar a colaboração pacífica, em torno de valores comuns.

²⁶ De acordo com o artigo 4º, inciso VII, da Constituição Federal: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII - solução pacífica dos conflitos”. (BRASIL, 2013)

²⁷ De acordo com Susskind e Cruikshank (2006, p.23): “O primeiro passo no processo de construção de consenso é conseguir as pessoas certas com as expectativas certas para sentar à mesa”. No original: “The first step in any process of consensus building is getting the right people to the table with the right expectations”. Os mesmos autores apresentam um modelo de construção de consenso a partir de cinco passos, a saber: (1) formação do grupo de trabalho (*convening*); (2) estabelecimento de papéis e responsabilidades (*assigning roles and responsibilities*); (3) facilitação da resolução de problemas em grupo (*facilitating group problem solving*); (4) alcançando o acordo (*reaching agreement*); e (5) segurando pessoas a seus compromissos (*holding people to their commitments*). (SUSSKIND e CRUIKSHANK, 2006, p.22)

No caso, é importante que sejam escolhidas aquelas que tenham posições estratégicas no contexto jurídico, político e social nacional e que conheçam bem os interesses e valores de seus representados (Estado e Sociedade), e dos vivenciados no Sistema Interamericano. Em suma, como afirma Susskind e Cruikshank (2006, p.42): “Pessoas que representam pontos de vista ou interesses chaves e cuja influência pode fazer ou quebrar qualquer acordo negociado”.²⁸

O CPDPC pode ter em sua estrutura subcomissões temáticas para facilitar a apresentação e discussão de propostas ao plenário do Comitê, que devem fundamentalmente estar pautadas na busca pela uniformização, enriquecimento e atualização da interpretação constitucional/internacional da normatividade do Sistema como um todo, local e regional, objetivo que pode ser alcançado também por meio de fóruns permanentes de debates e seminários em busca das melhores práticas para a solução de conflitos que dificultam a concretização dos direitos humanos.

Na perspectiva de formação do poder judiciário, pode-se promover a criação da “Escola da Magistratura Interamericana” para a formação de juízes e auxiliares da justiça, especialmente em direitos humanos e fundamentais, direito internacional dos direitos humanos, controle de convencionalidade, direito da integração e métodos alternativos de resolução de conflitos, entre outras disciplinas fundamentais para a eficácia do Comitê e do Sistema.

Outra característica fundamental dessa proposta é o método a ser utilizado pelo Comitê para a Promoção do Diálogo Permanente entre Cortes (CPDPC) – construção de consenso (*consensus building*)²⁹. Aqui o foco está na relação dialógica que alcança resultados que vão além da escolha feita por uma maioria vitoriosa, que por si mesma gera insatisfação para os minoritários, pois o consenso, como afirmam Susskind e Cruikshank (2006, p.19), permite que “todos que se afastaram da mesa tenham clareza não apenas do que foi prometido para eles, mas também clareza do que eles prometeram para os outros”.³⁰

²⁸ No original: “The people who represent key points of view or interests and whose influence can make or break any possible negotiated agreement”. Os autores sugerem as seguintes características importantes para os membros deste grupo de trabalho, além da acima referida: mente aberta, conhecimento das técnicas de construção de consenso e capacidade para trabalhar em grupo. (SUSSKIND e CRUIKSHANK, 2006, p.42)

²⁹ A definição da técnica de “construção de consenso” é a seguinte, de acordo com Susskind e Cruikshank (2006, p.3): “Construção de consenso é um meio para um grupo ou organização alcançar um acordo praticamente por unanimidade, e implementá-lo com sucesso”.²⁹ No original: “Consensus building is a way for a group or organization to reach a nearly unanimous agreement, and then implement that agreement successfully”.

³⁰ De acordo com a redação original: “[...] that everyone walks away from the table not Just clear about what’s been promised to them but also clear about what they’ve promised to others”.

A abordagem de construção de consenso permite a possibilidade de diálogo³¹ em torno de múltiplas opções para a solução do conflito em questão, inclusive a geração de diversas combinações entre as opções propostas, alargando e enriquecendo assim, o espectro de alternativas.

Nesse sentido, na perspectiva do Sistema Interamericano, cada ordem constitucional dispõe sobre os valores mais importantes para sua sociedade e Estado, principalmente no formato de direitos fundamentais. Além disso, tais valores também representam uma universalidade regional, mesmo com as peculiaridades próprias de cada local. Daí a relevância de se enfatizar que a construção de consenso é uma técnica de solução de conflitos que implica em ganhos mútuos (*mutual gains*), ou, como afirma Susskind e Cruikshank (2006, p.112): “Abordagem de Construção de Consenso (CBA) é sobre exercitar a criatividade do grupo para achar as melhores soluções para todos os membros do grupo”.³²

E é em cima destes valores comuns, expressos também na Convenção Americana de Direitos Humanos, que a construção do consenso vai procurar orientar os participantes desta instância a buscar a resignificação de seus próprios valores e acordos que permitam a eficaz efetivação dos direitos humanos em cada território representado, além de compromissos para concretizá-los.

A construção de consenso, como aqui disposta, não é uma proposta meramente promotora de diálogo, mas tem uma finalidade bem delimitada - um acordo consensual sobre as práticas comuns (políticas e jurídicas, principalmente) que evitem violações de direitos humanos em cada Estado, além de sua promoção, por meio da concretização de condutas dos agentes estatais e da sociedade adequadas a tal objetivo; e que aporta, como consequência também, a diminuição dos processos judiciais que tramitam na Corte (e mesmo no poder judiciário dos Estados) e do sofrimento que as demandas proporcionam.

No planejamento da estrutura (CPDPC) que se propõe para a promoção de um diálogo participativo e colaborativo de forma continuada para a construção de consenso acerca de

³¹ Afirmam Susskind e Cruikshank (2006, p.46) que: “A abordagem de construção de consenso se refere acima de tudo a escutar pessoas, ajudar pessoas a entender melhor uma questão, bem o suficiente para inventar uma boa solução, e então, implementar esta solução”. No original: “CBA is all about *listening* to people, *helping* people understand an issue well enough to invent a good solution, and then implementing commitment who are open to creative problem solving”.

³² No original: “CBA is about drawing on the creativity of the group to find better solutions for all members of the group”.

práticas a serem implantadas³³ nas ordens nacional e internacional de prevenção contra violações de direitos humanos fundamentais, devem ser pensadas também questões relativas ao financiamento e ao orçamento para criação e manutenção do Comitê. Da mesma forma que soluções firmadas que envolvam dispêndios financeiros para efetivar acordos, devem apresentar estratégias e fontes de custeio.

No contexto deste trabalho, o acordo alcançado também se refere ao estabelecimento de balizas que permitam uma hermenêutica convergente entre a normatividade do Sistema e do Estado, podendo-se fazer referência a uma “hermenêutica dialógica” (participativa e aberta), através da qual a construção de consenso permite melhor integração e enriquecimento do sentido das normas internacionais e constitucionais, ao estabelecer parâmetros objetivos, a partir de um processo colaborativo (*collaborative process*) gerado, mantido e difundido pelas instituições do Sistema Interamericano e do Estado participante.

A proposta de uma “hermenêutica dialógica” que permita a integração de fontes normativas de direitos humanos (e fundamentais) de diferentes ordens jurídicas (nacional e internacional), por meio da ampliação dos atores/intérpretes em busca da construção do consenso para uma efetivação eficaz de tais direitos, está plenamente em consonância com a sugestão de Häberle acerca da participação plural no processo de interpretação constitucional.

Assim, no Estado constitucional-democrático, cuja sociedade contemporânea se manifesta cada vez mais dentro de um contexto multicultural, a busca deve ser pelo diálogo participativo plural para que os diversos interesses e valores possam ser harmonizados e conviver pacificamente, não cabendo uma postura autocrática e centralizadora acerca dos processos de concretização dos direitos fundamentais, pois se estes assim o são considerados, é porque são reconhecidos política, jurídica e socialmente como essenciais para a existência digna de cada pessoa humana. Daí afirmar Häberle (2002, p. 36 e 42) que:

³³ Segundo Susskind e Cruikshank (2006, p.131): “Finalmente, o acordo deveria ser construído de uma maneira que ofereça a melhor chance possível de ser implementado com sucesso”. No original: “Finally, the agreement should be constructed in a way that gives it the best possible chance of being implemented successfully”.

[A democracia] se desenvolve também por meio de formas refinadas de **mediação** do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais [...], mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade [...]. Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um **mediador** (*Zwischenträger*). (grifo nosso)

Entende-se ainda que ampliação dos atores da hermenêutica constitucional/internacional, amparada por uma hermenêutica dialógica, deve ser disseminada a partir (ou de modo concomitante) desta prática consensual no plano supranacional, em um movimento de expansão dentro dos Estados por meio de processos de educação de direitos humanos e cidadania para capacitar e empoderar os indivíduos a assumirem, pessoal e coletivamente, a responsabilidade pelas decisões que os afetam diretamente quanto ao seu desenvolvimento para uma vida digna e dotada de sentido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das relações multilaterais vivenciadas pelos países na atualidade, com fortes influências do processo de globalização, tem-se questionado a aplicação do instituto da soberania, ou no mínimo, proposta uma releitura do mesmo, uma vez que as relações estatais de cunho predominantemente integradoras, tem fomentado a produção normativa no âmbito supranacional, muitas vezes colidente com a nacional.

Neste contexto, o movimento de universalização dos direitos humanos, especialmente após o segundo pós-guerra, contribuiu para estabelecer sistemas de proteção e promoção de tais direitos, embasados em estruturas normativas e jurisdicionais próprias que frequentemente entram em conflito quando de sua aplicação na ordem interna do Estado.

Ao apresentar estes movimentos globais e regionais, especialmente no âmbito do Sistema Interamericano, do qual o Brasil faz parte, o trabalho entende que o processo de judicialização das denúncias referentes às violações de direitos humanos (fundamentais, no âmbito interno), além de não proporcionar soluções de forma eficaz, não tem atuado preventivamente para evitar futuras demandas, uma vez que as relações entre os órgãos decisórios (Corte Interamericana e Cortes supremas nacionais), tipicamente do tipo adversarial (em questões de hierarquia normativa e soberania), carecem de uma perspectiva dialógica e participativa das partes envolvidas, de forma a dar maior legitimidade às decisões.

