

Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno



AUTORIA DE:
Ana Carolina Ghisleni
Fabiana Marion Spengler



Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno





Reitor

Vilmar Thomé

Vice-Reitor

Eltor Breunig

Pró-Reitora de Graduação

Carmen Lúcia de Lima Helfer

Pró-Reitor de Pesquisa

e Pós-Graduação

Rogério Leandro Lima da Silveira

Pró-Reitor de Administração

Jaime Laufer

Pró-Reitor de Planejamento
e Desenvolvimento Institucional

João Pedro Schmidt

Pró-Reitora de Extensão

e Relações Comunitárias

Ana Luisa Teixeira de Menezes

EDITORA DA UNISC

Editora

Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

Helga Haas - Presidente

Rogério Leandro Lima da Silveira

Ademir Müller

Cristina Luisa Eick

Eunice Terezinha Piazza Gai

Mônica Elisa Dias Pons

Sérgio Schaefer

Valter de Almeida Freitas



Avenida Independência, 2293
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462 - Fax: (051) 3717-7402
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS
E-mail: editora@unisc.br - www.unisc.br/edunisc



Ana Carolina Ghisleni
Fabiana Marion Spengler

Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno



Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2011

© Copyright: *Das autoras*
1ª edição 2011

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Editoração: Clarice Agnes, Julio Mello
Capa: Denis Ricardo Puhl (Assessoria de comunicação e marketing)
Revisão do português pelas autoras.

G426m Ghisleni, Ana Carolina

Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal [recurso eletrônico]
/ Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler - Santa Cruz do Sul :
EDUNISC, 2011.

Dados eletrônicos.

Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: www.unisc.br/edunisc

1. Direito - Filosofia. 2. Fraternidade. 3. Mediação. 4. Direitos
fundamentais.

I. Spengler, Fabiana Marion. II. Título.

CDD: 340.1

Bibliotecária: Luciana Mota Abrão CRB10/2053

ISBN 978-85-7578-325-2



SUMÁRIO

1	PREFÁCIO	6
	<i>Doglas Cesar Lucas</i>	
1	INTRODUÇÃO	8
2	PODER E DOMINAÇÃO DO ESTADO	12
	2.1 O modelo contratualista	12
	2.2 A autoridade estatal	16
	2.3 A Jurisdição	21
3	DIREITO FRATERNO	24
	3.1 A lei da amizade.....	26
	3.2 Da inimizade às guerras.....	30
	3.3 Códigos fraternos.....	36
4	CONFLITO E SEU TRATAMENTO	40
	4.1 A sociedade e os conflitos	40
	4.2 Mediação.....	47
	4.2.1 O mediador	49
5	TÉCNICAS E PROCEDIMENTOS DE MEDIAÇÃO	56
	5.1 O <i>rapport</i>	56
	5.2 A técnica do resumo	56
	5.3 Paráfrase	58
	5.4 A arte de perguntar	60
	5.5 Identificação de questões, interesses e sentimentos.....	63
	5.6 Validação de sentimentos	65
	5.7 Resolução de questões.....	66
	5.8 Despolarização do conflito	67
	5.9 Afago	67
	5.10 Silêncio	68
	5.11 Inversão de papéis	68
	5.12 Escuta ativa	68
	5.13 Identificação/geração de opções(<i>brainstorming</i>)	70
	5.14 Estágios da mediação.....	70
	REFERÊNCIAS	84



PREFÁCIO

MEDIAÇÃO: UMA FORMA DE PROMOVER ENCONTROS, COMPROMISSOS E RESPONSABILIDADES COM O “OUTRO”

Invariavelmente as formas modernas e standartizadoras de se dizer o direito escondem os rostos, valorizam conceitos abstratos que impendem a visibilidade histórica das demandas e contribuem para velar as diferenças simbólicas que permeiam todo e qualquer tipo de conflito social. A dogmática jurídica tradicional castra os sentidos, reduz acessos e diminui a possibilidade de se compreender a complexidade residente nos litígios. O processo moderno é pautado pela lógica da distribuição de bens jurídicos entre seus litigantes. No jogo processual tradicional sempre há vencedores e perdedores; há decisão; há intervenção quase sempre arbitrária. Justamente por desconsiderar a historicidade dos atores em conflito o processo desumaniza e não se apropria das sutilezas e das complexidades que os sujeitos querem ver reconhecidas e protegidas pelo direito. A distribuição de direitos e garantias é sem dúvida uma conquista; precisamos substancializar este avanço com o incremento de um modelo processual que reconheça o complexo debate entre igualdades e diferenças que constituem qualquer tipo de conflito.

Se as formas tradicionais de Jurisdição tendem a afastar a complexidade e a negar a diferença que envolve os conflitos identitários, a mediação, por sua vez, poderá ser uma forma de descortinar novos rostos, de desvelá-los e permitir o vir à tona das diferenças por intermédio do diálogo. Por certo que a mediação não é a tábua de salvação do direito e nem deveria sê-lo, mas pode inaugurar novos olhares sobre o conflito e novas formas de senti-lo. A mediação não pretende acabar com o conflito. Isto seria impossível e mesmo indesejado sob o ponto de vista social. Afinal, conflitos movem estruturas, constituem matéria prima da evolução e da reforma. Trata de vê-lo, entretanto, como condição mesma de vivências humanas em disputa, como realidade que se choca e que encontra nas diferenças divergentes a essência de identidades que precisam uma da outra para ser o que realmente são.

A mediação exige um estatuo ético de subjetividade que não se esgota na iniciativa do sujeito em direção ao outro, na postura de uma moralidade ou normatividade imperativa baseada numa situação de predomínio ou zona de conforto de identidades, pois nessas condições solipsistas o sujeito não se desprende de si mesmo e permanece na posição central da realidade e do conflito, tornando impossibilitada a formação de laços de alteridade e reduzindo a compreensão da complexidade do eu semelhante à sua própria identidade. Para que a mediação se instale como um processo de diálogo inovador é indispensável que o sujeito seja afetado pelo outro, que receba o outro em si mesmo numa relação que promova encontros entre “eus’ diferentes que se reconhecem numa



dimensão ética de responsabilidade de “um-para-o-outro”¹ e não de um em direção ao outro. Um apelo ético ao outro se faz necessário.

O livro da Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler constitui-se num trabalho importante para aqueles que querem compreender as fragilidades da Jurisdição e a mediação como forma alternativa de solução de conflitos. Visivelmente afastado dos ranços positivistas que dominam a maior parte da produção jurídica brasileira, o presente livro tem a especial virtude de apresentar didaticamente a fraternidade e a amizade como elementos essenciais para a formação de um tipo de compromisso que gera responsabilidades entre as partes dispostas a mediar. Influenciado diretamente pela obra do professor italiano Eligio Resta, o texto reclama um estatuto de tratamento de conflitos baseado em um novo tipo de reconhecimento entre as partes e um novo tipo de reponsabilidade entre elas, que não pode ser alcançado pelo direito centrado na intervenção arbitrária e violenta, mas somente pela adoção de um direito fraterno, de um direito que promova reencontros e compromissos mútuos.

A professora Fabiana Spengler tem se constituído numa autoridade nacional sobre a temática da mediação. Seus trabalhos ultrapassam as disposições dogmáticas que tradicionalmente povoam o debate e apostam na busca dos fundamentos para a afirmação da prática mediativa como forma legítima de resposta ao tratamento dos conflitos. Iniciando sua carreira acadêmica, Ana Ghisleni, de quem a Fabiana foi professora e orientadora no Mestrado em Direito da UNISC, demonstra com este livro que possui muita qualidade teórica, um olhar sofisticado sobre o direito e um futuro promissor.

Recebi com carinho o convite para prefaciar o presente livro, deferência que acredito decorra mais da amizade que me liga a professora Fabiana do que propriamente dos meus conhecimentos sobre a matéria que permeia a obra. De fato, a amizade tem um efeito revolucionário; é capaz de aproximar sem cobranças, de unir diferenças, de promover encontros e gerar compromissos silenciosos construídos pela escuta mútua. Precisamos transpor para o direito essa força transformadora que a amizade e a fraternidade desempenham no cotidiano do homem comum; precisamos aprender que os laços de amizade e de fraternidade que comprometem e responsabilizam os amigos podem ser potentes na definição de reciprocidades no âmbito de práticas alternativas de solução de conflitos, como é o caso da mediação. Enfim, tem razão o poeta e político Francês Alphonse de Lamartine quando disse que "O egoísmo e o ódio têm uma só pátria. A fraternidade não a tem". Mediar, pois, é romper com a bruteza da ação e aproximar expectativas; é desamar e potencializar a palavra; é falar e escutar; é enfim, poder ver no outro aquilo que sou.

Ijuí, 22 de agosto de 2011
Professor Doutor Douglas Cesar Lucas
Professor da UNIJUI e do IESA

¹ Ver, a respeito, LÈVINAS, Emmanuel. *Entre Nós*. Ensaios sobre a alteridade. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.



1 INTRODUÇÃO

Atualmente é possível questionar sobre a importância e até mesmo sobre a necessidade de falar em fraternidade. Mais, a capacidade de relacionar fraternidade à teoria e a prática da política também se perdeu. Na verdade, estudar as relações entre fraternidade e política nunca foi considerado um tema atrativo. A liberdade e a igualdade aparecem com frequência nesse debate, mas a fraternidade sempre resta esquecida.

