

32º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS

GT 37: SOCIOLOGIA E DIREITO: EXPLORANDO INTERSEÇÕES

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE ACESSO À JUSTIÇA EM CENÁRIOS  
SOCIOLÓGICOS POSSÍVEIS

Carmen Lucia Tavares Felgueiras

Celia Maria Oliveira Passos

Considerando o contexto da crise do judiciário no Brasil e o surgimento de concepções e propostas cada vez mais diversificadas de relações ideais entre o Estado, a sociedade e os indivíduos, este trabalho terá a preocupação de pensar alguns dos resultados prováveis da inserção de práticas alternativas para resolução de conflitos, dando ênfase aos procedimentos de mediação, em alguns cenários sociológicos em que estas práticas possam ocorrer.

O pressuposto desta reflexão é o da mediação como um instrumento, um recurso de tecnologia social, que necessita ser analisado em seus componentes internos e suas relações externas, objeto da discussão a seguir. A mediação enquanto tal não é um instrumento neutro (na realidade, nenhum instrumento o é, na medida em que traz em si a marca de sua história social). A idéia aqui desenvolvida será a de que a apropriação da mediação por diferentes modelos de sociedade e concepções de justiça, traduzidos em ações sociais efetivas, é que darão a medida de seu significado social. Ou seja, em si mesma, a mediação, assim como outras práticas alternativas de acesso a justiça,<sup>1</sup> não significa em si garantia de democratização ou ampliação do diálogo nas sociedades contemporâneas (mesmo porque esse tipo de generalização dificilmente poderá ser feito, em virtude das especificidades das sociedades às quais se aplicam).

Os conflitos e as demandas por direitos na sociedade brasileira têm aumentado em escala diametralmente oposta à capacidade operativa do judiciário, para a qual uma explicação plausível é a histórica ausência de vida democrática e o descrédito da justiça entre nós (Sadek:2004). O caso brasileiro teria seguido um caminho diverso daquele em que o crescimento das taxas de industrialização e o processo de urbanização, que incidem diretamente na ampliação no número e no tipo de conflitos, levaria, na medida da consciência de direitos e da credibilidade na máquina judicial, ao crescimento nos índices de procura por justiça oferecida pelo Estado. Embora a transformação estrutural por que passou a sociedade brasileira desde o início da década de 1930 justificasse a multiplicação dos conflitos, pois, de predominantemente agrária e rural passa para industrial e urbana em

---

<sup>1</sup> Consideramos neste trabalho que o acesso à justiça não significa necessariamente o acesso ao sistema judiciário.

um intervalo de menos de 50 anos, os números demonstram que uma pequena parcela foi efetivamente solucionada através do acesso ao sistema judiciário. Dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de 1988, citados por Sadek, mostram que a maior parte dos litígios sequer chega a uma corte de justiça - apenas 33% das pessoas envolvidas em algum tipo de litígio procuram solução no Judiciário.

Assim, apesar dessa baixa percentagem de “judicialização”, o sistema é sobrecarregado valores quantitativos na relação número de processos/operadores do direito, gerando uma crise que vem se agravando ao longo de muitos anos. Ou seja, a crise da efetividade do desempenho do judiciário pode ser interpretada no sentido de sua parca democratização e de seus efeitos perversos, dadas as ocorrências de grande diferenciação dentre aqueles que ingressam no sistema, tanto quanto daqueles que dele se beneficiam.

Por outro lado, não obstante as críticas que os fenômenos da judicialização da política e da politização do judiciário recebem, grande parte da insatisfação popular com a justiça refere-se a sua dimensão como uma agência pública prestadora de serviços, ou seja, a judicialização em si mesma não seria problema para a população, mas sim a sua inefetividade. “A ela [à justiça] são dirigidas ácidas críticas, tais como: ‘a justiça tarda e falha’; ‘a justiça não é igual para todos’; ‘a justiça é elitista’; ‘mais vale um mal acordo do que uma boa demanda’; ‘para os amigos tudo para os inimigos a lei’, etc.” (Sadek:2004).

Por conseguinte, o excesso de expectativas de resolução de conflitos através do sistema judiciário pode ser considerado um dos principais responsáveis pela ampliação do fenômeno da judicialização das relações sociais em várias dimensões da sociedade brasileira, sem colocá-lo, ele próprio, em questão.

No âmbito dos conflitos conjugais, pesquisa comparativa realizada em Delegacias de Mulheres em João Pessoa e em Montreal, Canadá, aponta para o número crescente de demandas pelo aparato policial e judiciário por mulheres que buscam uma intermediação destas instituições e alerta para as conseqüências de tal fenômeno: “*No limite, parece que, do ponto de vista policial, haveria uma espécie de manipulação secundária da delegacia por parte da reclamante, que procura valer-se da autoridade policial para obrigar o seu agressor a admitir o erro e a renegociar a relação entre eles. A intimação é ressignificada como intimidação.*” (Rifiotis:2004)

A pesquisa conclui pela inadequação da intermediação<sup>2</sup> policial, principalmente pelo fato da instrumentalização do poder policial e judiciário como forma de coerção da parte agressora. A judicialização instauraria, portanto, a criminalização e estigmatização das relações, enquadrando as partes envolvidas nas condições de agressor e vítimas, como réus e denunciantes.