Enquanto a relação conflituosa entre indivíduos e Estados, no âmbito do Sistema Interamericano, tem como alternativa à judicialização, o instituto de solução amigável, os conflitos entre as Cortes, supranacional e nacional, ainda ficam a mercê de parâmetros políticos e jurídicos, simplesmente.

Daí a proposta de inserção de um organismo supranacional, inserido na Comissão Interamericana, mas de constituição plural, cujas ações sejam pautadas na construção do consenso e na promoção do diálogo interinstitucional voltados à prevenção de conflitos no campo dos direitos humanos e fundamentais, e que proporcione a busca por uma hermenêutica dialógica (participativa e aberta) que permita uma ação integrada entre tais cortes, mas também com repercussões entre os outros poderes estatais, de modo a contribuir com a concretização de tais direitos na realidade de vida dos indivíduos e dos povos que estão inseridos nestes sistemas.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (comp.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década**. Buenos Aires: Del Porto, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 10 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos 2**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BRASIL. **Código civil, código de processo civil, código comercial, constituição federal, legislação federal, legislação civil, processual civil e empresarial**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. Organização de Yussef Said Cahali. 15 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DONNELLY, Jack. **International human rights**. 3rd ed. Colorado: Westview Press, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

HERZ, Mônica. **The Organization of American States (OAS)**: global governance away from the media. New York, NY: Routledge, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo; Saraiva, 2010.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2 ed., ver., atual. e ampl. Coleção Direito e Ciências Afins. V.4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MONTERISI, Ricardo D. **Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos**. La Plata: Librería Editora Platense, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Ratificado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Disponível em:

<<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/PIDESC.pdf>>. Acesso em: 28.nov.2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 e 75)**. *Opinión Consultiva OC-2/82* de 24 de setembro de 1982, solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>>. Acesso em: 19.dez.2012.

_____. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acesso em: 14.jun.2014.**

_____. **Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia.** Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 enero de 1994 (Excepciones Preliminares). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_17_esp.pdf> Acesso em: 15.jun.2014.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:
<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.thm>. Acesso em: 18.jun.2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **História.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/história>>. Acesso em 4.jun.2014 .

PIZZOLO, Calogero. **Sistema Interamericano.** Buenos Aires: Ediar, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos.** 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ROZAKIS, Christos L. **Unilateral declarations as a means of settling human rights disputes:** a new tool for the resolution of disputes in the ECHR's procedure. In: KOHEN, Marcelo G. Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law. Geneva, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa** – estabelecendo diferenças e discutindo riscos. Revista Alcance – Eletrônica, vol. 16, n.1, p. 20-32, jan-abr.2011.

SUSSKIND, Lawrence. **Values and identity conflicts**: proposing a new dispute resolution doctrine. Disponível em: <http://www.cbuilding.org/talks/values-and-identity-conflicts-proposing-new-dispute-resolution-doctrine>. Acesso em: 16.jun.2014.

SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking Robert's rules**: the new way to run your meeting, build consensus, and get results. New York: Oxford University Press, 2006.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 14.jun.2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol I. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003a.

_____. **Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal**. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; SANTIAGO, Jaime Ruíz de. La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI. 2 ed. San José, Costa Rica: Impresora Gossestra Internacional, 2003b.

A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS NOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ESTABELECIDOS PELA RESOLUÇÃO N. 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Áquila Brenna Lamberti Gumes¹
Julia Teixeira Ramos²

RESUMO

O caos do atual sistema judiciário é evidente. Nos dias atuais existe uma demanda excessiva de processos, que culminam na morosidade do sistema judiciário. Para tentar melhorar esse quadro, o CNJ desenvolveu a Resolução n. 125, uma medida que estabelece a prática da mediação e da conciliação como forma de alternativa de resolver as lides. Para tanto, estabelece o modelo de formação para os profissionais que atuarão nas áreas e submete-os ao Código de Ética. Nesse sentido, o presente artigo irá se desenvolver a partir dessas vertentes. Será feita uma abordagem crítica sobre os magistrados mediadores que atuam nos locais estabelecidos pela Resolução e sobre a prática da “quarentena”, que não é aplicada ainda para os juízes que atuam como facilitadores. E, por fim, será discutido se é realmente eficiente para a efetivação da justiça que se tenha juízes atuando como mediadores e conciliadores dentro dos Centros e dos Núcleos estabelecidos pela Resolução.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução N° 125 do CNJ, mediação, conciliação, quarentena, magistrados mediadores.

ABSTRACT

The chaos of the actual system is evident. Nowadays exist a excessive demand os processes, that motivate the slowness of the judiciary. To try to advance this context, the National Council of Justice developed the Resolution number 125, that determine the pratice of the mediation and the conciliation as form of alternative of resolution the conflicts. For that, determine the model of formation for the professionals who will act in these areas and submit them to the Code of Ethics. In this context, this article will develop itself starting for those theories. Will be done a critic approach about the mediators judges that act in places established for the Resolution and

¹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV

² Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV

about the practice of the “quarentena”, that is not applied for the judges that act as mediators yet. And, ultimately, will be addressed if it is really efficient for the effectuation of the justice to have judges act as mediators and conciliators inside of the “Centros” and “Nucleos” established by the Resolution.

KEYWORDS: Resolution number 125 of National Council of Justice, mediation, conciliation, “quarentena”, mediators judges.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Métodos alternativos de resolução de conflitos. 2 Uma breve abordagem voltada à resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. 2.1 Formação dos mediadores e conciliadores à luz da resolução n. 125 e uma análise crítica sobre a “quarentena”. 3 a rigidez fática e emocional arquetípica dos juízes e seu reflexo na atuação do magistrado como mediador de situações conflituosas. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O artigo a seguir tem como objetivo abordar os métodos alternativos de resolução de conflitos à luz da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, tendo como maior foco os profissionais da mediação, haja vista sua importância para o direito fundamental de acesso à justiça.

A mesma Resolução submete os profissionais da área de mediação e conciliação à “quarentena”, que é impossibilidade do facilitador de prestar serviços profissionais às partes envolvidas nos métodos alternativos de resolução de conflitos em um período de dois anos.

Nesse sentido, o presente artigo busca respostas para as seguintes questões: não deveriam os juízes, anteriormente atuantes em mediações e em conciliações, também serem submetidos à “quarentena”, ou até mesmo declarar impossibilidade de julgar o caso devido às informações que lhe foram cedidas enquanto atuavam como facilitadores?

Para tanto, o estudo se desenvolveu em três partes, sendo a primeira uma abordagem sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos e um mapeamento de uma das visões sobre o perfil que os mediadores devem possuir; a segunda uma breve definição sobre o que seria a

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Resolução nº 125 do CNJ dando enfoque a formação dos mediadores e conciliadores à luz da Resolução e uma abordagem crítica da questão da “quarentena”; e a terceira uma análise sobre a compatibilidade do perfil construído no decorrer de uma carreira jurisdicional em relação ao perfil de um mediador. Nas considerações finais, encerra-se o estudo a partir de uma retomada dos temas abordados e um fechamento geral do assunto.

1 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como ponto de partida, faz-se importante a ressalva no que diz respeito à contribuição que a terceira onda do Movimento Universal de Acesso à Justiça de Mauro Cappelletti fez em relação ao aparato de resolução de problemáticas sociais.

No que diz respeito a essa fase do projeto de Cappelletti, têm-se como principal objetivo a diminuição dos obstáculos de ordem processual no que tange ao acesso à justiça, os quais, de acordo com Ricardo Goretti Santos, mostrar-se-iam obstáculos pela “inadequação de procedimentos processuais à natureza e às peculiaridades de determinadas modalidades de conflitos e interesses” (p. 65, 2012).

Tal situação se dá, de acordo com Mauro Cappelletti (p. 87, 1994), pelo fato de:

[...] em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a reivindicação efetiva de direitos. Aqui a busca há de visar reais *alternativas (stricto sensu)* aos juízes ordinários e aos procedimentos usuais.

Além disso, há de se afirmar que a utilização dos métodos alternativos é um fenômeno que desencadeia uma série de benefícios à sociedade. Tais como o fato de:

[...] mitigar o congestionamento dos tribunais, reduzindo o tempo médio de duração dos processos judiciais, [...], incrementar a participação da comunidade nos processos de resolução de conflitos; facilitar o acesso à justiça; fornecer à sociedade uma forma mais efetiva de resolução de disputas. (SANTOS, p. 92, 2012)

Não se restringindo a isso, eles contribuem diretamente para que o direito fundamental de acesso à justiça seja efetivado, haja vista que os casos serão estudados a fundo, levando em conta suas particularidades, o que acaba por contribuir para com a construção de uma leitura justa do conflito. Além de permitir um desenvolvimento da cidadania da sociedade em geral, já que a população atuaria como agente ativo no processo de resolução de suas problemáticas.

Nesse sentido, conclui-se a necessidade contemporânea de implemento dos métodos alternativos como forma de resolução de conflitos, e a conseqüente demanda por profissionais qualificados para atuar nesta área.

Dentre esses profissionais, pode-se destacar a figura do mediador, o qual trabalha a partir da prática de concessões e do diálogo, como um terceiro imparcial. Além disso, conta com uma característica que lhe é peculiar, inerente ao seu objetivo como profissional, o qual não mais se restringe a chegar a uma solução do conflito como os demais. A solução do caso conflituoso nesse método se trata apenas de uma consequência, não mais de uma finalidade.

Nesse sentido, pode-se dizer que o mediador aparece como um elemento de extrema importância, haja vista que tem como papel criar estratégias que possibilitem o reestabelecimento do diálogo entre as partes, criação de vínculos entre elas e uma posterior solução do conflito.

Para tanto, o profissional da mediação deve contar não só com atributos técnicos e conhecimentos dogmáticos como comumente apregoam como características principais dos profissionais da área jurídica, mas uma série de conhecimentos exteriores ao universo do Direito e características próprias, as quais integradas construam um perfil profissional que possibilite uma atuação que se dê com êxito.

De acordo com Santos (p. 172-173, 2012), mostram-se exemplos de elementos essenciais à criação desse perfil a *imparcialidade*, de modo com que não seja mais compassivo com uma das partes; o *saber escutar de forma ativa*, que faz com que as partes se sintam mais seguras no desenvolver do procedimento; a *atenção concentrada e sensibilidade*, no que diz respeito à captação de informações, tanto explícitas quando implícitas, do caso concreto.