A Revolução Francesa e seus partícipes, que produziram a tríade “liberdade, igualdade e fraternidade” – princípios universais de caráter político -, aos poucos expurgaram a fraternidade de seu contexto voltando os olhos somente para as duas primeiras. É nesse sentido que a fraternidade passou a ser encarada como “a parente pobre, a prima do interior”², assumindo aos poucos outras conotações³: religiosa, consanguínea, ou então na forma de “ligações sectárias, no âmbito de organizações secretas, ou que colocam níveis de segredo ao lado de outros de caráter público – como a maçonaria – e que buscam fortalecer sua própria rede de poder econômico e político”.⁴

Ao abordar o tema da amizade como cimento social possibilitador de um tratamento adequado aos conflitos, Eligio Resta⁵ faz referência ao do direito fraterno, mencionando que “a fraternidade possui um sentido vagamente anacrônico”, uma vez que nos reporta ao cenário da revolução iluminista. No entanto, não é com essa conotação que se pretende aqui abordar o direito fraterno, (também não foi assim que o autor conduziu o seu texto) uma vez que, dito daquela forma, a fraternidade “deixava entrever muitas coisas, mas continuava no estado de aceno silencioso”. Desse modo, “confirmava antes de tudo o jogo da pertença dos indivíduos, de mulheres e homens de carne e osso, ao território de nascimento...”. Consequentemente, “ligava separando, incluía excluindo: o sentimento de fraternidade na direção de outras nações, do povo de uma nação, ao povo de outras nações.” Assim abria o cenário do cosmopolitismo para fechá-lo imediatamente dentro do recinto de pertencimento nacional.⁶ Por isso o anacronismo da fraternidade pode ser traduzido como um

² RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Laterza: Roma, 2005 (introduzione), p. IX.

³ Tal afirmativa é apenas ilustrativa uma vez que o presente estudo não tem por objetivo investigar profundamente a fraternidade no contexto cristão/familiar/associativo.

⁴ BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido*. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 20.

⁵ RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004, p. 9.

⁶ Nesse ponto o autor salienta: “Il diritto fraterno sembrerebbe aver trovato la sua istituzionalizzazione formale nella grande codificazione di fine secolo, dapprima con le Dichiarazione universali e poi con um vero e proprio processo di costituzionalizzazione che si apre com questa affermazione dell’ugualianza di fronte alla lege. Ma già nella netta separazione tra l’ugualianza e la fraternità riemerge il problema dell’universalismo; la fraternità è il critério direttivo, la nuova regola, dei rapporti com gli altri Stati e com gli altri cittadini. Essa indica uma scelta di solidarietà cosmopolitica Che non solo non contesta, ma addirittura presuppone i confini statuali, ‘sovrani’, sulla base di território. L’ugualianza, al contrario, proprio perchè supportata da uma legge Che nasce dal nuovo patto della



contratempo, na exata acepção de “andar contra o tempo”, no sentido de remar contra a corrente ou quem sabe interromper a linearidade que vai do início ao fim.

Seguindo as palavras de Eligio Resta⁷, objetiva-se aqui tratar da fraternidade e, conseqüentemente, do direito fraterno como aquele que abandona as fronteiras fechadas da cidadania, respeitando os direitos humanos e que, ao retornar ao binômio constituído de direito e fraternidade, “recoloca em jogo um modelo de regra da comunidade política: modelo não vencedor, mas possível”.⁸ Dessa forma, o autor propõe o retorno a um “modelo convencional de direito, ‘jurado conjuntamente’ entre irmãos e não imposto, como se diz, pelo ‘pai senhor da guerra’. Jurado conjuntamente, mas não produzido em ‘conluio’. Por isso é decisivamente não violento – isto é, capaz de não apropriar-se daquela violência que diz querer combater”.⁹

Nesse sentido o presente texto se fundamenta no Direito Fraterno como fomentador de políticas públicas gestoras da mediação de conflitos, esta última como forma alternativa de tratamento dos mesmos. A escolha do tema ocorreu justamente em razão da necessidade de se apresentar uma nova opção para a solução dos conflitos, desvinculando-se das decisões impostas pelo Estado, já que este não mais consegue tratá-los de forma adequada em razão das crises que enfrenta.

O debate proposto envolve o estudo de um conjunto de conhecimentos, desde o surgimento do Estado, sua evolução e crises, até a origem da sociedade e suas modificações, passando pelas diferentes maneiras de resolução dos litígios. Porém, tendo em vista a abrangência dos assuntos, será feita uma abordagem ampla e geral, privilegiando as questões mais importantes, especialmente os fundamentos fraternos da mediação.

Através da análise da proposta fraterna, suas origens e resultantes, deseja-se apresentar suas conseqüências positivas no tratamento de conflitos sociais, apontando seu embasamento teórico, os motivos que contribuíram para o surgimento de uma sociedade violenta e conflitiva, bem como os benefícios gerados com a solução pacífica e harmônica das lides. Para tanto, a metodologia utilizada foi a hermenêutica e histórico-crítica através da coleta de informações a partir de uma

sovranità, è una dimensione esclusiva de cittadini. Gli uguali Che giurano il diritto fraterno devono già riconoscersi in una comunità política di altro genere. O Direito Fraterno parecerá ter encontrado sua codificação do fim do século primeiro com a declaração universal e depois com um verdadeiro e próprio processo de constitucionalização que se abre com esta afirmação de igualdade perante a lei. Mas já na separação entre igualdade e fraternidade emerge o problema do universalismo, a fraternidade é o critério diretivo, a nova lei, das relações com os outros Estados, e com os outros cidadãos. Essa indica uma escolha de solidariedade cosmopolítica que não só não contesta, mas fracamente pressupõe os confins estaduais, sobre a base do território. A igualdade, ao contrário, porque baseada em uma lei que nasce do novo pacto da soberania é uma dimensão exclusiva dos cidadãos. Os iguais que juraram o direito fraterno devem já reconhecer-se em uma comunidade política de outro gênero. (RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996.)

⁷ RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004, p. 15. Ver também: RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

⁸ Sobre o assunto é importante a leitura de DERRIDA, Jacques. *Políticas da Amizade*. Tradução de Fernanda Bernardo. Porto, Campo das Letras: 2003.

⁹ RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004, p. 15. Ver também: RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.



pesquisa feita com os ensinamentos de doutrinadores jurídicos e aplicadores do direito, por meio de seus posicionamentos e divergências.

A mediação, enquanto alternativa fraterna de tratamento dos conflitos, pressupõe uma convivência baseada na cidadania, direitos humanos, jurisdição mínima, consenso, direito compartilhado e mediação. É um modelo realmente democrático e não violento que aposta no bem comum.

A estrutura do trabalho compreende a exposição da matéria em quatro capítulos, através de pesquisa bibliográfica com diversos autores. No primeiro, estuda-se a visão positiva do surgimento do Estado, baseada no modelo contratualista, a qual prevê a necessidade da criação de um pacto social entre os indivíduos e um representante dotado de poder, capaz de defendê-los e protegê-los. O contrato social cria, portanto, a autoridade soberana estatal e a sociedade.

O poder jurisdicional do Estado, no entanto, está passando por várias crises em razão da complexidade das relações sociais e seus conflitos, que resultam na insuficiência e ineficiência de seus instrumentos. Essa forma de solução das lides baseada na função estatal, através do juiz, não é considerada democrática, tendo em vista que é apenas a aplicação das leis positivadas sem a ocorrência da transformação social necessária entre as partes. Os conflitos remetidos ao Judiciário possuem mecanismos complexos e dependem de muitos fatores que não estão regulamentados.

No segundo capítulo são expostos os fundamentos principais de uma sociedade fraterna, baseada na amizade e solidariedade, na qual as partes decidem em consenso as próprias lides. Abandona-se, neste caso, a ideia do vencedor ou perdedor (procedência ou improcedência), a qual é substituída por uma decisão conjunta e harmoniosa entre elas, através da abertura de novos caminhos e da reinvenção quotidiana. Não se trata de negação da figura do Estado, até mesmo porque não se exclui a opção da via jurisdicional.

O terceiro capítulo analisa a sociedade, seus conflitos e as formas de tratá-los, visto que ela passa por muitas mudanças que, por sua vez, também modificam seus conflitos, tornando-os mais violentos e complexos. A contrapartida para seu tratamento é a utilização de mecanismos extrajudiciais, que traz resultados mais adequados aos litigantes. Nesse caso, a melhor sugestão é a utilização da mediação, haja vista as vantagens e benefícios trazidos aos demandantes.

Já o último capítulo expõe, de forma prática, as técnicas e as etapas de uma sessão de mediação apontando as habilidades que deve possuir/desenvolver o mediador para evitar a realização de uma mediação intuitiva. O objetivo desse capítulo é alcançar ferramentas ao mediador para que proceda numa mediação técnica, mais eficiente e mais produtiva.

As formas alternativas de resolução de litígios são cada vez mais utilizadas em razão da necessidade de soluções mais céleres e eficientes, ao contrário do processo judicial, que é lento e custoso. De todas essas práticas de tratamento de controvérsias, a mediação se destaca das demais justamente porque seu local de atuação é a sociedade, sendo sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos, e sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos.



Deste modo, pretende-se comprovar os benefícios trazidos pelo Direito Fraterno, já que o Poder Judiciário apenas resolve a lide, mas não consegue solucionar o real problema social e evitar novas contendas. Pretende, também, colaborar com as discussões profissionais e acadêmicas sobre o tema, apostando em uma sociedade fraterna e solidária.



2 PODER E DOMINAÇÃO DO ESTADO

O Direito Fraterno tem suas origens na Revolução Francesa, juntamente aos ideais de liberdade e igualdade. A ideia de fraternidade está diretamente ligada à vida em sociedade, à cidadania entre os homens e aos direitos humanos. Na verdade, continua bem próxima dos ideais iluministas, pois não há hierarquia que os diferencie: todos os homens são iguais, livres e deveriam viver em harmonia fraterna.

Para se entender melhor esta proposta, necessário se faz discorrer acerca dos motivos que contribuíram para sua elaboração, dentre eles a origem do Estado, a crise jurisdicional, os conflitos sociais, e outros elencados a seguir.