Além disso, caberia ressaltar a relação de clientela entre a população e tais instituições, pois tal espaço público configura-se como um balcão de negócios, onde a população busca obter serviços judiciários (mesmo que inadequadamente, visto que a delegada em serviço não tem tal poder): Ou seja, *“para a “clientela”, a delegacia é valorizada como espaço público informal de controvérsia no qual podem contar com a participação de uma autoridade policial, cujo papel é central para as “clientes”. Atuando como conselheira ou fazendo o que chamaria “mediação policial”<sup>3</sup>, a delegada é certamente o eixo em torno do qual todas as atividades são realizadas.”*

Infere-se do exposto que, caso houvesse espaços de mediação que canalizassem essa “demanda” (na verdade trata-se de direitos ou exigências), aquelas instituições, como as Delegacias da Mulher, poderiam cumprir com maior eficiência seu poder coator sobre os casos que efetivamente o necessitassem, como por exemplo, os crimes sexuais e atentados contra a pessoa, restritos ao código penal.

Entretanto, supondo que toda prática social necessita de reflexividade, enquanto práxis que é, convém pensar tais espaços de mediação nos contextos sociológicos em que se possam ser situados. Para efeito deste exercício, iniciaremos por contrastar pontos de vista diversos como as visões liberais (como portadoras de concepções, quer sociológicas, quer filosófico-políticas, atomistas individualistas) e sociais-democratas e socialistas (portadoras

---

<sup>2</sup> Aqui também a intermediação policial distingue-se da mediação estrito sensu, pois nela não há poder e nem coação. Segundo as práticas restaurativas, tanto vítima quanto agressor são desrotulados, passando a autor do ato e receptor do ato. No Canadá – segundo a Juíza Louise Otis – em seminário promovido pela EMERJ, 20% das atividades dos Juízes se dá . na qualidade de mediadores (naturalmente em processos nos quais não atuam).

<sup>3</sup> Sem dúvida, o texto trata de mediação em sentido lato , pois para os Mediadores e para os Doutrinadores (brasileira e internacional) do tema, não há poder coercitivo no mediador. Ele é despido de poder sobre as partes. Outro ponto pacífico na Mediação Penal – que é o caso em estudo, o da violência contra a mulher – é que a Mediação/Mediador pode tratar do conflito decorrente do delito (deste cuida o policial, a delegada, o juiz, e, dependendo do tipo penal, o Júri). É importante ter clareza, portanto, de que, nestes casos, a intermediação não se confunde com a mediação, pois esta não comporta autoridade. O mediador não se confunde com o policial e vice-versa e não tem poder sobre as partes.

de concepções holistas/atomistas coletivistas) e algumas das tentativas de conciliação entre ambas.

Antes, porém, um breve excurso acerca da visão do Direito sobre os métodos alternativos de acesso à justiça se mostra relevante para dar inteligibilidade à discussão.

Inicialmente cabe observar que existem diversas maneiras de se lidar com conflitos. Algumas delas passam por encobrir, reprimir, lutar contra, negar ou evitar os conflitos. Entretanto, é certo que, independentemente da base sociológica adotada, as pessoas não podem fazer com que os eles (conflitos) desapareçam e, assim sendo, necessitam utilizar métodos para solucioná-los e, como afirmou Marx no *Prefácio à contribuição à Crítica da Economia Política*, a humanidade só se coloca problemas para os quais já disponha de meios para os resolver. O uso da imposição, seja pela força física ou por diversas manifestações do poder já constituíram formas “válidas” e aceitas pela sociedade para a resolução de conflitos. Atualmente, o Estado é o titular do poder de coerção e tem legitimidade para decidir e impor a decisão às partes, o que se dá por meio de sentença judicial, proferida pelo Juiz, na qualidade de representante do Estado no exercício da jurisdição.

O direito reconhece outros métodos de acesso a justiça que não implicam necessariamente em acesso ao poder judiciário. Segundo o Ministro Delgado de Carvalho<sup>4</sup> o princípio inscrito no Preâmbulo da Constituição Federal, abriga práticas extrajudiciais para solucionar conflitos.<sup>5</sup> O Preâmbulo de nossa Constituição oferece o fundamento principiológico para que sejam integrados à sistemática jurídica brasileira alguns dos denominados métodos alternativos de resolução de conflitos, que para certos autores, são métodos complementares ao acesso a justiça.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos incluem a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Esta última, embora seja parte do referido rol (métodos alternativos ou complementares) é identificada como um método adversarial de

---

<sup>4</sup> Em palestra proferida no Seminário “Mediação e Justiça – Um novo olhar para a solução dos litígios”

<sup>5</sup> Constituição Federal de 1988, Preâmbulo: “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.

resolução de conflitos, vez que no caso da arbitragem o terceiro decide a questão e a sua decisão tem efeito vinculante sobre as partes, fato que não ocorre nas três primeiras modalidades (negociação, mediação e conciliação), que, por suas características são identificadas/classificadas como métodos colaborativos, em que o terceiro e as partes buscam formas amigáveis ou não adversariais para a solução das pendengas.

Nos métodos colaborativos uma parte não se opõe a outra e nem é estabelecido o contraditório. Não se utilizam provas, mas sim o entendimento através do diálogo, o que os diferencia, em muito, dos métodos adversariais, seja em âmbito judicial (em que o juiz, ao final do processo profere uma sentença), seja em âmbito privado (onde o árbitro ao final decidirá e sua decisão gera efeito vinculante para as partes).