Além da *capacidade de análise* das particularidades dos mediados e do conflito em si; da *diligência e criatividade* na criação de estratégias para que as partes cheguem a uma solução de seus conflitos; da *clareza e objetividade* na comunicação, da *flexibilidade*, no que tange aos rumos que o procedimento pode tomar e a capacidade de adaptação do profissional a eles; da *estabilidade emocional e paciência*, para respeitar as características dos mediados e o rumo natural da mediação; da *empatia*, que acaba por desencadear uma maior confiança das partes; e, por fim, da *organização* na administração das mediações.

2 UMA BREVE ABORDAGEM VOLTADA À RESOLUÇÃO N. 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Existe, nos dias de hoje, um caos no sistema judiciário provocado pelo número excessivo de processos. Isso ocorre, porque o Estado não consegue acompanhar o crescimento social e a consequente multiplicação de litígios. Esse cenário contribuiu para a morosidade e para a sobrecarga do sistema judiciário (TRENTIN, 2014). Pensando em uma maneira alternativa de combater esse problema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 29 de novembro de 2010, instituiu através da resolução número 125:

A Política Pública nacional de tratamento adequado aos conflitos através da utilização de meios consensuais de tratamento de litígios, como a mediação e a conciliação, assegurando à sociedade o direito de resolver seus conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (NOGUEIRA apud Spengler, Spengler Neto, p. 10, 2013)

A política determina a instalação de Núcleos que, além de promover a capacitação dos mediadores, irá proporcionar à sociedade o acesso a técnicas alternativas de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação, colaborando, dessa forma, para com a diminuição de processos judiciais (CHAVES, p. 13, 2013).

A Resolução, também prevê a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (seção II, artigo 8º), nos quais devem ser realizadas sessões e audiências de mediação e conciliação em conjunto com a orientação ao cidadão (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 48, 2013)

2.1 FORMAÇÃO DOS MEDIADORES E CONCILIADORES À LUZ DA RESOLUÇÃO N. 125 E UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A “QUARENTENA”

Um outro aspecto abordado pela Resolução é a capacitação dos mediadores e conciliadores. Uma boa formação é fundamental tanto para efetivar o acesso à justiça através desses métodos alternativos de resolução de lides quanto para efetivar uma política pública justa. Por isso, é necessária uma formação mínima para atuar nos Centros (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 48, 2013).

O Anexo I (Cursos de Capacitação e Aperfeiçoamento), estabelece regras para o desenvolvimento programático mínimo. É função do Tribunal realizar e organizar o curso, podendo contar com apoio privado ou público (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 48, 2013).

A formação mínima compõe-se de três módulos sucessivos e complementares. Todos aqueles que irão atuar nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverão cursar o módulo I, mesmo os já capacitados. Conciliadores e Mediadores deverão cursar o módulo II, sendo que o módulo III será obrigatório para os mediadores. Haverá estágio supervisionado após os módulos II e III, sendo que o certificado só será expedido após a conclusão da referida etapa supervisionada.³

O Módulo I é mais genérico, já que a abordagem dos métodos alternativos de resolução de conflitos é geral. Como já foi dito, deve ser cursado por todos aqueles que irão atuar nos Centros, “inclusive os já capacitados, dentre servidores, conciliadores e mediadores.” (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 62, 2013).

É denominado “Introdução aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos”, possui 12 aulas, cada uma com duração de 50 minutos. Proporciona que se compreenda os objetivos das políticas públicas de resolução de conflitos. Entretanto, por ser genérico, o módulo deve ser complementando por outro mais específico, que seja capaz de esclarecer as nuances dos Centros, assim como o seu funcionamento e os procedimentos adequados (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 62, 2013).

Chamado de “Conciliação e suas técnicas”, o módulo II tem como público principal os mediadores e os conciliadores. Possui 16 aulas, cada uma com 50 minutos de duração. O objetivo principal é capacitar os facilitadores para utilizar e aplicar corretamente as técnicas autocompositivas de solução de conflitos (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 62, 2013).

Por fim, o Módulo III, é direcionado apenas aos mediadores. Chamado de “Mediação e suas Técnicas”, possui a mesma carga horária que a do Módulo II. O foco principal também é habilitar os facilitadores para utilizar e aplicar corretamente as técnicas autocompositivas de solução de conflitos, contudo, o enfoque é a mediação, principalmente a judicial (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 62, 2013).

Mediadores e conciliadores que atuam nos Tribunais e já realizaram o curso de capacitação, estão dispensados a obter o certificado de conclusão de curso, mas deverão passar por cursos de treinamento e aperfeiçoamento, podendo, assim atuar nos Centros (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 62, 2013).

³ Matéria publicada em site, sem autoria explícita. CONCILIADOR e Mediador. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/conciliador-e-mediador>>. Acesso em: 27 set. 2014.

O cuidado com a formação dos facilitadores demonstra a preocupação com a qualidade do serviço que deverá ser prestado. Entretanto, na prática, os cursos não são eficazes e não causam o efeito esperado. Isso ocorre devido à falta de profissionais qualificados para ministrarem as aulas e ao número reduzido de conciliadores e mediadores. Também não existem lugares adequados para a plena efetivação do estágio supervisionado. Ademais, a carga horária estabelecida não é suficiente, tendo em vista que esse profissional será extremamente exigido (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 63, 2013).

É válido destacar que todos os facilitadores envolvidos no processo estão submetidos ao Código de Ética, devendo, por isso, agir com neutralidade, confidencialidade, autonomia, respeito às leis e a ordem vigente. Devem respeitar as regras de procedimento bem como estarem atentos e submetidos a “quarentena”, que estabelece o impedimento do facilitador em prestar serviços profissionais às partes envolvidas nos procedimentos em que estiver conduzindo, por 2 anos (SPENGLER, SPENGLER NETO, p. 63-64, 2013). A “quarentena” garante segurança jurídica e faz com que os princípios estabelecidos no Código de ética sejam, de certo modo, efetivados.

Apesar da relevância de seu estabelecimento, algumas críticas são lançadas ao seu método de aplicação, que muitas vezes é falho. Por exemplo, magistrados que trabalham como mediadores ou conciliadores nos CEJUSC, não são impedidos de julgar os casos em que anteriormente trabalharam como facilitadores. Ou seja, o magistrado que outrora trabalhou como facilitador, pode sentenciar o mesmo caso na esfera judiciária se este não for solucionado pelos métodos alternativos de resolução de conflitos.

A situação relatada pode ser considerada um empecilho ao acesso pleno à justiça, tendo em vista que o magistrado pode possuir uma opinião já formada sobre o caso concreto, já que anteriormente teve contato com o mesmo, impedindo o desencadeamento natural do processo. Desse modo, ferindo os princípios guia da atividade processual do contraditório, no qual se garante o direito de argumentação como forma de resistência aos fatos abordados pela parte oposta, da ampla defesa que se liga à produção de provas pelas partes, o da imparcialidade, haja vista seu posicionamento anterior à análise do caso no âmbito processual, e, como consequência disso, o do devido processo legal, tendo em vista que fases de extrema importância do processo seriam destituídas de sua real significância (CINTRA, p. 51-63, 1999)

Ademais, é notória a constatação também da quebra do princípio da inconfidencialidade – o qual se volta ao mediador –, uma vez que foram despojadas, ao agora magistrado, informações

confidenciais quando este exercia seu papel de facilitador, informações estas que, talvez, não seriam expostas caso a lide partisse direito para a via processual.

3 A RIGIDEZ FÁTICA E EMOCIONAL ARQUÉTICA DOS JUÍZES E SEU REFLEXO NA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO COMO MEDIADOR DE SITUAÇÕES CONFLITUOSAS

Além do conhecimento da possibilidade de atuação dos magistrados como mediadores, após uma pesquisa de campo voltada a um estudo acadêmico sobre o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos de Vitória, Espírito Santo, foi possível a constatação de que muitos juízes aposentados manifestam o interesse de, após participarem dos cursos de atualização, atuarem nos CEJUSC como mediadores e conciliadores voluntários.

Tal questão superficialmente pode ser tida como benéfica, haja vista a percepção da classe do magistrado como portadora de extrema competência e reconhecimento social, o que acabaria por apregoar certa legitimidade ao método alternativo de solução de conflitos da mediação.

Entretanto, há de se observar que tal comunidade jurídica – dos magistrados – é considerada um dos mais altos cargos do judiciário, e que é veiculada socialmente a um arquetípico específico que tende a afastar a população dos profissionais que a integram.

Tal arquetípico, de acordo com Boaventura, caracteriza os profissionais como detentores de um poder que os afasta da realidade social que os circundam, que tende a torna-los cada vez mais prepotentes, de modo que passam a se autoconsiderar como detentores da verdade, ou seja, a clássica “juizite”; desvinculados de emoções, principalmente quanto se diz respeito à realidade alheia, tendo em vista a dificuldade de se colocarem no local do “julgado” e não do “julgador” e a preponderância de suas percepções particulares de mundo no que tange às análises dos casos, incorrendo na imparcialidade (PRADO, p. 46-56, 2008).

Sendo assim, há de se considerar que tal mapeamento de características inferidas aos magistrados – de forma generalizada, mas que retrata a realidade da maioria dos profissionais da área – entra em choque com o perfil social anteriormente traçado como mais apropriado aos que anseiam seguir a carreira de mediadores. Já que há uma grande possibilidade dos magistrados ferirem o princípio da imparcialidade, bem como a dificuldade deles de fazer uma escuta ativa, de forma atenciosa e concentrada ao caso, captando todas as informações necessárias,

oferecendo segurança às partes a partir da empatia e da estabilidade emocional (SANTOS, p. 172-173, 2012).

Além disso, outro fator que se mostra problemático no que diz respeito à atuação do magistrado na mediação é o do volume de processos com os quais eles estão acostumados a lidar e o meio pelo qual eles se utilizam para dar conta de atingirem suas metas, o qual é marcado por uma extrema agilidade e superficialidade na interpretação dos casos. Elemento que se choca fortemente com a demanda de tempo e paciência do mediador para com cada caso concreto. Concretizando, dessa forma, empecilhos no desenvolvimento de uma capacidade de análise das particularidades do caso e dos mediados entre si, da paciência para respeitar as características das partes e do rumo natural da mediação e da organização na administração das mediações por parte dos juízes (SANTOS, p. 172-173, 2012).