2.1 O modelo contratualista

Existem duas visões acerca do surgimento do Estado, uma positiva e outra negativa. A primeira vê o Estado como uma criação artificial da razão humana, sendo que o fim do estado de natureza através do consenso entre os homens faz surgir o Estado; já a segunda, entende que o Estado é produto da sociedade, pois, ao chegar a determinada fase de seu desenvolvimento e frente às incompatibilidades inconciliáveis de classe, é necessário um poder para manter a ordem e abrandar os conflitos.¹⁰

Além disso, diversas doutrinas definem a origem estatal; neste caso, será analisada a teoria contratualista, que identifica o Estado como produto do pacto social constituído pela livre vontade e pelo consenso. Porém, existem muitas outras, como por exemplo: doutrina teológica (Estado é criação divina e seus governantes são representantes de Deus), familiar/patriarcal (a família é a base primária e formadora do Estado), força e violência (Estado é resultado de lutas e guerras, prevalecendo a imposição dos grupos mais fortes) e econômica (vinculação do Estado a um modo de produção econômico e relações sociais de classe).

O modelo contratualista¹¹ aponta para a visão positiva acerca da criação do Estado e possui três principais autores: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Para eles o contrato social é a ponte entre o Estado de Natureza e o Estado Civil.

¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

¹¹ Conforme Norberto Bobbio (1999, p. 272) o contratualismo é definido por meio das “teorias políticas que veem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, *Governo*, *soberania*, *Estado*) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político.” Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do século XVIII.



Para Lenio Luiz Streck¹² o “estado de natureza se apresenta como contraface do estado civil”, ou seja, “se não estivermos no interior da sociedade política, caímos no estado de natureza”. Esse seria o estágio pré-político e social do homem.

Cada um dos contratualistas mencionados anteriormente vê o estado de natureza de forma diferente, como será mostrado a seguir; da mesma forma em relação à definição de contrato social e estado civil.

Para Hobbes, o estado de natureza é um ambiente de disputas e domínio dos mais fortes sobre os mais fracos, onde há insegurança e desejo de poder. Isto é, nesta fase os homens são comparados a animais; o homem é o lobo do próprio homem. Portanto, para impedir a destruição de uns aos outros, surge a necessidade de estabelecerem um acordo, que seria o contrato social. Este pacto constituiria um Estado que Hobbes considera absoluto, capaz de impedir a disputa de todos contra todos. Desta forma, o contrato passa a permitir a vida em sociedade¹³.

De certa forma, Hobbes¹⁴ acaba recontando a burguesia e a formação do mercado, visto que descreve os homens de sua própria época. Ademais, o contrato tem a finalidade de conservação da vida em sociedade e seu conforto, terminando com o estado de guerra permanente. O autor refere, ainda, que as leis da natureza auxiliam no cumprimento de pactos,

porque as Leis da Natureza (tais como *Justiça, Equidade, Modéstia, Piedade*, que determinam que *façamos aos outros o que queremos que nos façam*), são contrárias às nossas Paixões naturais, que nos inclinam para Parcialidade, Orgulho, Vingança e outras, se não houver o Temor de algum Poder que obrigue a respeitá-las. Sem a espada, os Pactos não passam de palavras sem força que não dão a mínima segurança a ninguém. Assim, apesar das Leis da Natureza (que cada qual respeita quando tem vontade e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um Poder considerável para garantir nossa segurança, o homem, para proteger-se dos outros, confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade. Roubar e espoliar uns aos outros sempre foi uma ocupação legítima, que não era considerada contrária à Lei da Natureza, em locais em que as pequenas Famílias se agrupavam, e quanto maior era a espoliação conseguida maior era a honra adquirida.¹⁵

Ainda, o contratualista Hobbes¹⁶ compara o Estado ao Leviatã, vez que este, através de seu poder de impor sanções, tinha o dever de buscar a paz; para isso, a humanidade firmou com ele um pacto. Ou seja, objetivando o fim da guerra de todos

¹² STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32.

¹³ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções do Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 16. ed. Porto Alegre: L&PM, 2001.

¹⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

¹⁵ *Ibidem*, p. 123.

¹⁶ *Ibidem*.



contra todos, trocam seus direitos e possibilidades em razão de receberem segurança e proteção.

Deste modo, “o Estado é caracterizado como o Leviatã na obra de Hobbes, que o designa como ‘deus mortal’, porque a ele – por debaixo do Deus imortal – devemos a paz e a defesa de nossa vida.” Esta dupla denominação resulta fortemente significativa: “o Estado absolutista que Hobbes edificou é, em realidade, metade monstro e metade deus mortal.”¹⁷

É necessária, portanto, a criação de um pacto, no qual todos os homens designariam um representante capaz de defender o povo, através da instituição de um poder comum.¹⁸

Isso equivale a dizer que, designar um Homem ou uma Assembleia de homens para representá-los, considerando e reconhecendo cada um como Autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar, em tudo que se refere à Paz e Segurança Comuns, submete, assim, suas Vontades à Vontade do representante, e seus Julgamentos a seu Julgamento. Significa muito mais que Consentimento ou Concórdia, pois é uma Unidade real de todos, numa só e mesma Pessoa, através de um Pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse a cada homem: *Autorizo e desisto do Direito de Governar a mim mesmo a este Homem, ou a esta Assembleia de homens, com a condição de que desistas também de teu Direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações.* Dessa forma, a Multidão assim unida numa só Pessoa, passa a chamar-se Estado, em latim, CIVITAS. Esta, a geração do grande LEVIATÃ, ou antes (para usarmos termos mais reverentes) daquele *Deus Mortal* a quem devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa. Em virtude da Autoridade que cada indivíduo dá ao Estado, de usar todo o Poder e Força, pelo temor que inspira é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a Paz em seu próprio país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros.¹⁹

John Locke, por sua vez, via o estado de natureza dominado por uma “paz relativa” e pela liberdade. Porém, a razão – um dos elementos predominantes – exigia certos limites a essa liberdade, a fim de poder assegurar a propriedade. Portanto, para garantir a propriedade e sua segurança, se estabelece o contrato social, que, por sua vez, cria o Estado e igualmente a sociedade. Diferentemente de Hobbes, neste caso o Estado ou o governo precisam respeitar o contrato, caso contrário, este poderá ser desfeito como qualquer acordo. Por isso, conforme a visão de Locke, deve haver alguma garantia por parte do governo em relação a determinadas liberdades, por exemplo, política²⁰.

Observa-se que John Locke defendia o liberalismo, tendo em vista que o Estado é soberano e sua autoridade vem do contrato que o criou, bem como a ligação entre a

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33-34.

¹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

¹⁹ *Ibidem*, p. 126.

²⁰ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções do Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 16. ed. Porto Alegre: L&PM, 2001.



ideia de propriedade e liberdade. Consequentemente, defendia também a ideia da burguesia²¹.

O contratualista Jean-Jacques Rousseau define o estado de natureza como um estado de felicidade, satisfação e virtudes. Além disso, o homem é possuidor de condições naturais, tais como liberdade e igualdade, muito importantes para a constituição da sociedade. Entretanto, para Rousseau, apenas a sociedade nasce a partir de um contrato, distintamente de Locke, relacionando-se à personalidade dos indivíduos. Os males existentes provêm da propriedade, mas ao mesmo tempo não propõe meios para abolir a mesma. Fala também nos ideais da democracia, mesmo sabendo das dificuldades do homem em ceder sua soberania e liberdade²².

Rousseau²³ afirma que chega um momento em que os obstáculos que ameaçam a conservação do estado de natureza se tornam maiores do que as forças individuais dos homens que tentam se manter nele. Deste modo, ficam obrigados a unir as forças existentes, como única forma de refrear a resistência. A maior dificuldade, assim, é

encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça senão a si mesmo. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece. As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito, de modo que, embora talvez jamais enunciadas de maneira formal, são as mesmas e toda a parte, e tacitamente mantidas e reconhecidas em todos os lugares, até quando, violando-se o pacto social, cada um volta a seus primeiros direitos e retoma sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela. [...] Cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e maior força para conservar o que se tem. Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”.²⁴

Para Montesquieu²⁵, “no estado de natureza, os homens nascem realmente na igualdade; mas não poderiam nela permanecer. A sociedade faz com que a percam, e eles só voltam a ser iguais graças às leis.”

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005.

²⁴ Ibidem, p. 71.

²⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 123.



Segundo Rousseau²⁶ a passagem do estado de natureza para o civil causa transformações no homem; a principal delas é a utilização da razão em lugar do simples atendimento de seus desejos e vontades, pois a passagem do estado de natureza para o estado civil determina no homem uma mudança muito notável, substituindo, na sua conduta, o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava. E só então que, tomando a voz do dever o lugar do impulso físico, o homem, até aí levando em consideração apenas sua pessoa, vê-se forçado a agir baseando-se em outros princípios e a consultar a razão antes de ouvir suas inclinações. Embora nesse estado se prive de muitas vantagens que frui da natureza, ganha outras de igual monta: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas ideias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem frequentemente a uma condição inferior àquela donde saiu, deveria sem cessar bendizer o instante feliz que dela o arrancou para sempre e fez, de um animal estúpido e limitado, um ser inteligente e um homem. A fim de não fazer um julgamento errado dessas compensações, impõe-se distinguir entre a liberdade natural, que só conhece limites nas forças do indivíduo, e a liberdade civil, que se limita pela vontade geral, e, mais, distinguir a posse, que não é senão o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode fundar-se num título positivo.

Assim, assentado sob um modelo contratualista, o Estado se mune de legitimidade e autoridade para fazer valer suas regras e oferecer ao cidadão segurança em troca de uma parcela considerável de sua liberdade. Essa autoridade estatal exercida por um soberano munido de poderes concedidos pelo povo é o que se debate no item a seguir.