A negociação, mediação, conciliação e a arbitragem são consideradas, na literatura jurídica, modalidades básicas dentre os métodos alternativos de acesso à justiça (e não, necessariamente, ao sistema judiciário). Existem outros métodos que em realidade, constituem uma “combinação criativa de sistemas ou métodos não adversariais” para solucionar conflitos, (GARCEZ, 2003:), porém, na prática, tais métodos combinam a negociação, a mediação e a arbitragem, bem como outras “fórmulas derivadas”, usadas “em conjunto, de forma alternativa” ou mesmo de forma sucessiva. Tais combinações, quer sejam classificadas como mediativas ou impositivas, constituem, em verdade, uma forma híbrida das modalidades tidas como básicas.

A negociação é considerada a base de quase todas as formas de resolução de conflitos. Nelas as partes atuam, diretamente, de acordo com seus próprios estilos e estratégias, buscando solucionar pendengas, transacionar, utilizando-se de argumentação e arazoamento (TAVARES, 2002: 42). Na negociação é preservada tanto a autoria quanto a autenticidade dos negociadores na solução de seus próprios conflitos. Soluções auto-negociadas geram maior comprometimento, tornam-se, portanto, duradouras. (GARCEZ: 1). A mediação é um processo não adversarial através do qual um terceiro neutro<sup>6</sup>(mediador), utiliza, dentre outras, as técnicas de negociação e de comunicação, “sem imposições de sentenças ou de laudos e auxilia as partes a identificarem seus interesses e a preservá-los, por meio de um acordo criativo” (TAVARES: 66), onde todos os envolvidos no conflito

---

<sup>6</sup> No sentido de que a neutralidade é um recurso gnoseológico e prático e não uma realidade fática.

possam sair satisfeitos e atendidos nos seus interesses.. A mediação é o método adequado para as situações que envolvem conflitos de interesses e a necessidade de negociá-los. É um processo dirigido à desconstrução dos conflitos, através da adoção de uma postura colaborativa entre as partes, em substituição à costumeira posição adversarial, em âmbito judicial, daqueles que estão envolvidos em situações conflituosas.

A conciliação também pressupõe a existência de um terceiro (conciliador) para auxiliar as partes em conflito, a encontrar uma solução que atenda a ambas. Em âmbito extrajudicial, a conciliação se aproxima da mediação avaliativa (pelo nível de interferência do terceiro) e com a mediação para acordo (principal objetivo), pela aplicação do Modelo de Negociação da Escola de Harvard<sup>7</sup>. O conciliador, diferentemente do mediador, objetiva o acordo e para tanto, busca o conhecimento prévio dos fatos. O conciliador confere voz e vez às partes e também aos seus representantes. Opina, sugere, aponta vantagens e desvantagens, diz do direito, sempre que entende ser necessário.

Embora vinculada ao procedimento judicial, a conciliação pode ocorrer fora da via judicial, interferindo, o conciliador, de forma mais ampla do que na mediação, vez que poderá aconselhar e mesmo tentar induzir as partes a chegarem, elas mesmas ao acordo, principal objetivo da conciliação.

A arbitragem é alternativa à via judicial. Com o mesmo objetivo de resolver, dar fim aos conflitos, as partes excluem a jurisdição do Poder Judiciário, optando pelo Juízo Arbitral para resolver a questão. Seu uso é muito antigo e sua prática, antecede ao Estado como provedor de Justiça. A arbitragem é uma justiça privada, praticada em âmbito privado e para particulares (sejam estas pessoas físicas ou jurídicas). Embora seja um método fundado na autonomia da vontade das partes, que decidem, de comum acordo, quanto ao Juízo Arbitral, quanto a forma de escolha dos árbitros, quanto ao objeto a ser submetido à arbitragem, é, no fundo, adversarial na sua forma de resolver os conflitos, vez que admite o contraditório e a ampla defesa, inclui a produção de provas, mas sendo o terceiro imparcial (árbitro) quem, ao final, decidirá a questão, ficando as partes obrigadas a cumprir tal decisão, diferentemente

---

<sup>7</sup> Roger Fisher e William Ury, professores integrantes do Projeto de Negociação da Escola de Harvard (Harvard Negotiation Project) da Universidade de Harvard (Estados Unidos) para a disseminação de métodos de negociação e mediação de problemas, segundo os princípios: 1. separar pessoas dos problemas; 2) colocar o foco nos interesses e não nas posições; 3) gerar uma variedade de opções antes de firmar o acordo; e 4) critérios objetivos. New York. Penguin Books, 1983.p.11.

do que ocorre na negociação, na mediação ou mesmo na conciliação, em que o terceiro jamais decide.

Observa-se que na *mediação*, o terceiro imparcial, escolhido de comum acordo pelas partes, auxilia na comunicação, nas reflexões, coordena o diálogo para que o mesmo se mantenha produtivo, sem agravar o conflito, não lhe sendo permitido, entretanto, na qualidade de mediador, emprestar seus conhecimentos técnicos (de formação) para fins de orientação às partes. Pode, entretanto, utilizá-los para orientar as partes a procurar um profissional qualificado quando perceber a necessidade de uma informação de cunho técnico. Na *conciliação* o terceiro imparcial auxilia na construção do acordo, orienta, sugere, empresta seus conhecimentos (amplos sobre o tema, podendo, inclusive orientar quanto a aspectos jurídicos). Por fim, na *arbitragem*, o terceiro imparcial escolhido pelas partes julga, determina a solução, proferindo decisão consoante estabelece a Lei da Arbitragem. Para tanto, o árbitro deve ter amplo conhecimento acerca do tema objeto do conflito, devendo buscar, inclusive e sempre que necessário o assessoramento de peritos ou especialistas no tema,, para somente então manifestar sua decisão que envolve, inclusive, aspectos legais.