Ademais, outro fator que desencadeia questionamentos no que diz respeito à adequação dos juízes ao ambiente da mediação é o da construção cotidiana dos profissionais, que acaba sendo voltada às atividades que eles praticam em seu ofício. Nesse sentido, há de se considerar que o magistrado fora moldado a jurisdicionar, ou seja, a “dizer” o direito, a dar decisões e a imputar o que dita como verdade às partes envolvidas no processo, as quais devem se encontrar em posição passiva no que tange ao rumo de seus processos.

Portanto, mostram-se, também nesse caso, incompatibilidades dos juízes com a diligência e criatividade na criação de estratégias voltadas às partes para facilitar um possível acordo, clareza e objetividade na comunicação, flexibilidade no que diz respeito aos rumos do procedimento, dentre outros fatores que deveriam ser prezados pelos mediadores (SANTOS, p. 172-173, 2012).

Constata-se, dessa forma, que as características do ofício da magistratura se mostram fortemente opostas aos pré-requisitos estipulados aos profissionais da mediação.

Nesse contexto, seria ingenuidade acreditar que o juiz iria conseguir se moldar como mediador, deixando todas suas características desenvolvidas em sua atuação jurisdicional nas portas dos Tribunais. O mesmo pode ser voltado aos juízes aposentados, de certa forma, ainda mais veemente, haja vista que dificilmente os indivíduos que se dedicaram integralmente a uma carreira consigam se desgarrar das características adquiridas durante o desenvolver dela, para atuar numa área extremamente oposta.

Sendo assim, há de se constatar que os profissionais da mediação devem ter formações específicas, de modo a criar profissionais que estejam habituados a agir de acordo com seu ambiente de trabalho para que o procedimento da mediação se estruture com cada vez mais eficiência, incorrendo em uma maior legitimidade e aceitação por parte da população.

Já em relação a adequação dos magistrados ao posto de mediadores, pode-se afirmar que não se mostra muito acessível, nem mesmo dentro das possibilidades atuais encontradas no cenário jurídico atual, portanto, deve ser repensada com cautela de modo a não fazer com que a mediação não perca suas raízes principiológicas e estruturais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as exposições feitas, pode-se concluir a importância da resolução da Resolução n. 125 do CNJ, no sentido de perpetuar os métodos alternativos de resolução de conflitos. Também é perceptível, apesar dos impasses e das críticas que foram feitas ao modelo de ensino definido, a preocupação com a formação e contínua atualização dos profissionais que irão atuar nos Centros e nos Núcleos, para que, desse modo, tanto a justiça quanto os serviços prestados sejam de qualidade.

Além disso, é evidenciado a importância da “quarentena” para garantir a efetivação dos princípios elencados no Código de ética, mas questiona-se se a sua aplicação também não deveria alcançar os magistrados atuantes nos Centros e nos Núcleos estabelecidos da Resolução 125 e se estes não deveriam declarar impossibilidade de sentenciar dadas as circunstâncias.

Ademais, ocorre um processo de reflexão a cerca dos magistrados atuarem como mediadores, tendo em vista que as características exigidas pelo profissional da mediação não são compatíveis, na maioria dos casos, com as dos magistrados. O perfil dos juízes mediadores pode provocar o seu distanciamento com as partes, não viabilizando, dessa forma, uma efetiva resolução da lide por métodos alternativos.

REFERÊNCIAS

CAHALI apud SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (org.). **A Resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação.**

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Curitiba: Multideia, 2013. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/images/stories/curso-24/r125.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de processo. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82 – 97, abr-jun. 1994.

CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **A Aproximação entre a Mediação de Conflitos e o Poder Judiciário no Estado do Ceará: Atividades Desencadeadas a partir da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça**. 2013. f. 224. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2013. Disponível em: <<http://uol02.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420140627085934788919/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CONCILIADOR e Mediador. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/conciliador-e-mediador>>. Acesso em: 27 set. 2014.

NOGUEIRA apud SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (org.). **A Resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba: Multideia, 2013. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/images/stories/curso-24/r125.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. O Arquétipo do Juiz. In: _____. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial**. 4. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 46-56.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de Mediação de Conflitos**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (org.). **A Resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba:

Multideia, 2013. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/images/stories/curso-24/r125.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

*TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. **Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 26 set. 2014.*

CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DO CEARÁ: UMA NOVA ABORDAGEM DA MEDIAÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA E O FOMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

CENTER OF REFERENCE IN THE STATE OF HUMAN RIGHTS CEARÁ: A NEW APPROACH TO MEDIATION FOR ACCESS TO JUSTICE AND THE PROMOTION OF HUMAN RIGHTS

Maria do Carmo Barros¹
Ítala Botelho de Castro Ribeiro²
Ana Paula Araújo de Holanda³

RESUMO

Trata o presente artigo em apresentar uma abordagem diferente do instituto da mediação como instrumento de fomento e efetivação dos Direitos Humanos. A mediação é uma forma de resolução de controvérsias em que um terceiro, imparcial, conduz os protagonistas da sessão para o diálogo em busca de um acordo ou solução para a disputa. Devido a dificuldade de acesso à justiça, desde a informação básica até mesmo o ajuizamento de uma ação judicial. Com isso, os balcões de Direito, Casa do Cidadão, surgido no Brasil, na década de 90, com o objetivo de oferecer atendimentos básicos à população. Serviços como orientação e encaminhamento aos órgãos competentes, assistência jurídica, social, psicológico, sessões de mediação e conciliação, além da formação em Direitos Humanos. No Estado do Ceará, esse instrumento de cidadania, nomeado de Centro de Referência em Direitos Humanos, vem apresentando resultados positivos

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR. Mediadora e Judicial e Extrajudicial. Membro da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem – CEMCA/OAB-CE. Assessora Técnica da Coordenadoria Especial de Políticas Públicas dos Direitos Humanos do Gabinete do Governador do Estado do Ceará. e-mail: mariabarros_advce@hotmail.com

² Advogada. Graduada em Direito (2012) e Graduada em Psicologia pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especializanda em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogada. Assessora Técnica da Coordenadoria Especial de Políticas Públicas dos Direitos Humanos do Gabinete do Governador do Estado do Ceará. Email: italabotelho@bol.com.br

³ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Coordenadora Especial de Políticas Públicas dos Direitos Humanos do Ceará. Coordenadora do Centro de Referência em Direitos Humanos do Ceará.

para a sociedade: inclusão social, resgate do diálogo, educação em Direitos Humanos e cidadania.

PALAVRAS CHAVE: Acesso à justiça. Cidadania. Direitos Humanos. Estado do Ceará

ABSTRACT

It this article to introduce a different approach of the institute of mediation as a tool for promotion and realization of human rights. Mediation is a form of dispute resolution in which a third, impartial, leads the protagonists of the session for dialogue in search of an agreement or solution to the dispute. Due to the difficulty of access to justice, from basic information even the filing of a lawsuit. With this, the branches of law, Citizen House, emerged in Brazil in the 90s, with the goal of providing basic care population. Services such as counseling and referral to appropriate authorities, legal, social, psychological, mediation and conciliation sessions, in addition to training in Human Rights. In Ceará, this instrument of citizenship, named Reference Center for Human Rights, has shown positive results for society: social inclusion, dialogue rescue, education in human rights and citizenship.

KEYWORDS: Access to justice. Citizenship. Human Rights. State of Ceará

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO. 1 DIREITOS HUMANOS NO BRASIL. 2 A MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA. 3 O CENTRO DE REFERÊNCIAS EM DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DO CEARÁ. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A civilização humana passou por diversas fases, ao longo do tempo, que desencadearam transformações políticas, sociais, culturais, ideológicas, religiosas, econômicas, etc., e um longo caminho foi percorrido até chegarmos ao estágio atual de reconhecimento dos Direitos Humanos.

Por sua vez, é necessário compreender que o Direito acompanhou essa evolução da sociedade paulatinamente, ou seja, na medida em que a vida societária evoluía a ciência jurídica buscava acompanhá-la. É de suma importância, portanto, compreender o processo de evolução histórica para que seja possível o entendimento acerca da construção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais como um todo.

Nesse sentido Bobbio (1992, p.5) comenta:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Percebe-se, portanto, que, para o efetivo reconhecimento dos direitos essenciais ao indivíduo, são necessárias muitas lutas e debates e o processo ocorre de forma gradual até perceber-se a sua importância para a existência digna em sociedade. Os direitos humanos, portanto, são inerentes à própria vida humana e fruto de uma construção histórica em busca de sua efetivação.

Faz-se, portanto, uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois aqueles dizem respeito aos direitos inerentes à pessoa humana que foram reconhecidos por meio de um paulatino progresso histórico, ao passo que fundamentais são os direitos positivados por determinado ordenamento jurídico.

Seguindo esse entendimento Sarlet (2005, p.35 e 36) expõe:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

A denominação direitos humanos, portanto, designa o momento do surgimento ou do reconhecimento desses direitos pela sociedade, ao passo que a expressão direitos fundamentais é utilizada para determinar a positivação desses direitos.

Ao longo dos anos adquiriu-se o entendimento acerca da importância dos direitos humanos, assim como a positivação dos direitos fundamentais para que a vida em sociedade pudesse ocorrer de forma justa e digna.

A evolução histórica nesse sentido foi lenta e gradual, na Idade Média, por exemplo, havia a disseminação do Direito Natural, ou seja, do jusnaturalismo com uma visão do Cristianismo, onde todas as pessoas já nasciam com direitos e estes seriam assegurados por Deus, diante disso a lei divina se sobrepunha à lei positivada proveniente dos reis e imperadores.

Posteriormente, a Idade Moderna (séculos XVII e XVIII) proporcionou uma nova concepção, onde a ideia do Direito Natural como reflexo de uma ordem divina, foi substituída pela ideia do Direito positivado. De acordo com os denominados racionalistas da época os seres humanos são livres e possuem direitos que lhes são inerentes e, portanto, quando o indivíduo entra em sociedade tais direitos devem ser-lhes assegurados.

Tal pensamento inspirou o sistema internacional moderno de proteção aos direitos humanos. Com o advento da Revolução Francesa, que instaurou princípios universais, como: “liberdade, igualdade e fraternidade”, muitos movimentos e documentos surgiram em diversos países, a exemplo da Inglaterra, França e Estados Unidos no intuito de assegurar a proteção aos direitos do homem. Pode-se citar como exemplo, respectivamente, a Declaração de Direitos de 1689, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Carta de Direitos de 1791.