2.2 A autoridade estatal

O Estado vem conceituado em Hobbes²⁷ como uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande Multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como Autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, de maneira que achar conveniente, para assegurar a Paz e a Defesa Comum. O titular dessa pessoa chama-se SOBERANO e se diz que possui *Poder Soberano*. Todos os restantes são SÚDITOS.

Já Hans Kelsen²⁸ afirma que “o Estado é definido como um relacionamento em que alguns comandam e governam, e outros obedecem e são governados”.

Para Rousseau²⁹, a soberania ou poder soberano emanado do Estado é inalienável e indivisível, visto que a força estatal nada mais é do que a vontade geral do povo. A soberania, “não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode

²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005, p. 77.

²⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000, p. 126.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 269.

²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005, p. 86.



alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo.” Assim, o “poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade. [...] A soberania é indivisível pela mesma razão que é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte.”

Deste modo, tal poder soberano do Estado de governar, legislar e decidir, além de reger as relações sociais, é instituído mediante o consentimento dos súditos. Estes, por sua vez, não podem renunciar ao pacto estabelecido e conseqüentemente ao soberano, muito menos sem sua licença, pois cada um é considerado autor de tudo o que o soberano fizer. Cada súdito transferiu seu poder a apenas um soberano, e, se aquele o depuser, estará desconstituindo a si próprio.³⁰

Hobbes³¹ exemplifica a circunstância mencionada ao apresentar a seguinte situação: “Se aquele que tentar depor seu soberano, é morto ou castigado por ele devido a essa tentativa, pode considerar-se como Autor de seu próprio castigo já que é, por Instituição, de tudo o que seu Soberano fizer.”

Já para José Luis Bolzan de Moraes³² a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível. Porém, embora a soberania permaneça adstrita à ideia de insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado, deve-se atentar para as novas realidades que impõem à mesma uma série de matizes, transformando-a por vezes.

A soberania, portanto, é o principal elemento que caracteriza o Estado; sem ela, ele não se estrutura. “A soberania é a Alma do Estado e, uma vez separada do corpo, tira o movimento dos membros.”³³

Nessa mesma linha de raciocínio, a dominação é exercida enquanto houver uma pessoa que manda eficazmente em outras, não necessariamente com a existência de um quadro administrativo ou associação, esta última denominada associação política quando houver ameaça e coação física para garantia da ordem. A possibilidade de exercer poder ou influência exige autoridade soberana que se baseie nos motivos da submissão, podendo existir, por outro lado, a vontade de obedecer. A dominação é dirigida a uma pluralidade e requer um quadro de pessoas, isto é, há a “probabilidade confiável de que haja uma ação dirigida especialmente à execução de disposições gerais e ordens concretas, por parte de pessoas identificáveis com cuja obediência se pode contar”.³⁴

³⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

³¹ *Ibidem*, p. 128.

³² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 30.

³³ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000, p. 161.

³⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 139.



Da mesma forma em que Estado e soberano não são a mesma coisa, governo e Estado também não se confundem. Governo³⁵ é “um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política”.³⁶

Através do governo é que emanam forças formadoras do poder soberano e do Estado. A diferença entre esses dois corpos é que o Estado existe por si mesmo, e o governo não existe, senão pelo soberano.³⁷

O tipo de dominação exercida é definido pela natureza de seus motivos, no entanto nenhuma dominação se contenta com motivos puramente materiais, afetivos ou racionais como possibilidade de sua persistência. Procuram sim conservar a crença em sua legitimidade, que, dependendo de sua natureza, alterará a obediência e o próprio exercício da dominação.³⁸

Weber³⁹ divide a dominação legítima em relação à vigência de sua legitimidade, que pode ser de caráter racional (dominação legal), tradicional e carismático. No caso da “dominação baseada em estatutos, obedece-se à *ordem impessoal*, objetiva e legalmente estatuída e aos *superiores* por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas.” No caso da “dominação tradicional, obedece-se à *pessoa do senhor* nomeada pela tradição e vinculada a esta (dentro do âmbito de vigência dela), em virtude de devoção aos hábitos costumeiros.” No caso da “dominação carismática, obedece-se ao *líder* carismaticamente qualificado como tal, em virtude de confiança pessoal em revelação, heroísmo ou exemplaridade dentro do âmbito da crença nesse seu carisma.”⁴⁰

Com a instituição do poder soberano ao Estado surgem os diferentes tipos de governo; a principal distinção entre eles está na pessoa que representa a todos os indivíduos, podendo ser apenas um homem ou uma assembleia de homens.

Com a criação do Estado, os súditos se submetem ao domínio do soberano, transferindo sua liberdade e obedecendo aos preceitos deste; a finalidade da obrigação é a proteção. Porém, ninguém pode resistir à força do Estado para defender outrem, pois essa liberdade estará privando o soberano de proteger seus próprios súditos. Além disso, se algum súdito discordar do soberano por algum motivo embasado em lei, poderá defender seu direito como se este fosse outro súdito, solicitando inclusive que a causa seja julgada de acordo com a lei. Todavia, se não

³⁵ Existe um critério puramente sociológico para se discernir o governante do Estado. Um estudo da conduta social efetiva talvez pudesse revelar que esse governante é, ele próprio, governado por outras pessoas, por um conselheiro, sua amante ou seu camareiro, e que os comandos que ele emite são resultado da influência que esses outros indivíduos exercem sobre ele. Uma sociologia do Estado, porém, irá ignorar essas relações e dominação em que o próprio governante ocupa o lugar do governado. (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 269).

³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005, 136.

³⁷ Ibidem.

³⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem, p. 141.



houver o pretexto de seu próprio poder, não existe aplicação da lei, porque tudo o que o soberano faz em virtude de seu poder é feito pela autoridade de cada súdito. Neste caso, o súdito que move a ação contra o soberano, estará movendo contra si mesmo.⁴¹

Através de seu poder, o soberano defende seus súditos, e a obrigação destes para com aquele permanece apenas enquanto existir seu poder. Senão o direito de defesa estaria sendo abandonado com a instituição do pacto. “Embora a Soberania seja imortal, na intenção daqueles que a criaram, ela está, por sua própria Natureza, sujeita à morte violenta através da guerra exterior.”⁴²

O poder soberano é dotado de força. Esta, por sua vez, “é mais coercitiva e imediata do que o poder. Fala-se, enfatizando-a, em força física. O poder, em seus estágios mais profundos e animais, é antes força.”⁴³ O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força; é também uma sociedade politicamente organizada por ser constituída pela ordem coercitiva, que é o Direito.⁴⁴

A lisura e a ordem caracterizam a essência do poder, de um modo geral, pois são inseparáveis dele e se verificam em qualquer forma de poder.⁴⁵

“Uma organização é uma ordem.”⁴⁶ Atrelada à força, portanto, está a ordem. “O poder dispara ordens qual uma nuvem de flechas mágicas: as vítimas por elas atingidas oferecem-se elas próprias ao poderoso, convocadas, tocadas e guiadas pelas flechas.” A ordem não admite resistência ou questionamentos, é concisa, clara e é reconhecida por longo tempo; não se pode discuti-la, explicá-la ou colocá-la em dúvida e precisa ser entendida de imediato. Caracteriza-se, ainda, pela simplicidade e unicidade, afigurando-se absoluta, bem como pelo fato de que nunca se perde ou se esgota, mas permanece armazenada para sempre. Cada ordem desencadeia uma ação que está atrelada a um momento. A ordem decorre “de algo estranho àquele que a recebe, mas algo que tem também de ser reconhecido como *mais forte*. Obedece-se porque uma luta não teria nenhuma perspectiva de êxito; o vencedor seria aquele que deu a ordem.”⁴⁷

Por conseguinte, o poder daquele que dá a ordem cresce a cada ordem dada, pois há algo que garante ao poder a segurança e o desenvolvimento de sua esfera. A ordem é composta do impulso e do aguilhão; o primeiro obriga o receptor ao seu cumprimento, enquanto que o segundo se conserva naquele que o executa. Atenta-se

⁴¹ O impotente, a quem o detentor de poder se afigura imensamente forte, não percebe quão importante para este último é a submissão absoluta de todos. Ele só consegue avaliar um aumento de poder – se é que possui algum faro para isso – com base em seu peso real, e jamais compreenderá o que significa para o rei esplendoroso o ajoelhar-se de seu mais ínfimo, esquecido e miserável súdito. (CANETTI, 1995, p. 298).

⁴² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000, p. 162.

⁴³ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 281.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴⁵ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 273.

⁴⁷ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 305.



que este último se mantém oculto quando o atendimento da ordem é normal e de acordo com o que se espera dela; entretanto, é possível que se manifeste quase imperceptivelmente antes de seu cumprimento.⁴⁸

O conteúdo da ordem se preserva no agulhão, vez que sua força foi delimitada no momento da transmissão da ordem. Porém, “somente a ordem *cumprida* crava seu agulhão naquele que a ela obedeceu”. Aquele que se esquivava das ordens é considerado livre.⁴⁹

Em razão da alta capacidade que os agulhões têm de se aderirem aos homens, podem estes ficar completamente cheios daqueles e não sentirem disposição para mais nada. Neste caso, sentem necessidade de se proteger contra novas ordens, tornando-se, então, uma questão de vida ou morte.⁵⁰

O agulhão surge, portanto, quando do cumprimento da ordem, permanecendo naquele que a cumpre. “Não há como livrar-se dele”. Para libertá-lo, é necessário haver uma força semelhante àquela que o penetrou, chamada de inversão. Quando a ordem é repetida com frequência pela mesma fonte e dirigida à mesma vítima, estarão se formando idênticos tipos de agulhão. Entretanto, quando a mesma ordem é repetida por fontes diversas frequentemente o agulhão perde sua forma e se transforma em um monstro, colocando em risco a vida, inclusive.⁵¹

Direcionando a discussão para a jurisdição enquanto poder do Estado, observa-se que a ordem é dada principalmente para fins de fazer cumprir direitos, e que possui dispositivos sancionatórios para fins de obrigar o seu cumprimento. Tal se dá porque a função jurisdicional do Estado possui legitimidade e autoridade.⁵² Por isso a exposição do próximo item trata da função jurisdicional do Estado e seu desempenho.