Do modo como exposta em sua dimensão técnica, a mediação é, dos métodos alternativos considerados, aquele que permite, por seu baixo teor de constrangimento, afirmar suas possibilidades de desenvolvimento de um controle democrático das etapas de resolução de conflitos. Contudo, como afirmamos de início, a técnica não pode ser desvinculada dos modelos normativos de sociedade, tal como expressos pelas teorias sociais.

Nossa primeira hipótese é a de que a visão liberal de resolução de conflitos que irrompem quer no domínio do privado, quer em uma esfera pública regulada sob os princípios do mercado, os meios alternativos de acesso à justiça funcionariam como recurso para minimizar ainda mais a ação do Estado, dando autonomia para que a sociedade civil, desincumba-se ela própria de suas questões. Tal como Ralf Dahrendorf constatou, “a emergência de instituições de regulação dos conflitos, em que os parceiros se acertam cada vez mais sobre as regras do jogo, e aceitam recorrer às mediações, arbitragens ou ainda a múltiplas formas de conciliação, que limitam sua expressão concreta, [concorrem] para o acentuado declínio da intensidade dos conflitos”. A cooperação, dentro deste enfoque,

institui uma espécie de “seguro” entre os parceiros, pois não raras vezes, os conflitos são como que limitados, vez que seus atores são “rivais” e igualmente “sócios”, tanto na vontade de evitar o confronto extremo, quanto no que se refere aos interesses comuns que mantêm. Tais conflitos não envolvem ideologias e nem tampouco se referem a questões estruturais.

Em suma, tais concepções de mediação estão fundadas na noção liberal de que somos *selves* independentes, livres para escolher nossos propósitos e fins, sem sermos constrangidos por tal ordem, pelos costumes, tradições ou por status herdados. E, nesse sentido, apenas um mundo vazio de *telos* permite que os princípios da justiça estejam abertos à construção humana e que concepções do bem sejam objeto de escolha individual.

Conforme podemos observar, desde o ponto do microssociológico, em que estão suspensos alguns pressupostos holísticos, como as desigualdades estruturais em que as partes em conflitos se situam, os métodos alternativos de acesso à justiça atuariam como facilitadores de obtenção de acordos em que os interesses individuais sejam mantidos, pois nesta concepção liberal atomística o bem comum é constituído pelos bens individuais. Assim sendo, a mediação poderá contribuir para uma sociedade “pacificada” pela lógica da interpessoalidade, individualizando e fragmentando o tecido social a partir da legitimação de soluções de conflitos que não transcendem os contratos estabelecidos entre partes.

E é desde o ramo da teoria liberal dita “procedural” (para a qual o crucial é o processo de decisão e não qualquer noção particular de vida boa), que a questão central é como a sociedade deve responder e arbitrar os conflitos entre as demandas dos indivíduos (ou aquilo que Amartya Sen chamaria de walfarismo). Do contrário, os princípios da igualdade (quaisquer que sejam seus significados) e da não-discriminação seriam rompidos, ou seja, se a sociedade (ou, no caso, o conciliador, mediador ou o árbitro) esposasse ela própria uma ou outra concepção de vida (ou interesse em litígio).

A questão colocada pelos críticos do liberalismo é a de qual a viabilidade deste modelo de sociedade no sentido da manutenção da liberdade, entendida como auto-governo, pois na ausência de uma construção para o bem comum, o espaço público se configuraria como palco de barganhas entre políticos e eleitores-clientes. As demandas da sociedade política que exigissem certa disciplina e auto-sacrifício (pagamento de impostos ou serviço

militar obrigatório, por exemplo) não poderiam ser mantidas por outros meios que não através da coerção.

E, não é ocioso perguntar, na ausência de coerção, pressuposto advogado pelo liberalismo, quais seriam os requisitos para o consenso, se um sentido compartilhado da vida boa é impossível, diante do individualismo caro a este ideal de sociedade?

Uma resposta a estas questões é considerar, como na proposta do republicanismo cívico de Charles Taylor, que os relacionamentos na sociedade não se dão em termos de agregações de estados mentais monológicos, mas que a própria conversação institui o sentido do comum. “*A conversation is not the coordination of actions of different individuals, but a common action in this strong, irreducible sense; it is our action*” (Taylor: 1989).

E esta constitui a segunda hipótese a ser considerada, a de que as práticas de mediação ocorram num contexto em que procedimentalismo liberal esteja em consonância com os ideais de cidadania republicana. Para Taylor, “o homem utilitarista cuja lealdade a sua sociedade dependeria somente das satisfações que ela assegurasse aos indivíduos é uma espécie desprovida de membros. E a própria satisfação não está atualmente entrelaçada com ‘expectativas’ e crenças a respeito do que seja apropriado e justo.”(Taylor:143) Caberia então recuperar nossa identificação com a sociedade, porque ela é nossa no sentido forte de ser nossa criação e, além disso, a criação daquilo que é melhor em nós e mais verdadeiramente nosso, nossa vontade moral (Rousseau, Fichte) o nossa atividade criativa (Marx).” Entretanto, o peso dado por este autor à noção de patriotismo e tradição nos faz refletir sobre as possibilidades de uma prática dialógica (ou mediativas) em uma sociedade de tradição adversarial e autoritária.