A Segunda Guerra Mundial, que durou de 1939 a 1945, causou enorme repulsa mundial em virtude das atrocidades cometidas durante esse período que se caracterizaram pela prática de atos cruéis e pelo culto a ideologias racistas, preconceituosas, etc., refletindo um desrespeito severo aos direitos humanos e, diante desse cenário, o sentimento em busca de paz e harmonia social se tornou patente.

Diante desse cenário surge, na era contemporânea o momento de maior destaque quanto ao reconhecimento dos direitos humanos: a proclamação pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, por Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabeleceu, pela primeira vez na história, a proteção universal dos direitos humanos.

Nesse diapasão Bobbio (1992, p.49) assevera:

O problema, bem entendido, não nasceu hoje. Pelo menos desde o início da era moderna, através da difusão das doutrinas jusnaturalistas, primeiro, e das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas Constituições dos Estados liberais, depois, o problema acompanha o nascimento, o desenvolvimento, a afirmação, numa parte cada vez mais ampla do mundo, do Estado de Direito. Mas é também verdade que somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos.

A Declaração, como instrumento jurídico internacional, faz parte da Carta Internacional dos Direitos Humanos, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (juntamente com seus dois Protocolos Opcionais, que tratam acerca do procedimento de queixa e da pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Sobre o âmbito de abrangência da Declaração Devine, Hansen e Wilde (2007, p. 93 e 94) comentam:

A Declaração preocupa-se com os direitos do indivíduo. Entende-se por “direitos” aquilo a que o indivíduo faz jus em virtude de sua condição humana. A Declaração focaliza, portanto, os elementos mais básicos do ser humano. Os redatores procuraram resumir as necessidades essenciais que, em sua opinião, todos os indivíduos têm, independentemente das diferenças entre eles, como cultura, religião, nacionalidade e gênero.(grifo original).

Desse modo, a Declaração representou um efetivo momento de afirmação quanto à proteção universal dos direitos humanos, sendo um marco histórico nesse sentido. O ser humano, portanto, passou a ser a figura central, tendo o reconhecimento da sua dignidade e de seus direitos inalienáveis como fundamentais para a efetiva justiça e paz social no mundo.

1 DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 acompanhou essa evolução no que tange à garantia dos direitos humanos, com ênfase na dignidade da pessoa humana. Em seu artigo 1º assegura:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

A dignidade da pessoa humana, portanto, caracteriza-se como um valor fundamental ao indivíduo e o foco principal da proteção dos direitos humanos. A respeito da sua proteção Taylor (1992, p.65) comenta:

Dessa forma, na dimensão global, a dignidade da pessoa humana demanda, muitas vezes, a ação de uma organização internacional para ser eficazmente protegida. No âmbito local, a demanda é outra, pois a interação ocorre no cotidiano, face a face. É necessário o efetivo respeito à dignidade de cada pessoa humana nas suas mais diversas singularidades. O reconhecimento do outro, do diferente, é o fundamento de uma relação de hospitalidade e também um fator essencial para criação da identidade que, para ser construída, necessita do diálogo com um outro diferente de mim mesmo e que, antes de tudo, reconheça-me enquanto interlocutor.

Após essa análise geral realizada, deve-se ressaltar a importância de iniciativas locais em prol do respeito aos direitos humanos e na facilitação do diálogo em casos de conflitos. Nesse sentido, alguns projetos locais têm sido criados no intuito de minimizar os conflitos sociais e assegurar a garantia dos direitos humanos, a exemplo do Centro de Referência em Direitos Humanos, objeto de um convênio entre a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e o Governo do Estado do Ceará por meio da Coordenadoria Especial de Políticas Públicas do Gabinete do Governador do Estado do Ceará que será objeto de exposição mais aprofundada em linhas posteriores.

Deve-se exercitar, portanto, o respeito aos direitos humanos em âmbito local naquele indivíduo diverso de nós, aceitando sua escolha religiosa, sexual, política, social, etc., ou seja, reconhecendo o outro conforme ele é em sua totalidade, mesmo com as diferenças.

Tal exercício apresenta-se, ainda, como um desafio e deve ser uma prática constante nos projetos que serão expostos mais adiante. Algumas ações são essenciais para seu êxito, a exemplo do conhecimento acerca do ambiente onde será exercitada a prática, bem como dos recursos que determinada população tem à sua disposição.

O acesso à justiça caracteriza-se como sendo um direito básico do cidadão, nesse sentido a Constituição expõe no artigo 5º, inciso XXXV, *in verbis*: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Mais adiante assegura em seu artigo 5º, LXXIV o seguinte: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

É de suma importância que tais direitos sejam assegurados a todos os cidadãos. Almeida (2007, p.141) esclarece: “É preciso ter claro que a prestação de uma assistência jurídica respeitadora das peculiaridades de cada ser humano é também uma forma de exercício da justiça, uma vez que a comunicação e a justiça entrelaçam-se de modo profundo”.

Os agentes de projetos locais, nesse sentido, devem se munir de esforços, de modo a propiciar a descoberta da dignidade humana dos assistidos e de informá-los sobre suas potencialidades e direitos, pois, muitas vezes, estes até conhecem o Direito, mas possuem dificuldade para pleiteá-lo, cabendo ao facilitador, portanto, proporcionar essa experiência.

Afinal, muitas dessas pessoas já se sentem tão à margem da sociedade, excluídas e marginalizadas que não possuem a consciência de que possuem os mesmos direitos como todos os cidadãos.

2 A MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

A mediação é um meio de resolução de controvérsias pelo qual o terceiro imparcial e escolhido pelas partes, auxilia na construção do diálogo com o intuito de alcançar a melhor solução para o conflito. Com isso, tem-se um acordo mais justo e compatível com a realidade dos acordantes.

Desde a Antiguidade as pessoas costumam recorrer a um terceiro imparcial no intuito de solucionar seus conflitos, essa terceira pessoa, que não faz parte da querela, pode ser um juiz, um árbitro, um mediador ou, até mesmo, outra (s) pessoa (s) alheia(s) ao impasse existente.

Caso os envolvidos recorram à figura do juiz ou de um árbitro terão seu conflito atendido com base na norma positivada, ou seja, no Direito utilizando-se todo o arcabouço normativo disponível de acordo com o caso concreto.

Com relação à mediação a situação será ponderada seguindo também as diretrizes positivadas ou, até mesmo, as consuetudinárias, mas não necessariamente utilizar-se-á o aparato normativo do Direito.

Santos *apud* Almeida (2007, p.143) estabelece a seguinte divisão quanto aos modelos de resolução de conflitos:

[...] a *adjudicação* realizada pelo Poder Judiciário, com a colaboração de outros profissionais do Direito de acordo com as normas da Dogmática Jurídica; e a *mediação*, que é realizada por agentes diversos do Poder Judiciário ou por integrantes da própria comunidade, não se pautando apenas e tão somente pelo aparato normativo da Dogmática Jurídica, mas fazendo uso principalmente da “novíssima retórica”. (grifo original).

Pode-se dizer que existem muitas formas de mediação, portanto classificá-la representa uma tarefa difícil, mas em linhas gerais, tem-se que se classifica como: prevenção de conflitos, com base na orientação que fornece aos assistidos e na assistência jurídica prestada; negociação difere da mediação, pois o negociador assume um papel apenas de orientador, não assumindo um papel interveniente; mediação *stricto sensu*, o mediador atua como um terceiro que intervém na situação, de modo a apresentar soluções para a resolução de determinado conflito; transformação, onde o agente intermediador transforma o conflito num compromisso de cooperação entre as partes conflituosas e, por último, transcendência quando o problema é transcendido.

A experiência da mediação no Brasil começou a ocorrer por volta da década de 90, de forma tímida e corriqueiramente confundida com intermediação. Adolfo Braga relata (2012,

p.3), “as pessoas que ouviam pela primeira vez se falar nele, confundiam-no com intermediação, intermediação de negócios”.

Ainda hoje as pessoas não conhecem o real poder da mediação para o aprimoramento do diálogo, seja para o convívio familiar, escolar e até mesmo empresarial. Porém, o Brasil, em especial do Estado do Ceará, vem caminhando em passos largos para o fomento da cultura de paz. Ainda na década de 90 foram criados os núcleos de mediação comunitária com o fim de capacitar os próprios moradores em mediação de conflitos para que pudessem se disseminadores da cultura do diálogo.

O resultado foi tão positivo que ainda hoje existem os núcleos de mediação em alguns bairros de Fortaleza e em cidades do interior, como em Sobral. Salienta Corinne Julie (2013, p.60) “com a importação de técnicas, exportação de estudiosos e uma grande gama de doutrina espalhada pelo mundo referente ao tema, o Brasil está crescendo na arte de mediar”. Ressalta ainda que (2013, p.60-61) “é importante um bom conhecimento a respeito de um instituto tão importante como esse, pois só assim se pode avançar em sua conceituação e potencializar seus efeitos”.

O conhecimento do instituto que a citada autora enfatiza é de total importância para o processo mediativo aconteça em sua plenitude. Com isso, faz-se necessário o estudo e o aperfeiçoamento constante das técnicas de composição de acordos, sendo primordial que o mediador pratique as técnicas. Também é importante conhecer algumas características da mediação: voluntária, cooperativa, participativa, empoderamento das partes. O que se percebe com essas características é que o instituto possibilita que os protagonistas sejam realmente os protagonistas da construção do acordo. Diferente do que acontece, ainda, no Judiciário. Nesse, quem tem o poder de impor a decisão é o Juiz e, infelizmente, muitos se atem ao que conta nos autos e não procuram enxergar o conflito real, ficam apenas no conflito aparente, os autos.

Com isso, a insatisfação dos jurisdicionados é estampada. Para isso basta fazer uma pesquisa rápida com os familiares, amigos ou até mesmo com as pessoas que estão com processo em andamento. O que se nota é a falta do acesso à justiça e, conseqüentemente, a lentidão no julgamento de um processo.

Para Corinne Julie (2013, p.58), “o acesso à justiça é uma das condições mais básica de acesso à cidadania. A informação e a educação, embutidas no processo de acesso à justiça, possui condições de empoderar as pessoas e fortalecê-las enquanto sujeitos de direitos”. É uma

condição tão básica e primordial para a cidadania que a Constituição Federal de 1987, apresenta esse direito em seu artigo 5º, XXXV.

O acesso à justiça é um direito fundamental do sujeito de direito e, como tal, deve ser assegurado e efetivado plenamente. Conforme Alexy (2008, p.544) “a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação - requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos do direito”.