⁴⁸ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 306.

⁵⁰ Ele tenta não ouvi-las, a fim de que não tenha de acatá-las. Se tem de ouvi-las, não as entende. Se obrigado a entendê-las, esquivava-se delas da maneira mais surpreendente, fazendo o contrário do que lhe mandam. Se lhe dizem para dar um passo adiante, ele recua; se o mandam recuar, adianta-se. Não se pode afirmar que dessa forma ele fique livre da ordem. Trata-se de uma reação desajeitada, impotente – poder-se-ia dizer –, pois, à sua maneira, também ela é determinada pelo conteúdo da ordem. (CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 322-323).

⁵¹ *Ibidem*, p. 328.

⁵² A autoridade é entendida como o “simples poder estabilizado a que se presta uma obediência incondicional”, pois pressupõe um juízo de valor positivo em sua relação com o poder. Pode-se dizer que na autoridade é a aceitação do poder como legítimo que produz a atitude mais ou menos estável no tempo para a obediência incondicional às ordens ou às diretrizes que provêm de uma determinada fonte. Naturalmente, isto se verifica dentro da esfera de atividade à qual a autoridade está ligada ou dentro da esfera de aceitação de autoridade. Na verdade, uma relação de autoridade como toda e qualquer outra relação de poder diz respeito a uma esfera que pode ser mais ou menos ampla ou mais ou menos explícita e claramente delimitada. Acrescente-se que a disposição para a obediência incondicional, embora durável, não é permanente. “A fim de que a relação de autoridade possa prosseguir, de tempos em tempos deve ser reafirmada ostensivamente a qualidade da fonte do poder à qual é atribuído o valor que funda a legitimidade.” (BOBBIO, Norberto. *Diário de um século*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 90).



2.3 A jurisdição

Conforme o debate proposto, o poder estatal só existe em razão de uma ordem instituidora, de forma que um mande e os outros obedeçam. “O Estado é descrito como o poder que se encontra por trás do Direito, que impõe o Direito.” Se tal poder existe, é pelo fato de que o Direito em si é efetivo e na ideia de que normas jurídicas prevendo sanções motivam a conduta dos indivíduos e exercem uma compulsão psíquica sobre os indivíduos.⁵³

Além disso, a aplicação ou criação de penas e sanções, principalmente as mais violentas e cruéis, influencia os homens. O inconveniente ocorre quando o governo pretende corrigir os cidadãos se utilizando de maneiras brutas que apenas implicam em uma solução temporária e instantânea, gerando ao mesmo tempo desgaste dos mecanismos do governo e desprezo por parte daquele que recebeu a pena. Isto ocorre porque “a imaginação acostuma-se com esta grande penalidade, assim como se tinha acostumado com a menor; e, como se diminuiu o temor por esta, é-se forçado a estabelecer a outra para todos os casos”. A conduta humana não deve ser regida de forma extrema e descomedida, mas sim, através de meios naturais e coerentes. “Examinemos a causa de todos os relaxamentos e veremos que eles vêm da impunidade dos crimes e não da moderação das penas. Sigamos a natureza, que deu aos homens a vergonha como flagelo, e seja a maior parte da pena a infâmia de sofrê-la.”⁵⁴

De acordo com o anteriormente analisado, a ordem dada pretende atingir alguém especificamente, o qual precisa arrancá-la e passá-la adiante para libertar-se de sua ameaça. Uma ordem cumprida satisfaz aquele que a mandou. O medo da ordem se traduz na sensação do perigo, na ameaça e pode também se manifestar nos detentores do poder de forma reprimida e oculta.⁵⁵

O prazer de condenar é rude e cruel e não se deixa perturbar por coisa alguma; desconhece a clemência da mesma forma como desconhece a cautela. O homem acaba se afastando de alguém que se encontra em um grupo inferior e automaticamente se coloca em um grupo superior. Isto é, ao rebaixar o outro, acaba se elevando. Assim, formam-se dois grupos distintos, mas “a existência de dois

⁵³ Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 274.

⁵⁴ Montesquieu, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 95.

⁵⁵ Não é difícil compreender como ocorre esse medo da ordem. Um tiro que mata um ser isolado não resulta em perigo algum. O morto não pode mais fazer nenhum mal àquele que o matou. Uma ordem que, embora ameaçando com a morte, acaba por não matar, deixa para trás a lembrança da ameaça. Algumas ameaças erram o alvo; outras, porém, o atingem, e são estas que jamais são esquecidas. Aquele que fugiu da ameaça ou cedeu a ela, este irá certamente vingar-se. Chegado o momento, ele sempre se vinga, e aquele de quem a ameaça partiu tem consciência disso: ele tem de fazer de tudo para tornar impossível uma tal inversão. A sensação do perigo – a de que todos aqueles aos quais se deu ordens, todos os ameaçados de morte, estão vivos e se *lembram* –, um perigo ao qual se estaria exposto se todos os ameaçados de morte se juntassem contra aquele que os ameaçou; esse sentimento profundo, mas que permanece indefinido, porque não se sabe quando os ameaçados passarão da lembrança à ação; esse sentimento torturante, inexaurível e ilimitado do perigo é, pois, o que eu chamo de medo da ordem. (Canetti, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 309).



grupos, representando valores opostos, é tida por natural e necessária. Quem quer que seja bom, esse bom existe para destacar-se do mau, e o próprio homem define quem pertence a uma ou outra categoria.”⁵⁶

Justamente por isso o homem possui grande necessidade de se agrupar e reagrupar, conferindo densidades aos grupos contrapostos. Ao criá-los, imagina e deseja oposição entre eles, como se os grupos tivessem de lutar entre si. Julga, desta forma, aquele que é bom ou mau, através de uma classificação dualista não conceitual ou pacífica. “O que importa é a tensão existente entre os dois grupos, tensão esta que aquele que julga cria e renova.”⁵⁷

Este “prazer de condenar” nada mais é do que o poder estatal que busca disciplinar a conduta humana e constituir elementos capazes de resolver disputas e conflitos, através de “meios jurídicos hábeis à composição dos litígios”. Porém, a complexidade de uma sociedade conflituosa e violenta dificulta a busca de respostas jurídicas suficientes e eficientes para a solução de suas controvérsias. Assim, cabe ao judiciário “a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o Direito (jurisdição).”⁵⁸

A jurisdição, portanto, é uma função estatal que, em consequência de transformações históricas, passou a ser monopolizada pelo Estado. Isso ocorre porque há uma terceira pessoa dotada de neutralidade e imparcialidade que deve decidir o conflito, impondo o Direito positivado com o intuito de assegurar a convivência e harmonia social. Por isso, esta forma de decidir conflitos não é considerada democrática, visto que emana exclusivamente da soberania estatal.⁵⁹

Nesse sentido, Eligio Resta⁶⁰ vai mais longe ao afirmar que quando se recorre ao Juiz se perde a face, pois a tarefa do Juiz é a de assumir decisões com base em decisões e de permitir decisões com base nas mesmas decisões. Mas, paradoxalmente, em um sistema de altíssima complexidade, se sabe, quanto mais se decide, tanto mais se aumenta vertiginosamente a necessidade das decisões.

Além disso, ao juiz, “pede-se que ‘decida’, que diga a última palavra com na base da lei e não que desenvolva a tarefa de cimento social que compete a outros mais preparados fazer.” Porém, sabe-se que o “resultado é paradoxal: incorpora-se no interior das competências judiciárias cada gênero de linguagem ‘funcional’, embocando, obviamente, uma estrada errada.”⁶¹

Portanto, os juízes, com os mecanismos legais que lhe são postos à disposição, não têm conseguido solucionar em definitivo as controvérsias, que se encerram de uma maneira meramente formal, ou seja, com a extinção do processo em si. Todavia, os problemas persistem e a falta de criatividade dos magistrados tem impedido que

⁵⁶ Ibidem, p. 297.

⁵⁷ Ibidem, p. 297.

⁵⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ RESTA, Elígio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 116.

⁶¹ Ibidem, p. 100.



sejam buscadas formas alternativas, dentro dos mecanismos legais já existentes, para se resolver, em definitivo, a controvérsia.⁶²

Logo, a crise jurisdicional está diretamente vinculada à crise estatal, haja vista o crescimento e a complexidade de conflitos sociais aliados à falta de estrutura física, tecnológica e financeira do Estado, o rebuscamento da linguagem jurídica, o acúmulo de processos, entre outros.

Nessa esteira, presencia-se uma crise da dogmática jurídica positivista que também é uma crise do Estado e, por conseguinte, do Poder Judiciário, assim como de todos os aplicadores do direito, em especial os juízes, cuja redefinição se faz urgente e necessária a fim de que se possa dar uma nova conotação ao direito, para que seja efetivamente mais justo.

Eligio Resta⁶³ também faz referência ao tema quando aborda a lógica dos remédios, referindo que muitas vezes se tenta solucionar um conflito sem atacar sua verdadeira causa. Neste caso,

os conflitos aumentam progressivamente e se atribui tudo isso à ineficiência decorrente da falta de recursos; pedem-se, assim, aumentos consistentes de recursos, pensando que assim os conflitos podem ser diminuídos. Não somente a interferência causal resulta gratuita, mas nos coloca em uma lógica *remedial* que contribui, por si só, não somente a não resolver, mas inclusive a inflacionar o saldo de procura e oferta. Sem referir-se ao caráter culturalmente induzido da demanda por parte da oferta, que é um discurso possível e corroborado pelos dados quantitativos, o problema de *policy* que emerge é aquele de um sistema que investe no remédio sem incidir nas causas; assim, aumentam os recursos do aparato judiciário, mas continua somente a ilusão de que isto faça diminuir os conflitos. O remédio reage sobre o remédio, mas não tem nenhuma direta incidência sobre as causas, dimensões, efeitos da litigiosidade que determinam os conflitos.