A temática da transição do tradicional para o moderno também faz parte das preocupações de Anthony Giddens, mas sob o prisma da reflexividade da sociologia sobre o fazer cotidiano, e numa aposta moderna no poder da razão no sentido da ampliação da democracia. Até que ponto o mediador como terceiro neutro, como portador de um saber capaz para conduzir as partes a um acordo ou consenso, não irá ao encontro destas sugestões?

Tais buscas de acordos não são para este autor, inimigas do pluralismo. O princípio da autonomia estimula a diferença e o que contraria a utopia democrática é o privilégio entendido como a manutenção de direitos ou bens aos quais o acesso não é fácil nem igual para todos os membros da comunidade.(Giddens:205)

Dentre as condições para a realização da democracia, Giddens situa a necessidade de se providenciar um fórum para o debate aberto. “Democracia significa discussão, a oportunidade para que a ‘força do melhor argumento’ seja preponderante, em contraposição a outros modos de se tomar decisões (das quais as mais importantes são as decisões políticas). Quando necessário, uma ordem democrática proporciona arranjos institucionais para a mediação, a negociação e o cumprimento de compromissos. A conduta da discussão aberta é em si um meio de educação democrática: a participação no debate com outros pode conduzir à emergência de uma cidadania mais esclarecida. De certa forma, tal consequência tem a sua origem em uma ampliação dos horizontes cognitivos do indivíduo. Mas também deriva de um reconhecimento da diversidade legítima – seja o pluralismo – e da educação emocional. Um colaborador do diálogo, politicamente educado, é capaz de canalizar as suas emoções de maneira positiva: argumentar pela convicção, em vez de se engajar em pensamentos maldosos, através da polêmica ou de violentas críticas emocionais”.(Giddens:)

Acompanhando a evolução das instituições na contemporaneidade ocidental, Giddens dá visibilidade às alterações sofridas, por exemplo, pela instituição familiar no sentido de uma individualização que não necessariamente fragmenta e destrói o agregado, mas permite uma maior liberdade dos seus componentes no sentido de assegurar a preservação de sua integridade física e psicológica.

Assim, tecnologias de mediação de conflitos no âmbito das relações pessoais poderiam encaminhar práticas democráticas em tais dimensões, ocupando o vazio deixado pela dissolução dos freios tradicionais, como a autoridade do patriarca, e a preponderância dos ritos costumeiros.

Outrossim, pode-se, inclusive, pensar na práxis educadora, civilizadora, de métodos alternativo de mediação, na medida de seus princípios de atuação, instaurando um espaço dialógico de resolução de conflitos, capaz de confrontar o determinismo da mentalidade do espaço público como mercado.

Porém, há pré-condições. Os próprios limites da mediação nos fazem reconhecer a presença de “elementos não contratuais do contrato”, pois, ainda que o mediador esteja adequadamente capacitado para atuar como tal, e que inexistam desvios de finalidade, prevalecendo a ética durante todo o desenvolvimento do processo, a mediação não é uma modalidade irrestrita e incondicional de resolução de conflitos no contexto do Estado contemporâneo, e adequada para toda e qualquer situação ou circunstância.

Tem se mostrado inadequado o uso da mediação para inúmeros casos: os de desequilíbrio de poder, nas circunstâncias em que a questão jurídica é central (isto pode ser afirmado, apesar de estarmos conscientes do positivismo jurídico reinante e das assimetrias que legitima ou mesmo instaura), envolvendo a necessidade de efetiva definição quanto à norma aplicável, quanto aos direitos e obrigações decorrentes do preceito legal, a aferição ou reconhecimento de direitos, etc.; e por fim, em casos de ilegalidade (tipificadas como crimes ou não) e condutas contrárias ao interesse público, ao direito (acarretando lesão a terceiros) e a ética.

Os argumentos precedentes foram formulados pensando-se na mediação em suas conseqüências positivas, desde que pressupostas as disposições das instituições responsáveis por sua execução no sentido de uma sociedade emancipada dos constrangimentos da dominação e da exploração ou, na linguagem da democracia liberal, livre de discriminação e capaz de lidar satisfatoriamente com a desigualdade.

Entretanto, como os métodos alternativos atuam em situações em que as relações são impessoais e o caráter assimétrico da relação derivam da concentração em poucas mãos de grandes somas de recursos, e isso no contexto do neoliberalismo e da crise do *welfare state*?

Nesta hipótese, a mediação acabaria como um adjutório dos recursos judiciários em sua motivação protelatória, demonstrando a incompatibilidade das práticas dialógicas com, nos termos habermasianos, as lógicas sistêmicas do poder e do dinheiro?

Então reflexões sobre as perspectivas da mediação no Brasil fazem-se necessárias. O tema convida para uma reflexão mais profunda do que a simples implantação de uma nova forma de resolver conflitos.

Além de inúmeros obstáculos culturais de menor relevância, como a falta de informações quanto ao que vem a ser mediação, o desconhecimento do processo, o reduzido número de profissionais capacitados, os riscos de mau uso e do desvio de finalidade, um se coloca como crucial e efetivamente impeditivo para os avanços significativos nessa área. A morosidade crônica do Judiciário e sua decorrente ineficácia na entrega da prestação jurisdicional com a qualidade e tempo adequados e acrescida da aparente falta de vontade política para implantar inovações que devolvam às partes o poder de decisão sobre suas próprias pendengas.