Na justiça ideal, os jurisdicionados devem ser tratados como sujeitos de direitos e como mais um processo ou número. Tratamentos com igualdade e dignidade proporcionam resultados positivos não só para as partes, mas seus reflexos se perpetuam na sociedade. Na visão de Carreira Alvim (2013,1)

[...] o acesso à justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministra-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, [...]

Percebe-se que a mediação proporciona o acesso à justiça em sua forma mais justa e eficaz, já que por meio dela, o acordo é realizado pela vontade plena dos envolvidos e, com isso, tem-se uma solução mais justa para ambos e duas das principais conseqüências: o resgate do diálogo, mesmo que no momento da sessão, e a certeza maior de cumprimento do acordo.

3 O CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DO CEARÁ

Com as crescentes iniciativas voltadas para a difusão da cidadania, por meio de projetos que promovem o acesso à justiça, à informação, a emissão de documento, entre outros. Somado ao sucesso dos Balcões de Direitos oriundos da década de 90, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SDH implementou em vários Estados da Federação, incluindo o Ceará, os Centros de Referência em Direitos Humanos - CRDH, com o intuito de oferecer a população um local de integração cultural e inclusão social, bem como o resgate do diálogo para a construção de soluções de controvérsias e a educação em Direitos Humanos.

A SDH por meio do convenio, nº 7565832011, implementou o CRDH/CE, localizado em prédio tombado na Estação de Parangaba (Estação de Direitos), que se apresenta como uma ferramenta de inclusão ao momento que dispõe de vários serviços a comunidade, contando com uma equipe multidisciplinar: advogado, psicólogo, assistente social, administrador e jornalista, proporcionando aos assistidos um acompanhamento jurídico e psicossocial. O Centro ainda conta com o um funcionário egresso do sistema penitenciário, sendo exemplo de que a inclusão social é possível.

Diante da exclusão social que ainda paira sobre a sociedade, o CRDH/CE se apresenta como um forte instrumento de inclusão entre a comunidade e as suas necessidades básicas, seja uma informação sobre a emissão de documentos, encaminhamento para um órgão público ou até mesmo orientação sobre alguma demanda judicial.

Sabe-se que a falta de conhecimento dos direitos de um cidadão gera a exclusão e a vulnerabilidade social e, com isso, os direitos humanos deixa de ser fortalecido na sociedade acarretando mais desigualdades sociais.

A localização do CRDH/CE é estratégica, encontra-se em um bairro pobre, com alta desigualdade e vulnerabilidade social, porém, fácil de ser encontrado. Fica perto de um dos terminais de integração de ônibus mais movimentados, o Terminal de Parangaba.

O CRDH/CE possibilita o fomento da inclusão social e a efetivação da cidadania por meio de atendimento jurídicos, psicossocial, encaminhamentos para a Defensoria Pública, núcleos de mediações do Ministério Público, Escolas Clínicas, Procon, Centro Pop, CREAS, CRAS, entre outros.

Os dados analisados no período de dezembro de 2013 a outubro de 2014 verificaram-se 2.295 atendimentos, sendo 845 (36,8%) do sexo masculino e 1446 (63,2%) no sexo feminino. O que reflete a realidade da situação de vulnerabilidade social da mulher no seio da sociedade. Mesmo com todos os avanços tecnológicos e educacionais, a prática mostra que ainda muitas mulheres necessitam de políticas públicas, o Centro de Referência é uma delas.

Apresentaram-se também nos dados coletados que 806 (35,2%) dos assistidos tinham renda mensal entre um e dois salários mínimo, e 1489 (64,8%) são desempregados. Poucos apresentavam renda superior a dois salários mínimos. Esses dados revelam que a vulnerabilidade econômica é uma das batalhas que a população deve superar. Em uma

sociedade capitalista, quem não tem condições econômicas elevadas são, conseqüentemente, excluídas de vários direitos.

O CRDH/CE tem em seus principais objetivos a inclusão social, o fomento da cidadania e a difusão da cultura de paz, do diálogo. Por meio dos atendimentos e encaminhamentos realizados, o Centro, proporciona à sociedade um ambiente de acolhimento e refúgio para os conflitos da sociedade.

O interessado ao procurar o CRDH/CE é ouvido previamente para que seja feita uma análise da demanda e encaminhado para o setor mais adequado. Caso seja assunto judicial, o advogado dará todas as orientações e será feito o encaminhamento, caso necessário, ao órgão competente, por exemplo, para a Defensoria Pública ou para o núcleo de mediação comunitária da Parangaba do Ministério Público.

Se o encaminhamento foi direcionado para a assistente social ou psicóloga, e houver a necessidade de encaminhamento para outros órgãos competentes, o assistido já sai do Centro com o pedido de encaminhando ao setor mais adequando para a demanda.

Um dos diferenciais que os CRDH/CE têm é o acompanhamento dos protocolos com visitas técnicas mesmo após a demanda ter sido encaminhada para a entidade mais específica. Esse *plus* faz com que o Centro esteja sempre pronto para defender dos direitos da sociedade.

Além dos atendimentos corriqueiros, o Centro também realiza palestras sobre educação em direitos humanos e cidadania. Isso faz com que o CRDH/CE ultrapasse os muros físicos e vá até a população para incluí-la ainda mais na sociedade.

A Educação em Direitos Humanos é um mecanismo de inclusão social, pois por meio de palestras, a sociedade é informada e esclarecida de seus direitos e deveres que muitos não conheciam. Além do conhecimento, a sociedade é ensinada como exercer seus direitos de forma correta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se que o processo de reconhecimentos dos Direitos Humanos vem sendo adquirido ao longo dos séculos, e que assim como a sociedade evolui, as normas Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

devem seguir essa mudança para se adequar a realidade. É importante salientar a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. O primeiro está relacionado com a natureza do ser humano, o homem, sujeito de direito. Já o último, deve ser positivado por meio de leis que descrevam seu objeto de proteção. A Constituição de Federal em seu artigo 1º, incisos II e III, retratam a cidadania e a dignidade da pessoa humana como Direitos Humanos.

Outro Direito inerente ao homem é o acesso à justiça em sua forma completa, a justiça justa. A Carta Maior, em seu artigo 5º XXXV, apresenta do direito de ação, o acesso à justiça. Contudo, esse acesso, com o passar do tempo, foi se enfraquecendo devido a morosidade e dificuldade do próprio acesso ao Poder Judiciário.

Observando essa dificuldade, surge no Brasil, na década de 90, o instituto da mediação. Instrumento pelo qual o terceiro imparcial auxilia as partes a dialogarem e juntas acordarem a melhor solução para o caso. Seguindo esse ideal de justiça e fomento da cidadania, o Centro de Referências em Direitos Humanos do Estado do Ceará, é um novo caminho de acesso à justiça.

O CRDH/CE é o *locus* desta vivência, pois através dos atendimentos (jurídico, social e psicológico) o cidadão possui as ferramentas para mediar a sua controvérsia. Ele, ao mesmo tempo em que promove a mediação de conflitos em parceria com o Ministério Público, é o mediador ao atender a população vulnerável e encaminhá-la para o órgão competente para a demanda.

Além da falta de condição econômica e social, a população tem a pobreza de informação. A falta desse conhecimento faz com que exclusão social aumente. O CRDH/CE, pensando em diminuir essa desigualdade promove palestras sobre educação em Direitos Humanos com o intuito de esclarecer à população seus direitos e deveres como cidadãos.

Com isso, conclui-se que o CRDH/CE é um dos meios eficazes de solução de conflitos proporcionando a sociedade um instrumento de acesso à justiça, fomento da cidadania e difusão da educação em direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Mediação, proteção local dos direitos humanos e prevenção da violência**. 2 ed. São Paulo: Revista Brasileira de Segurança Pública, 2007.

ALVIM, J. E. Carreira. **Justiça: acesso e descesso**. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/4078/justica-acesso-e-descesso>> Acesso em 30 de jul. de 2014.

BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maria Sales de Moraes (org.) **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ.2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

DEVINE, Carol; HANSEN, Carol Rae; WILDE, Ralph. Trad. Fábio Larsson. **Direitos Humanos: Referências Essenciais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

LOPES, Corinne Julie Ribeiro. **Acesso à justiça desde a perspectiva da mediação de conflitos: um estudo de caso do programa mediação de conflitos**. Acesso à justiça e segurança cidadã. Fortaleza, tomo I, 57-80, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PROGRAMAÇÃO GLOBAL MEDIATION RIO 2014

24/11

Local: Plenário da Lâmina Central - Tribunal Pleno
Avenida Erasmo Braga, 115, Centro (sujeito à mudança)

18h00

FORMAÇÃO DE MESA DE HONRA

- Ministro Ricardo Lewandowski – Presidente do Supremo Tribunal Federal
- Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi – Superior Tribunal de Justiça
- Dr. Eduardo Paes – Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro
- Desembargadora Leila Mariano – Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ
- Embaixador Jorge Chediek - Representante Residente do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
- Desembargador Sérgio Schwaitzer – Presidente do TRF2
- Desembargador Carlos Araujo Drummond – Presidente do TRT2
- Dr. Sérgio Zveiter - Deputado Federal, Relator do Projeto de Lei da Mediação
- Desembargador Roberto Guimarães – Presidente do Instituto dos Magistrados do Brasil - IMB
- Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho - Pres. do Conselho Federal da OAB
- Jornalista Luiz Mauricio – Secretário Geral do Global Mediation Rio

Execução do Hino Nacional

Homenagem especial à Ministra Nancy Andrighi, pelo Desembargador Agostinho Teixeira e pela Desembargadora Leila Maria Carillo Cavalcante Ribeiro Mariano

19h30

Conferência Magna

Ministra Nancy Andrighi – Corregedora Nacional de Justiça

25/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

09h00 – 10h00

PAINEL I - Conferência Nacional



Conferencista: Dr. José Mariano Beltrame - Secretário de Estado de Segurança do Rio de Janeiro

Tema: Programa de Polícia Pacificadora e os desafios da mediação de conflitos

10h00 – 10h30 - Intervalo

10h30 – 11h30

PAINEL II - Conferência Nacional



Conferencistas:

Profa. Pós doutora Bárbara Mourão – Pesquisadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (Cesec/UCAM) e