Desse modo, é preciso repensar o atual modelo de jurisdição objetivando garantir novas formas de solucionar as contendas e procurando seu tratamento de forma consensual, solidária, fraterna. A partir de novas alternativas que visam à aproximação das partes, como o consenso e o acordo, com a confrontação de vontades e interesses entre ambas, facilitando sua comunicação, sem procedimentos adstritos às regras estatais, será possível chegar a uma decisão de forma pacífica e que as satisfaça.

⁶² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008

⁶³ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 104.



3 DIREITO FRATERO

A proposta fraterna é o embasamento teórico da mediação e das demais formas alternativas de resolução de conflitos sociais, pois insere uma cota de complexidade no primado do justo sobre o bom, procurando “alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações”. Sem esquecer que a ela está necessariamente atrelada a ideia de amizade, na medida em que prevê a “comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças”. A mediação, por sua vez, é definida como “a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa.”⁶⁴

Contudo, a fraternidade possui um sentido vagamente anacrônico, pois se comparada aos outros ideais presentes no cenário da revolução iluminista pode ser considerada como a parente pobre, “prima do interior”, porquanto permaneceu inédita e irresolvida em relação aos outros temas da igualdade e liberdade e retorna hoje com “prepotência, quanto mais o presente impõe, com as suas acelerações jacobinas, a questão do global, da dependência de tudo e de todos”. A fraternidade indicava apenas um dispositivo de vaga solidariedade entre as nações; tinha mais a ver com os “princípios de um direito internacional nascente, que deixava intacta, bem como pressupunha, uma comunidade política fundada nos princípios dos Estados nacionais”, mas sua solidificação inaugura uma nova oportunidade no tratamento de conflitos.⁶⁵

Por isso a importância de re-propor aquelas condições que já se haviam apresentado no passado, interrompendo a linearidade ditada pelo tempo. Vive-se hoje uma época em que se desgasta a forma estatal das pertencas fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os outros; identifica-se uma singular ‘contemporaneidade não contemporânea’ de ideias, símbolos e eventos; recoloca-se em questão a comunhão de pactos entre sujeitos concretos com as suas histórias e as suas diferenças. Há necessidade de se apostar no código da fraternidade, que, por sua vez, compreende um espaço mais ou menos artificial onde se deve tentar dar corpo a um modelo de vida compartilhada.⁶⁶

⁶⁴ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 9-12.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 9-12.

⁶⁶ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 16: o Direito Fraterno compreende um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais que à sua sombra governam e decidem. Fala-se, portanto, de uma proposta frágil, infundada, que aposta sem impor, que arrisca cada desilusão, mas que vale a pena cultivar: vive de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas.



O binômio direito e fraternidade, deste modo, além de ser uma tentativa de valorizar uma possibilidade diferente, “recoloca em jogo um modelo de regra da comunidade política: modelo não vencedor, mas possível”. Portanto é um trecho do *direito vivo*⁶⁷ que não deve ser visto sempre como o *direito vencedor* [...]. Através daquele binômio retorna um modelo *convencional* de direito, ‘jurado conjuntamente’ entre irmãos e não imposto, como se diz, pelo ‘pai senhor da guerra’. Jurado conjuntamente, mas não produzido por um ‘conluio’. Por isso é decisivamente não violento – isto é, capaz de não apropriar-se daquela violência que diz querer combater.⁶⁸

O Direito Fraterno também se sustenta através dos direitos humanos, que se estabeleceram ao longo de toda a história da humanidade e possuem caráter de universalidade, já que são aplicados a todos os cidadãos. Os direitos humanos resultaram, por conseguinte, de vários processos históricos e que ainda hoje sofrem alterações em razão da globalização mundial. Resta⁶⁹ assevera que o Direito Fraterno “coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é apenas um lugar ‘comum’, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela”.

O autor deixa clara, porém, a diferença entre “ser homem” e “ter humanidade”: “ser homem não garante que se possua aquele sentimento singular de humanidade. A linguagem, com as muitas sedimentações de sentido que encerra, é um infinito observatório dos paradoxos com os quais convivemos.”⁷⁰

Ao discorrer sobre os direitos humanos, Resta⁷¹ assevera, ainda, que ao mesmo tempo em que eles somente “podem ser ameaçados pela própria humanidade”, é graças a esta que entram em vigor; e “o direito fraterno pode ser a forma mediante a qual pode crescer um processo de auto-responsabilização, desde que o reconhecimento do compartilhamento se libere da rivalidade destrutiva típica do modelo dos ‘irmãos inimigos”.

Podem ser definidos como o direito inerente a toda e qualquer pessoa, visando à proteção e resguardo da integridade dos cidadãos. O interessante é que os direitos humanos vêm adquirindo cada vez mais solidez com o evoluir da humanidade, possuindo caráter internacional em face da criação de normas de proteção internacional da pessoa humana.

⁶⁷ O verdadeiro Direito é aquele que pode ser denominado “direito vivo”, que não se prende a doutrinas ou prescrição estatal, acontecendo a partir da “vida concreta das pessoas” e de suas relações entre si e com as mais variadas instituições. A eficácia desse Direito repousa em sanções que, diversamente das estatais, se fundam na pressão coletiva e na própria força que emana das associações coletivas (ameaça de expulsão do grupo, da família, da igreja, do partido, risco de perder o crédito, etc) e não em uma pena. EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986. p. 27 et seq. e p. 286.

⁶⁸ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 15.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 13.

⁷¹ *Ibidem*, p. 13.



Além disso, estão ligados à ideia de cidadania, como bem refere Eligio Resta⁷², ao tratar das estruturas fundamentais do Direito Fraternal:

o seu olhar voltado para além do confinamento, para proximidades distantes, requer revogações decisivas daquele “direito de cidadania”, que é, desde sempre, lugar de exclusão através de um *ethnos*. Por isso, a sua forma é aquela dos *direitos humanos*, contanto que eles sejam esvaziados da metafísica. O olhar vai para a humanidade como um “lugar comum”, e não como a abstração que confunde tudo e mascara as diferenças. Os direitos humanos têm uma dimensão “ecológica”, são espaço no qual as duplas opostas são novamente compreendidas: isto nos leva à conscientização de que os direitos humanos podem ser ameaçados sempre e somente pela própria humanidade; mas podem ser tutelados sempre e somente pela própria humanidade; não por uma natureza, um Deus, um Terceiro, qualquer outra abstração metafísica, mas pelos homens de carne e osso, por nós, na vida quotidiana.

A proposta fraterna citada pelo autor também encontra amparo na lei da amizade, que, por outro lado, é contrariada pelas guerras, violência, inimizade e inveja. Ao dedicar um capítulo inteiro para tratar da amizade, Resta⁷³ refere que sua beleza possui dimensão paradoxal e que quanto mais “perde seu caráter de argamassa espontânea da sociedade, mais ela tem necessidade de ser prescrita por uma lei que não contenha apenas imperativos ético-religiosos, mas estritamente jurídicos”. Sobre o assunto é o item a seguir.

3.1 A lei da amizade

O autor menciona diversas características inerentes à amizade, dentre elas, que os amigos são muitas vezes desconhecidos ao se furtarem do vínculo da reciprocidade quotidiana – “pode-se compartilhar a vida sem compartilhá-la” – vez que é capaz de unir independentemente de vínculos ou liames visíveis. “Os amigos podem não ser conhecidos, mas poderiam em cada momento ser reconhecidos, e é a este difícil evento do reconhecimento que se remete sua visível concretude.” Ademais, é possível saber quando a amizade finda ou até mesmo continua, em razão de um desacordo, por exemplo; porém, é difícil saber quando se inicia, pois se manifesta pouco a pouco.⁷⁴

Para Alberoni⁷⁵ a amizade surge sob a forma de conhecimento superficial; após o estabelecimento de relações amistosas, troca de favores e ajudas em momentos difíceis, aos poucos se tornam amigos. Porém, é importante referir que “não nos tornamos amigos daqueles com os quais estamos mais frequentemente em contato, daqueles com os quais trocamos mais frequentemente favores”. A amizade “tende a

⁷² Ibidem, p. 134.

⁷³ Ibidem, p. 20.

⁷⁴ Ibidem, p. 21.

⁷⁵ ALBERONI, Francesco. *A amizade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992, p. 13.



fugir de tudo quanto é imposto, do que é dado”. O mesmo autor⁷⁶ também a compara com um anacronismo, já que “em uma sociedade justa as posições são atribuídas não na base da amizade, mas do merecimento avaliado de maneira imparcial. Os serviços sociais devem dirigir seus préstimos não às pessoas recomendadas, mas a todos”.

Segundo a concepção aristotélica⁷⁷, na amizade “até pessoas desiguais podem ser amigas, pois assim elas podem ser igualizadas”; ela “pressupõe igualdade e semelhança, especialmente a semelhança daquelas pessoas que se assemelham em excelência moral”.