A morosidade do judiciário, poderia ser um argumento favorável a mediação mas é, ao contrário, um ofensor ao desenvolvimento desta, pois, se de um lado, há quem busque a via judicial pelo interesse de mudar o *status quo* e motivado para resolver os problemas (resguardar seus direitos), há, do outro, quem o faça pelo interesse na permanência do conflito, beneficiando-se da postergação no tempo inerente a demanda judicial e, utilizando-se de todos os recursos de efeitos protelatórios, para que a situação favorecedora se prolongue no tempo. E é, no fundo e ao final, aos interesses destes grupos que, o judiciário passa a servir. Sem poder de coerção e sem impor medo, o judiciário passa a ser uma boa alternativa, deixando a mediação de ser atrativa, já que é regida, dentre outros pelo princípio da voluntariedade.

A cultura brasileira para a solução dos conflitos é adversarial (é mandatória a solução adversarial em nosso país). Ou seja, a via adversarial (que implica no contraditório e da ampla defesa com garantia em sede constitucional) está arraigada na cultura brasileira, nas práticas correntes e na forma de se gerir os conflitos.

A insatisfação com relação ao modelo adversarial, expressa pelos participantes da pesquisa realizada pela Universidade de St. Thomas no Brasil, não é forte o bastante para promover uma abertura para novas formas alternativas de solucionar conflitos. Assim como é patente que as Reformas Administrativas e do Judiciário (decorrentes da precedente Reforma do Estado) não são suficientes, por si só, para garantir a implantação de métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil.

O caso de mediação de conflitos instaurado no âmbito da ANATEL é ilustrativo do que acabamos de afirmar.

As formalidades dos procedimentos administrativos e o prolongado tempo (1999-2006) em que as partes, com o objetivo de negociar uma solução, se distanciam do mediador (condutor e guardião do processo de mediação), acarretam a perda, pelo mediador, do domínio e do controle do processo e, nestas circunstâncias, é usual que também as partes se desconectam do mediador, do processo e dos objetivos pretendidos, o que passa a representar um convite à busca de outras vias para a resolução do conflito existente. A via adversarial é primeira a ser cogitada, já que, para as partes, a composição amigável não se mostra efetiva. Isso é ratificado com relação as partes do processo sob exame, que acabaram por optar pela arbitragem (método adversarial em que o terceiro, árbitro (Agência), ao final, decide).

Nesta esteira, é perceptível que, ao suspender a reunião, o mediador está suspendendo a própria mediação, atribuindo, às partes, uma parcela da sua função de conduzir as negociações, dando-lhes o prazo de 20 dias para “negociarem diretamente”. Coloca-se, o mediador, a partir de então, alheio ao que ocorre, numa espera que se prolonga e ocasiona a perda do domínio sobre a condução das negociações e, por conseguinte, do próprio processo. Isso também é ratificado pela conduta das partes que passam, inicialmente a informar quanto as decisões de dilação de prazo e quanto aos novos prazos consensuais para continuidade das negociações (no caso 60 dias prorrogáveis por mais 20 dias) e, posteriormente, silenciam quanto a estas.

Assim, somente em 2004, o processo retoma a sua movimentação, ocasião em que é solicitada a sua extinção, em razão de ter sido formulado, em dezembro de 2000, pedido de instauração de um procedimento de arbitragem.

Convém, portanto, salientar o quanto os pedidos cumulados influem na condução do processo que passa a ter que atender aos procedimentos relativos a reclamação administrativa e aos da mediação, ficando evidente a predominância dos procedimentos formais burocráticos da reclamação em detrimento dos procedimentos inerentes a mediação, fato que produz impactos negativos na adesão às soluções via mediação.

Observa-se a *forma como as partes vêm (ou são trazidas) ao processo*. Enquanto na Mediação, as partes são convidadas a participar, caso desejem e, norteadas pelo princípio da autonomia da vontade, somente é instaurada a Mediação, se ambas estiverem de

comum acordo quanto ao processo e quanto ao mediador. Não é o que ocorre nos processos administrativos (*reclamação*) em que as partes são intimadas a participar e atuar no processo. Enquanto na mediação, as partes podem desistir do processo e este será encerrado de imediato, no processo administrativo, o encerramento somente poderá ocorrer quando cumpridas as exigências legais e normativas.

No caso em estudo, o processo transcorre na forma e com as características dos processos administrativos em geral (*como na reclamação administrativa*), com intimação para comparecer e a adoção das formalidades inerentes a tais processos, inclusive no que tange ao seu encerramento, visto que somente depois de cumpridas todas as formalidades, é que o processo é encerrado. A recomendação para arquivamento pressupõe, para consubstanciá-la, a identificação da ausência de documentos capazes de caracterizar “um suposto ato infracional”; a identificação do prejuízo da medida liminar em razão das “tratativas iniciadas” (negociações iniciadas) com a Mediação e a informação, nos autos, a partir de informe produzido, quanto a solução do problema por outra via. Somente quando cumpridas estas formalidades (que são inerentes a reclamação administrativa e a medida liminar) é que o processo apresenta as condições necessárias ao seu encerramento. Carecendo, para tanto, da inclusão da certidão de arquivamento nos autos. Observa-se, no caso em estudo, que os trâmites ocorrem em um lapso temporal de quase dois anos, contados desde a comunicação do pedido de Arbitragem, que motiva o término do processo de Mediação e o encerramento efetivo do processo.