Cel. Frederico Caldas – Coordenador de Polícia Pacificadora/PMERJ

Tema: A mediação como mecanismo de proximidade

Debatedor: Prof. Mestre André Luiz Rodrigues – Coordenador do ISER – Instituto de Estudos da Religião - Rio de Janeiro

11h30 – 12h30

PAINEL III - Conferência Nacional 

Conferencistas: : Prof. Dr. Pedro Strozenberg – Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos do Rio de Janeiro

Anna Maria Di Masi – Coordenadora do Núcleo de Mediação de Conflito – Ministério Público/RJ

Tema: Mediação de Conflitos: teoria e prática

Debatedor: Maj. Leonardo Mazzurana – Assessor da Subsecretaria de Educação, Valorização e Prevenção/SESEG-RJ

12h30 – 14h00 - Intervalo para almoço


14h00 – 17h00 - Visita Técnica ao Núcleo de Mediação de UPP (exclusivamente para delegações internacionais)

17h00 - Encerramento de Atividades

26/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

08h30

PAINEL IV – Conferência Nacional 

Conferencista: Desembargadora Leila Mariano – Presidente do TJRJ - Brasil

Tema: Soluções Alternativas de Conflitos e os Desafios da Jurisdição Brasileira

Debatedor 1: Dra. Ana Tereza Basílio - Juíza TRE

Debatedor 2: Desembargador Fábio Dutra - TJRJ

09h15

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

PAINEL V - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. César Landa, ex-Ministro da Corte Constitucional da República do Perú, Vice-presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional - Perú

Tema: Controle constitucional dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos: a mediação

Debatedor 1: Prof. Doutorando Ricardo Alexandre Oliveira Ciriaco – Advogado e representante do Grupo de Ensino Devry Brasil

Debatedor 2: Desembargadora Jacqueline Montenegro - TJRJ

10h00

PAINEL VI - Conferência Nacional



Conferencista: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai - MPMA - Brasil

Tema: Negociação de Conflitos Coletivos e Penais – Desafios e Possibilidades no manejo de Termos de Ajustamento de Condutas

Debatedor 1: Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura – MPES

Debatedor 2: Prof. Dra. Juliana Magalhães – Coordenadora do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

10h45

PAINEL VII - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. Fernand de Varennes, Observatoire International des Droits Linguistique - Canadá

Tema: Mediação e Direito Idiomático: Uma perspectiva a partir dos Direitos Humanos

Debatedor 1: Dr. Michel Betenjane Romano - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo

Debatedor 2: Mahmoud S. Elsaman – Universidade do Cairo - Egito

11h30 – 13h15 - Intervalo para almoço

13h30 - 14h00

PAINEL VIII - Conferência Internacional



Conferencista: Dra. Liv Larsson - Presidente do Centro de Mediação da Suécia

Tema: Mediação e comunicação Não-Violenta

14h00 - 14h30

PAINEL IX - Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Pos.Doc. Mark Vlasic – Georgetown University- EUA

Tema: Mediação e direitos humanos na perspectiva de heranças culturais

14h45 – 18h15

GRUPO DE TRABALHO I: Mediação, Sistema de Justiça e Administração Pública – O Poder Judiciário, O Ministério Público e a Advocacia Pública.

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura (MPES) e Dr. Daury Cesar Fabriz (Prof. do Programa de Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória)

Conferencistas: **Dra.** Cynthia Jones – American University – Washington College of Law – EUA

Dr. Mahmoud Elsaman – Universidade do Cairo – Egito

Dr. Américo Freire Jr. - Juiz Federal, Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Professor da FDV

Dr. Nelson Camata Moreira Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Advogado

GRUPO DE TRABALHO II – Mediação e Direitos Humanos

Local: AUDITÓRIO Desembargador Nelson Ribeiro Alves

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dra. Elda Bussinguer e Prof. Dr. Ricardo Goretti - Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Conferencistas: **Dra.** Rosa Maria Freire – Sócia fundadora do GMME – Grupo de Magistrados Europeus de Mediação – Espanha

Dr. Emiliano Carretero Morales – Subdiretor Máster em Mediação, Negociação e Resolução de Conflitos – Universidad Carlos III – Madrid

Dra. Juliana Loss - Mediadora. Professora de negociação e mediação.
Membro da CEMCA - Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem e da Comissão para Relações com a França.
Dr. José Luiz Bolzan

GRUPO DE TRABALHO III - Mediação e Relações de Consumo

Local: AUDITÓRIO DESEMBARGADOR JOSE NAVEGA CRETTON

Avenida Erasmo Braga, 115, 7º andar, lâmina 1 – Centro (sujeito à mudança)

Coordenador: Prof. Dr. Anibal Zárate Pérez, Doutor por Universidade Paris II de Parthéon-Assas, Universidad Externado Colombia

Conferencistas: **Prof.** Manuel Izquierdo Carrasco – Dr. em Direito pela Universidade de Córdoba – Espanha

Prof. Lorenzo Villegas Carrasquilla - Catedrático da Universidade dos Andes – Colombia

Dr. Cristiano Heineck Schmitt – Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB Seccional do Rio Grande do Sul

Dr. Guilherme Magalhães Martins – Titular da 3ª. Promotoria Cível da Capital do Rio de Janeiro

Dra. Fabiana Rodrigues Barletta - Diretora Adjunta de Comunicação do Instituto BRASILCON –
Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

Dr. Lindojon G. Bezerra dos Santos – Presidente e Conselheiro do Conselho de Usuários de Telecomunicações da Região Nordeste do Grupo AMX - ANATEL

27/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

08h30

PAINEL X - Conferência Internacional



Conferencista: Profa. Dra. Soraya Amrani Mekki - Conselho de Direitos Humanos da República Francesa - França
Tema: Mediação e processo: desafios e possibilidades pela reforma civil e de direitos sociais na França
Debatedor 1: Prof. Doutorando Francisco Lima Soares, Cientista Político-Social da Universidade de Sorbonne - França
Debatedor 2: Prof. Doutor Alberto Manuel Adorno Poletti – Universidad Columbia Del Paraguay

09h15

PAINEL XI – Conferência Nacional



Conferencista: Dr. José Antônio Fichtner - advogado e Professor
Debatedor 1: Dra. Patricia Félix Tassara - Subprocuradora Geral do Município do Rio de Janeiro
Debatedor 2: Dr. Luiz Eduardo Cavalcanti Corrêa - Procurador do Município do Rio de Janeiro

Tema: Administração de processos de mediação

10h00

PAINEL XII – Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Dr. Alberto Elisavetsky – Observatório de Conflito da Universidade Nacional da Argentina e Fundador da Resolução de Conflitos on Line da América Latina - Argentina
Tema: Estado de arte da resolução de conflitos e de novas tecnologias – os desafios da América Latina
Debatedor 1: Profa. Dra. Alicia Millan - Diretora do Centro de Negociação e Mediação e do Conselho Profissional de Ciências Econômicas da cidade de Buenos Aires.
Debatedor 2: Prof. Dr. Manuel Izquierdo Carrasco – Decano de Direito da Universidade de Córdoba – Espanha

10h45

PAINEL XIII - Conferência Internacional



Conferencista: Juiz András Sájo - Corte Europeia de Direitos Humanos União Europeia / Hungria

Tema: O processo de resolução alternativa de litígios e proteção dos direitos humanos no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - requisitos de equidade.

Debatedor 1: Dra. Juliana Pereira da Silva – Secretária Nacional do Consumidor - SENACON

Debatedor 2: Dr. Flavio Croce Caetano – Secretário Nacional de Reforma do Judiciário

11h30 – 13h15: Intervalo para almoço

13h30 - 14h00

PAINEL XIV - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa – Prof. Catedrático no Depto. de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa - Portugal

Tema: A mediação de conflito no ambiente escolar do continente europeu

14h00 - 14h30

PAINEL XV - Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Dr. Sergio Ramiro Peña Neira – Universidad de Chile

Tema: Jurisdição penal e mediação. Perspectivas e realidade na República do Chile

14h45 – 18h15

GRUPO DE TRABALHO IV: Mediação, Processo Penal e suas Metodologias

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ

Av.Erasmo Braga, 115, 4º and. Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dr. Alberto Manuel Poletti Adorno – Universidad Columbia del Paraguay e Prof. Dr. Weliton Sousa Carvalho

Conferencistas: Dra. Claudia Criscioni Ferreira – Membro da comissão nacional de estudo da reforma do sistema de justiça criminal – Paraguai

Prof. Máster Dr. Nicolás Rucci – Procurador Cybercrime. Ministério Segurança e Justiça da Provincia de Buenos Aires – Argentina

Prof. Mario Camilo Torres – Justiça Criminal – Paraguai

Sra. Claudia Velazquez - Treinadora de Negociação de Conflitos do Centro de Arbitragem e Mediação - Paraguai

GRUPO DE TRABALHO V: Mediação Comunitária

Local: AUDITÓRIO Des. Nelson Ribeiro Alves-Av.Erasmo Braga, 115, 4ºand. Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Dr. Michel Betenjane Romano (MPSP) e Professor Doutor Adolfo Braga Neto

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

– Presidente do IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil

Conferencistas: Dra. Tatiana Rached – Secretária de Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo.

Dr. Guilherme de Almeida – Prof. pós doutorado no Freiburg Institute of Advanced Studies (FRIAS)

Dra. Célia Nobrega Reis – Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos de Angola

Dr. Alejandro Nató – Provedor de Justiça de Buenos Aires - Argentina

GRUPO DE TRABALHO VI: Mediação Familiar, Infância, Idoso e Gênero

Local: AUDITÓRIO DESEMBARGADOR JOSE NAVEGA CRETTON

Avenida Erasmo Braga, 115, 7º andar, lâmina 1 – Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Pos.Doc. José Manuel Peixoto Caldas - Diretor do Observatório Iberoamericano de Saúde e Cidadania, Universidade do Porto, Pesquisador Visitante FIESP e Prof. Pos.Doc. Artenira Silva e Silva, Prof. Doutor Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia, UFOP.

Conferencistas: Dr. José Manuel Mendez Tappia – Mestre em Medicina Social da Universidade - México

Dra. Leila Tardivo – Pres. da Comissão de Cultura e Extensão do Instituto de Psicologia da USP

Dr. Dierle José Coelho Nunes – Mestre pela PUC-Minas e pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Dra. Almudena Manso -Doutora em sociologia do departamento de comunicação II e ciências sociais na Universidade Rey Juan Carlos.