Desse modo, reconhecer-se amigo, reconhecer a amizade é como reencontrar algo que existia, mas ainda não tinha visibilidade; nela, não é tanto a incapacidade de ver a amizade onde ela já se encontra, mas sim, o fato de que, existindo independentemente do gesto voluntarista e subjetivo de procurá-la, ela estabelece por si só conteúdos de um vínculo que vive de comunidade. A amizade é a forma mais significativa de uma comunidade possível que vive à espera de reconhecimentos, mas que também vive independentemente deles. E é comunidade que não diferencia a pertença com base nos bens, mas que identifica formas complexas da identidade: isso significa que não há outra motivação na amizade do que aquilo que Montaigne indicava como a ausência de objetivos e, portanto, o máximo do reconhecimento da identidade, ‘porque és tu, porque sou eu’.⁷⁸

Não se deve, entretanto, confundir boa vontade com amizade: é possível “ter boa vontade em relação a pessoas que não conhecemos, e sem que elas saibam disto, mas não pode ocorrer o mesmo com a amizade”. A boa vontade não é um sentimento amistoso, não envolve intensidade ou desejo e pode manifestar-se subitamente. Pode ser considerada

um início de amizade, da mesma forma que o prazer de olhar é o início do amor. Efetivamente, ninguém ama se não fica enlevado primeiro com a figura da pessoa amada, mas quem fica enlevado com a figura de uma pessoa, nem por isto a ama; só se ama quando se anseia pela pessoa ausente e se deseja intensamente sua presença; da mesma forma, as pessoas não podem ser amigas se não passam a sentir uma boa vontade recíproca, mas nem por isto as pessoas que sentem boa vontade recíproca são amigas; elas somente desejam o bem das pessoas pelas quais sentem boa vontade, e nada fariam por elas nem se preocupariam com elas. Sendo assim, poderíamos estender o alcance da palavra ‘amizade’ para dizer que a boa vontade é uma amizade estática, embora quando se prolonga e atinge o nível da intimidade ela se torne amizade propriamente dita, mas não a amizade baseada no interesse ou no prazer [...].⁷⁹

⁷⁶ Ibidem, p. 5.

⁷⁷ ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 162.

⁷⁸ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 23.

⁷⁹ ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 180.



O mundo moderno contribui para a aceleração do processo de ambivalência da amizade, fazendo com que esta se torne ao mesmo tempo lugar de inclusão e exclusão. Isto é, “a contingência da amizade se apresenta ao mundo das relações mundanas com esta faceta dúplíce de re-proposição da solidariedade comunitária e de sua negação”. Este paradoxo é amplo, pois se constitui de movimentos diversos, mas complementares; a amizade separa reaproximando, dita regras ao mesmo tempo em que as tolera, “inclui porque exclui, avizinha porque distancia, reconstrói tecidos vitais enquanto destrói outros; parece, como o amor, uma improbabilidade normal.”⁸⁰

Alberoni⁸¹, ao contrário de Resta, atribui a ambivalência à vida quotidiana, pois há mistura de sentimentos em relação às pessoas e assevera que “a amizade é a única relação afetiva incompatível com a ambivalência”, vez que “não podemos ser ambivalentes com relação aos amigos. Se o formos a amizade sofrerá com isso e, se a ambivalência continuar, ela se apagará.” Esse é, provavelmente, o “motivo pelo qual os amigos preferem ver-se de vez em quando, quando estão com vontade, a viverem juntos”. É certo que “uma convivência contínua cria, inevitavelmente, motivos de dissabor, de ressentimento, pequenas coisas que, somadas, podem tornar-se grandes. A convivência tende a consolidar os relacionamentos afetivos mas, ao mesmo tempo, divide. Os enamorados escolhem esta estrada e este risco porque tendem à fusão. A amizade, porém, prefere renunciar à fusão em favor do encontro. O encontro é sempre positivo.”

Aquele que encontra um amigo encontra um tesouro, pois

a amizade reproduz no interior toda a ambivalência das diferenciações. Se a existência de um amigo consola ou permite reencontrar autenticidade num mundo hipócrita, não suporta, por isso, que se reintroduza no interior da amizade algum cálculo pré-estabelecido, como o interesse ou a mentira, mas, livre do domínio do interesse, não tolera sequer a mesma obrigação da solidariedade e o mesmo valor da partilha [...]. Mas exatamente graças à internalização das diferenças entre interação e sociedade há a necessidade de acreditar que se é amigo de alguém (porque é ele ou ela), enquanto que não somos amigos ou, até mesmo, somos inimigos, de outros.⁸²

Os amigos devem compartilhar suas imagens reciprocamente, não devem explicações e seus atos são livres; a amizade possui conteúdo ético e “aspira a um ideal de perfeição moral”. Não necessariamente se escolhem amigos aqueles pelos quais se possui estima, pois a amizade “não é apenas estima, não é apenas admiração”.⁸³

⁸⁰ RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 25.

⁸¹ ALBERONI, Francesco. *A amizade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992, 107.

⁸² RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 31.

⁸³ ALBERONI, Francesco. *A amizade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992, p. 34.



Para Aristóteles⁸⁴ os amigos são refúgios em casos de infortúnio e “ajudam os jovens a evitar os erros”, bem como “as pessoas idosas, amparando-as em suas necessidades e suplementando sua capacidade de ação reduzida pela senilidade”. Amigos “estimulam as pessoas na plenitude de suas forças à prática de ações nobilitantes” e junto deles “as pessoas são mais capazes de pensar e de agir”.

Assim, a simples presença de um amigo nos é agradável, especialmente se estamos na adversidade, e se torna uma salvaguarda contra as aflições, pois um amigo tende a confrontar-nos tanto com sua presença quanto com suas palavras se ele é perspicaz, já que ele conhece nosso caráter e as coisas que no dão prazer ou nos fazem sofrer; mas ver um amigo sofrer com nosso infortúnio nos causa sofrimento, pois qualquer pessoa evita causar sofrimento aos amigos.⁸⁵

Aristóteles⁸⁶ entende que até uma pessoa extremamente feliz e autossuficiente precisa de amigos, porque estes “são considerados o maior dos bens exteriores”, e pelo fato de que as pessoas felizes também “necessitam de alguém a quem possam fazer bem.”

Chega-se ao ponto mais alto da amizade quando é possível manter ao mesmo tempo “a diferença entre os singulares e o direito a não ser, por ela, discriminados”, através, especialmente, da igualdade entre irmãos que é traduzida pela verdadeira igualdade entre amigos. A igualdade fraterna, por sua vez, é “ao mesmo tempo, pressuposto da forma jurídica da democracia e fim político último a ser alcançado através dos princípios normativos.”⁸⁷

A amizade se divide em duas espécies, segundo Aristóteles⁸⁸: “as pessoas más serão amigas por prazer ou por interesse, porquanto se assemelham sob este aspecto”, enquanto que as pessoas boas “são amigas porque são como são, isto é, por causa de sua bondade”. Aqueles são amigos acidentalmente ao mesmo tempo em que estes são irrestritamente. “A que se baseia no prazer é mais parecida com a amizade quando ambas as partes obtêm reciprocamente os mesmos benefícios”, na medida em que “a amizade por interesse é para as pessoas mercenárias”.

Ainda, é possível a existência de uma amizade perfeita quando há pessoas boas e semelhantes em termos de excelência moral; neste caso, cada uma das pessoas quer bem à outra de maneira idêntica, porque a outra pessoa é boa e elas são boas em si mesmas. Então as pessoas que querem bem aos seus amigos por causa deles são amigas no sentido mais amplo, pois querem bem por causa da própria natureza dos amigos e não por acidente; logo, sua amizade durará enquanto essas pessoas forem boas e ser bom é uma coisa duradoura. Cada uma dessas pessoas neste caso é boa irrestritamente e boa em relação ao seu amigo, pois as pessoas boas são boas irrestritamente e são reciprocamente úteis.⁸⁹

⁸⁴ ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 153.

⁸⁵ Ibidem, p. 189.

⁸⁶ Ibidem, p. 185.

⁸⁷ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 36.

⁸⁸ ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 158.

⁸⁹ Ibidem, p. 156.



Não se pode, no entanto, ser amigo de muitas pessoas tentando manter uma amizade perfeita com elas, pois, para tanto, “ambas as partes devem adquirir experiência recíproca e tornar-se íntimas”, o que é muito difícil.⁹⁰

Transportando a amizade para os dias de hoje, numa dimensão global, é possível encontrar a indicação de uma sociedade fraterna enquanto aposta na própria humanidade, contida no chamado amigo da humanidade, que é o indivíduo moral e racional que, conscientemente, conhece os riscos, mas, gandhianamente, aposta na existência de um bem comum, que é o bem da humanidade em si mesmo. Paradoxalmente, amigo da humanidade é quem compartilha o sentido de humanidade e dela se sente parte, assumindo, também, a existência do inimigo; não o demoniza, nem o descarta, jogando-o em ‘outro’ mundo, mas assume inteiramente o seu problema. A rivalidade reside, portanto, em nós mesmos, dentro da própria humanidade: assim, o amigo da humanidade não é simplesmente o oposto do inimigo, mas é algo diverso que, graças a sua diversidade, é capaz de superar o caráter paranoico da oposição.⁹¹

No entanto, em oposição à ideia de amizade encontramos a inimizade, a violência e as guerras, cujo tema é objeto do debate seguinte.

3.2 Da inimizade às guerras

Conforme Resta⁹², a guerra é um fenômeno da existência que em sua tragicidade envolve as consciências e representa um sinal visível do desconforto da civilização, que deve ser tornado explícito para que se obtenha algum resultado concreto; e a concretude estimula a liberar o campo dos ordenamentos inúteis e a formular questões precisas sobre os sentimentos humanos. Aduz que a guerra “se autoalimenta e se auto-justifica em um processo circular que não quebra. E basta desviar o olhar para as guerras em ato, para percebê-lo.”

Montesquieu⁹³, ao falar da guerra, relaciona sua causa ao direito de conservação do Estado, pois para os cidadãos o direito à defesa natural não exige a necessidade de um ataque. Assim, “o direito à guerra deriva então da necessidade e do justo rigoroso. Se aqueles que dirigem a consciência ou os conselhos do príncipe não se mantiverem aí, tudo estará perdido; e, enquanto estiverem fundamentados nos princípios arbitrários de glória, de conveniência, de utilidade, ondas de sangue inundarão a terra”.