Identifica-se, a partir das análises, a insipiência de práticas sociais fundadas no diálogo e em busca de um consenso, ou seja, inexistente maior participação da sociedade, não há articulação entre a sociedade e o órgão regulador, sendo nítido pelas informações contidas no *site* da Anatel que os Comitês formados tem atuação restrita (tendo ficado a cargo das prestadoras constituí-los, na forma do novo contrato de Concessão). Sendo assim, torna-se necessário que se promovam oportunidades para o desenvolvimento destas habilidades necessárias à articulação, a instância comunicativa e aos diálogos colaborativos. É necessário, ainda, que se fortaleçam as práticas sociais estabelecidas a partir do diálogo e objetivando a construção de consenso. Um consenso que pressuponha a inclusão e a tradução de todas as idéias e a articulação destas, em sua totalidade, de forma inclusiva, para

que todos possam identificar (e sentirem-se contemplados em) seus *interesses e valores*. Por fim, torna-se imperativo pensar em políticas públicas e na mediação como alternativa para solução de conflitos como reflexo da vontade política neste sentido. Implantar a mediação em um país como o nosso, de cultura adversarial, passa por quebra de paradigmas.

A morosidade do judiciário poderia, portanto, ser um argumento favorável às práticas alternativas de acesso à justiça, mas é, pelo contrário, antagônico ao desenvolvimento destas, pois, se de um lado, há quem busque a via judicial no interesse de mudar o *status quo* e motivado por resguardar seus direitos, há, do outro, quem o faça pelo interesse na permanência do conflito, beneficiando-se da postergação no tempo inerente à demanda judicial e, utilizando-se de todos os recursos de efeitos protelatórios, para que a situação favorecedora se prolongue no tempo. E é, no fundo e ao final, a estes interesses que o judiciário passa a servir.

Sem poder de coerção, o judiciário torna-se uma boa alternativa, deixando outros caminhos de serem atrativos, posto que regidos pelo princípio da voluntariedade.

E isto é o que ocorre, tanto em órgãos estatais, como a ANATEL, em grupos empresariais. Pesquisa conduzida pelo IDESP junto a empresários, em 1996, mostrava que, embora a principal crítica dirigida ao Judiciário fosse a sua falta de agilidade, esta situação nem sempre era avaliada como prejudicial para as empresas. “Muitos empresários chegaram a admitir que a morosidade é por vezes benéfica, principalmente na área trabalhista. A despeito de, na maioria dos casos, os entrevistados afirmarem que eram prejudicados pela morosidade da justiça, também reconheciam que litigar compensava.” (Sadek:2004)

Assim, o número grandioso de processos pode estar concentrado em uma fatia específica da população, enquanto a maior parte desconhece por completo a existência da justiça estatal, a não ser quando é compelida a usá-la, como acontece, por exemplo, em questões criminais (Sadek:2004), ou seja, para a imensa maioria da população o acesso ao judiciário é conhecido em sua face coercitiva do direito penal, sendo que também neste segmento, a maioria se encontra na condição de ré.

Esta desproporção constituiria a causa central da crise do judiciário em sua dimensão interna, ou seja, em seu papel de órgão que permite o acesso dos cidadãos à justiça, posto que não há como interpretar os dados dessa crise sem considerar o viés sociológico.

Como foi mencionado, outro motivo de entrave à realização da justiça é que se entende comumente o acesso à justiça como o acesso ao judiciário. O monopólio da jurisdição estatal fica então identificado como sendo “o” meio de tentativa de pacificação social ou manutenção da ordem, via mecanismos de controle social. E não por mecanismos de controle popular de resolução de seus próprios conflitos.

Se, como dissemos, na contramão desse monopólio, esboçam-se práticas envolvendo métodos alternativos de resolução de conflitos, de que maneira estes procedimentos alternativos podem organizar (no sentido gramsciano) as partes em conflito em seu sentido estatal contra-hegemônico?

Como vimos, do ponto de vista de suas relações externas com a sociedade e o Estado, as práticas alternativas tanto podem ser sob analisadas sob o prisma das microteorias e, portanto, estar circunscritas às ações tópicas de minimização das tensões sociais, como ser inseridas no escopo das macroteorias da sociedade, que podem estabelecer os parâmetros para que se tornem ferramentas úteis para as estratégias mais amplas.

Por outro lado, as vias alternativas de acesso à justiça e não ao judiciário poderiam representar um ganho no sentido de ser, além do acesso de excluídos à cidadania, um meio para que os seres que vivem a subalternidade se apoderem de uma reflexividade que lhes permita transformar suas condições de vida. Neste sentido, consideramos a possibilidade real de que ações tópicas de minimização das tensões sociais podem ter como conseqüências desejadas uma maior democratização da sociedade, no sentido do poder de desenvolvimento (Macpherson) ou seja, a mediação é um instrumento que pode ultrapassar as limitações de seu funcionamento no contexto de uma sociedade e de um estado liberal e pode se constituir em instrumento que amplie as condições de participação das classes subalternas.