28/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

8h30

PAINEL XVI - Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Mo Jing Hong - China

Tema: Os desafios de resolução de conflitos entre as diferentes culturas - novas fronteiras de jurisdição internacional sob o conceito de direitos universais.

Debatedor 1: Des. Federal Fausto Martin De Sanctis – TRF3

Debatedor 2: Luciano Badini–Promotor de Justiça de Minas Gerais–Brasil

09h15

PAINEL XVII - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. Gerry Rooney - Presidente do Instituto Irlandês de Mediação (Irlanda)

Tema: A experiência Irlandesa na reforma legislativa na adoção da mediação e os desafios ao legislador e à jurisdição

Debatedor 1: Dr. Paulo Assed Estefan – Juiz Diretor do Fórum de Campos dos Goytacazes–RJ - Mestre em Direito Constitucional

Debatedor 2: Des. Federal Luiz Stefanini TRF3

10h00

PAINEL XVIII - Delegações Internacionais

10h45

PAINEL XIX - Conferência Nacional



Conferencista: Min. Marco Aurélio Buzzi - STJ

Tema: Ressurgimento dos Meios Adequados de Resolução de Conflitos

Debatedor 1: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva - STJ

Debatedor 2: Min. Paulo de Tarso Sanseverino - STJ

11h30 – 13h15: Intervalo para almoço

13h30 – 17h15

GRUPO DE TRABALHO VII: Mediação e Conflitos Internacionais

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dr. Christian Djefal – Universidade de Berlim/Alemanha e Prof. Dr. Raphael Vasconcelos

Conferencistas: Prof. Dr. Alberto Manuel Poletti Adorno – Universidad Columbia del Paraguay
Dr. Cassius Guimarães Chai – MPMA

GRUPO DE TRABALHO VIII: Mediação, Linguagem, Comportamento e Multiculturalismo

Local: AUDITÓRIO Desembargador Nelson Ribeiro Alves

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Mestre Décio Nascimento Guimarães – Universidade Estadual do Norte Fluminense e Profa. Dra.

Bianka Pires André - Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF)

Conferencistas: **Dr.** Casimiro Manuel Marques Balsa – Prof. Catedrático no Depto. de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa - Portugal

Dra. Martha Vergara Fregoso – Coordenadora de Pesquisa do Centro Universitário de Ciências Sociais e Humanas da Universidade de Guadalajara

GRUPO DE TRABALHO IX: Mediação e Direitos Sociais Indisponíveis: Trabalho, Saúde,

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

Educação e Meio-Ambiente

Local: AUDITÓRIO DESEMBARGADOR JOSE NAVEGA CRETTON

Avenida Erasmo Braga, 115, 7º andar, lâmina 1 – Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Doutoranda Maria do Socorro Almeida de Sousa – TRT 16ª.

Região/Maranhão, Prof. Dra. Herli de Sousa Carvalho - Universidade Federal do Maranhão – UFMA e Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e Prof. Esp. Mariana Lucena Sousa Santos

Conferencistas: Prof. Dr. Filinto Elisio de Aguiar Cardoso (Cabo Verde) – Vice-Presidente da Multilingual Schools Foundation (Portugal)

Profa. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão

Profa. Nícia Regina Sampaio – Ministério Público do Espírito Santo

CLAUSURA

PLENÁRIA - Plenário da Lâmina Central - Tribunal Pleno

Avenida Erasmo Braga, 115 - Centro

CARTA RIO GLOBAL MEDIATION DE ACESSO À JUSTIÇA E FORTALECIMENTO DA CIDADANIA

O *Global Mediation Rio*, por seus Conselhos Acadêmico e Científico, bem como pela Coordenação Científico-Internacional e pelas Coordenações dos seus Grupos de Trabalho reunidos na cidade do Rio de Janeiro, no mês de novembro de 2014, nos dias 24 a 28;

Considerando que o conflito social manifesta-se multifacetariamente e, portanto, inscreve-se na riqueza do mundo da vida e se conforma na gramática de práticas sócio-institucionais naturalizadas;

Considerando que a Mediação é coetaneamente método e procedimento e pode ambientalizar um contexto para fortalecer o *sentimento de pertencimento* e de identidade constitucionais nas experiências democráticas objetivando a pacificação social;

Considerando a abertura semântica intercultural e transdisciplinar plasmável na Mediação, impondo um permanente exercício crítico-constutivo da efetividade da realização de Justiça Social e densificação da cidadania;

Admitindo que os processos decisórios oficiais devem acolher a condição ínsita aos princípios do devido procedimento legal e do contraditório enquanto oportunidade de ser ouvido em paridade de reconhecimento e de consideração;

Admitindo a inalienabilidade de permanente proteção aos Direitos Humanos;

Admitindo que está reservado ao Poder Judiciário o papel institucional de protetor dos Direitos Humanos e que tal condição à um Estado Democrático não elimina a possibilidade de convivência com um sistema *multidoor* para conhecimento, apreensão e solução de conflitos; e,

Admitindo que é curial romper-se com a mentalidade conformada em pré-compreensões teóricas de que a legitimidade de decidir bastar-se-ia na literalidade da lei,

Adota os seguintes enunciados:

Cássius Guimarães Chai, Elda Coelho de A. Bussinguer, Ricardo Goretti Santos(Orgs.)

- I. O acesso à justiça social deve ter na figura do Poder Judiciário o garantidor último e residual como possibilidade institucional factível de pacificação social;
- II. Os Poderes Republicanos articuladamente devem convergir para uma política de Estado no estabelecimento de outros meios de solução de controvérsias, firmando parcerias e fomentando a atuação das Instituições essenciais à administração da Justiça;
- III. A Mediação como serviço público nas políticas de Estado deve reger-se pela informalidade, flexibilidade, gratuidade, confidencialidade e independência do mediador, preconizando um processo difuso para conhecer conflitos privados e públicos;
- IV. Os instrumentos institucionalizados de Mediação, públicos e ou privados, em especial os empresariais, devem dispor de meios tecnológicos que sejam capazes de democratizar o acesso eficiente, ágil e facilitado a todos os interessados;
- V. A Mediação Penal, quando adequado, deve ser pensada e realizada como meio de prestigiar a composição e a reparação civil dos danos causados às vítimas com preponderância sobre as alternativas de encarceramento;
- VI. O princípio da oportunidade regrada para o manejo da Ação Penal deve ser considerado como vetor do agir ministerial público sempre e quando o bem lesionado for disponível e os resultados forem mais representativos para a pacificação social;
- VII. A Mediação deve ser possibilitada em toda e qualquer fase processual, na execução penal inclusive, como meio de concretizar a pacificação social e promover com mais efetividade processos de ressocialização;
- VIII. A Mediação comunitária, enquanto mecanismo de emancipação, de autocomposição, de autodeterminação e de empoderamento social, deve ser prioritariamente conduzida por seus atores sociais, habilitados e conduzidos a desenvolverem competências para identificar, elaborar e ambientar espaços para a solução de seus conflitos;
- IX. Compreender o contexto do conflito e as características subjetivas, de vulnerabilidade física, psíquica e socioeconômica, são condições necessárias para condução do processo de autocomposição ou de auxílio ao processo de autocomposição visando alcançar a sua diluição e a superação de disputas;

- X. A autodeterminação dos povos e a soberania são princípios que devem fortalecer a afirmação do preceito do não uso da força, e prestigiar a solução pacífica de controvérsias com o compromisso de não renúncia de proteção da pessoa humana e de sua dignidade, sua história e sua memória;
- XI. O processo de Mediação dos conflitos deve ser abordado como um meio integrativo no qual a identificação das diferenças, compreendida dentre elas a linguagem e seus maneirismos, convirja para um diálogo a ser estabelecido com clareza de conceitos, e igual respeito e consideração;
- XII. A Mediação de conflitos laborais, individuais ou coletivos, deve ultimar-se preservando o princípio da irrenunciabilidade dos direitos não patrimoniais e o direito de acesso à justiça, com as garantias que lhe são conferidas, respeitado o direito fundamental de escolha consciente;
- XIII. A Mediação em matéria de meio ambiente deve transcender a resolução de conflitos consolidados, para alcançar a construção de um mundo sustentável para as gerações futuras;
- XIV. Os processos de aprendizagem, em todos os seus níveis, áreas e setores, devem ser urdidos a partir da consciência de sua capacidade de formar uma mentalidade com competências capaz de empoderar o cidadão, e de lho conduzir ao fortalecimento de uma cultura de pacificação de conflitos;
- XV. A Mediação em matéria de saúde deve preservar ao máximo os direitos fundamentais devendo o Estado adotar controle dos recursos materiais e humanos, promovendo de modo facilitado e inclusivo a correta informação sobre seus serviços e procedimentos, atentando para as inovações tecnológicas e de insumos, observando a transparência e a eficiência administrativas.

Rio de Janeiro, Novembro 24 a 28 de 2014.

Conselho Acadêmico

Ministro Marco Aurélio Buzzi - STJ

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - STJ

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva - STJ

Desembargador Fabio Dutra - TJRJ

Desembargador Guaraci de Campos Vianna - TJRJ
Desembargador Roberto Guimarães - TJRJ
Doutor Sylvio Capanema – Desembargador Aposentado - TJRJ - Advogado
Desembargador Federal Fausto De Sanctis - TRF3
Desembargador Federal Luiz Stefanini - TRF3
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai - MPMA

Coordenadores Científicos

Desembargador Fábio Dutra
Desembargador Guaraci Vianna
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

Conselho Científico Editorial e Coordenadores de Grupos de Trabalho

Doutor Adolfo Braga Neto
Professor Doutor Alberto Manuel Poletti Adorno
Professor Doutor Alexandre de Castro Coura
Professor Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Professor Doutor Anibal Zárate Pérez
Professora Doutora Artenira da Silva e Silva Sawaia
Professora Doutora Bianka Pires André
Professor Doutor Cássius Guimarães Chai
Professor Doutor Christian Djefal
Professor Doutor Daury Cesar Fabríz
Professor Mestre Décio Nascimento Guimarães
Professora Doutora Elda Bussinguer
Professora Doutora Herli de Sousa Carvalho
Professor Doutor José Manuel Peixoto Caldas
Professora Doutoranda Maria do Socorro Almeida de Sousa
Professora Especialista Mariana Lucena Sousa Santos
Doutor Michel Betenjane Romano
Professor Doutor Raphael Vasconcelos
Professora Heloisa Resende Soares - Assistente Editorial

Coordenação Executiva

Dr. Décio Nascimento Guimarães