Gramsci pensava fundamentalmente no partido e na escola, locais de formação de uma contra-hegemonia operária como os contextos institucionais favorecedores de tal desenvolvimento. O importante em sua visão, contudo, e pensando nas mudanças que destituíram de importância aquelas instituições, era que a construção de uma sociedade

emancipada exigia a sua experimentação cotidiana através da participação democrática. Seu conceito expandido de intelectual, assim o de sociedade civil estatal, nos dão a medida dessa experimentação.

Evidencia-se como necessária, portanto, uma etapa prévia ao *empoderamento* dos indivíduos, que é o estímulo para o diálogo e para o desenvolvimento de instâncias comunicativas, ou seja, a constituição de uma esfera pública dialógica e uma sociedade civil em seu sentido político-estatal.

Que se robusteçam práticas sociais fundadas no diálogo e em busca de um consenso; ou seja, a maior participação da sociedade, e uma articulação entre a sociedade e o Estado.

Sendo assim, torna-se necessário que se promovam oportunidades para o desenvolvimento destas habilidades necessárias à articulação, a instância comunicativa e aos diálogos colaborativos.

Estudos têm demonstrado que ao debruçar-se sobre os princípios e ensinamentos da prática da mediação, aqueles que conseguem mudar da lógica adversarial para a lógica colaborativa da mediação, necessariamente tornam-se vinculados à cultura da paz por meio da internalização de procedimentos, conceitos e posturas fomentadoras de uma atitude harmônica, tanto interna quanto externa, nas práticas cotidianas de convivência.

Técnicas e conceitos inerentes a mediação remetem a norteadores de conduta lastreados na construção da cidadania, visto que a mediação do conflito funda-se no respeito às normas vigentes em cada contexto e às autoridades democraticamente constituídas e, sobretudo, no direito do outro de expressar-se, de pensar e ser diferente, ampliando-se as habilidades de comunicação (competência comunicativa) e de negociação, além da compreensão de percepções das interações sistêmicas e da interdependência de cada um em relação ao contexto no qual está inserido.

A mediação privilegia a sustentabilidade dos diálogos mesmo nas situações de divergência ou de conflito, o que passa pelo aprimoramento da competência social propiciado por habilidades para o diálogo sustentável. Indivíduos socialmente mais competentes e afeitos ao diálogo interferem no exercício consciente da cidadania estendendo o raio de suas ações para além dos contextos dos quais participam diretamente. Nesse

sentido, a mediação se coloca como um agente de melhoria na qualidade de vida dos indivíduos e dos contextos sociais.

A sociologia e a ciência política mais recente aposta na capacidade da sociedade civil organizada segundo princípios não mercantis de democratizar o Estado.

Torna-se necessário, portanto, avaliar as políticas públicas e na mediação como alternativa para solução de conflitos como reflexo da vontade política neste sentido. Implantar a mediação em um país como o nosso, de cultura adversarial, ou seja, de uma cultura anti-democrática que joga todo peso da resolução de conflitos em um estado entendido como terceiro neutro, passa por quebra de paradigmas.

Boaventura de Sousa Santos arrola três fatores como responsáveis pela distância entre a massa de cidadãos e a justiça: "os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico; (...) mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes mais baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal; (...) quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contratar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais." (SANTOS, 1989, p. 49)

Nesse sentido, este projeto afina-se com a idéia de consenso gramsciana, obtida no seio da própria sociedade e não por coerção. Os conflitos sociais, pressupondo-se o nicho social em que se desenvolvem, se resolveriam através da adesão ao projeto de hegemonia de determinados grupos e movimentos sociais, não se descartando a participação articulada dos atores políticos tradicionais, como partidos e sindicatos.

Hoje, com o ingresso de novos atores na cena política, o projeto socialista a partir de uma sociabilidade criada segundo os moldes norte-americanos individualistas, precisa lidar com a questão da fragmentação dos novos movimentos. A, assim, a mediação pode ser entendida como ponto de inflexão entre práticas fragmentadoras e aglutinadoras, e como

prática necessária à consolidação de uma cultura política democrática que não abandone o princípio do *telos* da ação política.

## BIBLIOGRAFIA

Dahrendorf , Ralf. *O Conflito Social Moderno - um Ensaio Sobre a Política da Liberdade*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1992.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

\_\_\_\_\_. *A transformação da intimidade: amor & erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora Unesp, 1993.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira , 1991.

HELD, D. *Models of Democracy*. Cambridge, Polity, 1996.

MACPHERSON, C.B. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo – de Hobbes a Locke*. São Paulo: Paz e Terra, 1979.

PASSOS, Célia. Maria Oliveira. *Prática da Mediação na Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*, UFF/Programa de Pós-Graduação em Sociologia e direito, Nierói, 2008. (Dissertação de Mestrado).

RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1971.

RIFIOTIS, Theophilos. *As delegacias especiais de proteção à mulher no Brasil e a «judicialização» dos conflitos conjugais*. Soc. estado. , Brasília, v. 19, n. 1, 2004 .

Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922004000100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922004000100005&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 22 Set 2008. doi: 10.1590/S0102-69922004000100005.

SANTOS, Boaventura. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Porto: Afrontamento, 1989.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opin. Publica*, Campinas, v. 10, n. 1, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762004000100002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762004000100002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 22 Set 2008. doi: 10.1590/S0104-62762004000100002

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TAYLOR, C. *Liberalism and the moral Life*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.

\_\_\_\_\_. *Hegel e a Sociedade Moderna*. Belo Horizonte, Loyola, 2005.