Para Canetti⁹⁴, “na guerra, o que interessa é matar”, na medida em que “o vencedor é aquele que mais inimigos matou”. Trata-se da utilização de fenômenos bélicos pelo homem, que deseja “antecipar-se à morte e age em massa”. Ou seja,

⁹⁰ Ibidem, p. 159.

⁹¹ RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 50.

⁹² Ibidem, p. 168.

⁹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 150.

⁹⁴ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 67.



ao lutá-la, busca-se sempre a superioridade – isto é, dispor do grupo mais numeroso e explorar em todos os aspectos a fraqueza do adversário, antes que ele próprio aumente o seu número. A condução da guerra é, pois, no âmbito particular, um quadro exato daquilo que se passa no âmbito geral: quer-se constituir a massa maior de vivos. Que pertença ao lado oposto o amontoado maior de mortos. Nessa disputa das massas em crescimento situa-se uma causa essencial, a causa mais profunda – poder-se-ia dizer – das guerras. Em vez de mortos, podem-se fazer também escravos – particularmente mulheres e crianças –, os quais servirão, então, para aumentar a massa dos vencedores. A guerra, contudo, jamais é realmente guerra se não visa primeiramente um amontoado de inimigos mortos. [...] Fala-se em ‘batalha’ e em ‘matança’. Fala-se em ‘derrota’. Torrentes de sangue tingem os rios de vermelho. O inimigo é massacrado até o último homem. Os guerreiros se batem ‘até o último homem’. Não há ‘perdão’.

Segundo Canetti⁹⁵, ainda, a formação da massa beligerante é um processo enigmático que envolve a ameaça de aniquilação física perante o mundo todo: “tal ameaça consiste no fato de alguém arrogar-se o direito de matar outra pessoa”. Compara a eclosão de uma guerra com a erupção de duas massas, vez que seu propósito é manter-se em sua disposição e ação e abandoná-las seria abrir mão da própria vida.

Eligio Resta⁹⁶ explica que a guerra, além de ativar sentimentos, “mede a história individual e coletiva, construindo uma representação do tempo”, bem como “destrói qualquer distância de segurança entre o ator e observador”. Ainda, “é evento que constrói memória porque impõe *mudanças* nas nossas posturas sobre questões como a vida e a morte e que pronuncia o ‘fim do sonho’ de uma existência coletiva pacífica”.

A guerra tudo desorganiza e revira qualquer ordem, trazendo consigo novos horrores; a evolução não torna mais dóceis e humanas as técnicas bélicas, mas as torna mais cruéis e insuportáveis. Deixa-nos confusos sem poder mais reconhecer a *diferença* entre o estrangeiro e o inimigo e, o que é mais importante ao olhar de um analista, descobre-se que a rivalidade e a inimizade estão dentro de nós mesmos. O ‘si mesmo’ da humanidade é o lugar daquela ambivalência emotiva que edifica e destrói, que ama e odeia, que vive da solidariedade e de prepotências, de exércitos e de hospitais, de amizades e inimizades, tudo ao mesmo tempo e no mesmo local.⁹⁷

Por isso que na guerra a humanidade ameaça a si mesma e é neste ponto que reside a diferença, já mencionada anteriormente, entre ‘ser homem’ e ‘ter humanidade’.

Ao analisar o diálogo entre Freud e Einstein sobre os motivos da guerra, Resta⁹⁸ aponta sua importância em razão da profundidade trazida sobre a reflexão do

⁹⁵ Ibidem, p. 71.

⁹⁶ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 42.

⁹⁷ Ibidem, p. 41.

⁹⁸ Ibidem, p. 40.



pacifismo em um período tormentoso da Europa; além disso, torna-se ao mesmo tempo atual: “inexiste alguma *razão* para a guerra, mas, mesmo assim ela sempre retorna”. Na verdade, o texto aborda questões sobre a sociedade contemporânea e suas contradições:

aquilo que está em jogo nos desdobramentos desta reflexão sobre a guerra, são as formas autodestrutivas, a tessitura paciente da paz por parte das instituições políticas, o desencantamento, o trabalho cotidiano das burocracias sem alma, as utopias e os encorajamentos ideais, as paixões e as tantas razões pelas quais vale a pena realizar esforços comuns. E a forma dialética do confronto confere ao texto uma profundidade que talvez nenhum tratado científico pode reservar-lhe; imediato e rigoroso ao mesmo tempo, esse debate abre um horizonte que transcende a época, os anos trinta, e lança luzes sobre os contornos de um problema que muda no tempo, permanecendo sempre igual [...].⁹⁹

A primeira carta foi escrita por Albert Einstein¹⁰⁰ em 30 de julho de 1932 a Sigmund Freud abordando questões sobre a guerra, especialmente suas razões. Além disso, Einstein esperava poder encontrar nos estudos e descobertas recentes realizados por Freud “respostas, explícitas ou implícitas, a todos os aspectos desse problema urgente e obsessivo”, já que sua apresentação “poderia demarcar o caminho para novos e frutíferos métodos de ação”.¹⁰¹

Einstein iniciou a carta questionando se existia “alguma forma de livrar a humanidade da ameaça de guerra”. Afirmou que uma forma superficial para abordar o problema seria “a instituição, por meio de acordo internacional, de um organismo legislativo e judiciário para arbitrar todo conflito que surgisse entre nações”. Deste modo, as nações se submeteriam às ordens deste organismo, porém, estaria sujeito à anulação de suas decisões por meio de pressões extrajudiciais. “A busca da segurança internacional envolve a renúncia incondicional, por todas as nações, em determinada medida, à sua liberdade de ação, ou seja, à sua soberania e é absolutamente evidente que nenhum outro caminho pode conduzir a essa segurança”.¹⁰²

Ventura e Seitenfus¹⁰³ afirmam que Einstein também refere que o insucesso compreende fatores psicológicos, como por exemplo, o desejo de poder, “que caracteriza a classe governante de cada nação”, pois a

⁹⁹ Ibidem, p. 41.

¹⁰⁰ Segundo Resta (RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004), Einstein escreveu para Freud porque é no mundo da psique, estudado pelo último, que a resposta para a guerra deve ser buscada: “não é na superfície talvez um pouco frívola das tantas experiências políticas ou nos andaimes ilusórios do Direito que está o cerne do problema, mas na dimensão oculta dos percursos da mente e dos ‘instintos’”.

¹⁰¹ VENTURA, Deisy de Freitas Lima; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Um diálogo entre Freud e Einstein: por que a guerra?* Santa Maria: FADISMA, 2005, p. 25.

¹⁰² Ibidem, p. 21.

¹⁰³ Ibidem, p. 23.



fome de poder político está acostumada a medrar nas atividades, de um outro grupo, cujas aspirações são de caráter econômico, puramente mercenário. Refiro-me especialmente a esse grupo reduzido, porém decidido, existente em cada nação, composto de indivíduos que, indiferentes às condições e aos controles sociais, consideram a guerra, a fabricação e venda de armas simplesmente como uma oportunidade de expandir seus interesses pessoais a ampliar a sua autoridade pessoal.¹⁰⁴

Da mesma forma, um grande grupo sofre uma situação de guerra em razão da ambição de poucos, pois estes dominam a imprensa, as escolas e eventualmente a Igreja, possibilitando o controle das emoções das massas. Por fim, é possível questionar como podem os homens ficar tão entusiasmados com essa situação a ponto de sacrificarem as próprias vidas, bem como se há chance de controle da mente humana capaz de “torná-lo à prova das psicoses do ódio e da destrutividade.”

105

Em resposta, Sigmund Freud referiu que, com a evolução da humanidade, a violência foi substituída pelo Direito e pela lei, da seguinte forma: a força superior de um único indivíduo poderia ser derrubada pela união de muitos indivíduos fracos, pois “a união faz a força”. Deste modo, a violência seria derrotada por esta união e seu poder resultante passaria a representar a lei; assim: “a lei é a força de uma comunidade”. Uma comunidade apenas se mantém unida pela força coercitiva da violência e pelos vínculos emocionais entre seus membros.¹⁰⁶

Para que a transição da violência para a justiça fosse efetuada, entretanto,

uma condição psicológica teve de ser preenchida. A união da maioria devia ser estável e duradoura. Se apenas fosse posta em prática com o propósito de combater um indivíduo isolado e dominante, e fosse dissolvida depois da derrota deste, nada se teria realizado. A pessoa, a seguir, que se julgasse superior em força, haveria de mais uma vez tentar estabelecer o domínio através da violência, e o jogo se repetiria ad infinitum. A comunidade deve manter-se permanentemente, deve organizar-se, deve estabelecer regulamentos para antecipar-se ao risco de rebelião e deve instituir autoridades para fazer com que esses regulamentos – as leis – sejam respeitadas, e para superintender a execução dos atos legais de violência.¹⁰⁷

Como a comunidade abrange elementos de força desigual, acaba criando, por conseguinte, graus irregulares de poder. “As leis são feitas por e para os membros governantes e deixa pouco espaço para os direitos daqueles que se encontram em estado de sujeição”. Desta forma, através de transformações de diversas fontes

¹⁰⁴ Ibidem, p. 24.

¹⁰⁵ VENTURA, Deisy de Freitas Lima; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Um diálogo entre Freud e Einstein: por que a guerra?* Santa Maria: FADISMA, 2005, p. 25.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 32.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 32.



podem surgir modificações nas leis das comunidades, logo: “a solução violenta de conflitos de interesses não é evitada sequer dentro de uma comunidade”.¹⁰⁸

Ventura e Seitenfus¹⁰⁹ afirmam que Freud concluiu que as guerras “somente serão evitadas com certeza se a humanidade se unir para estabelecer uma autoridade central a quem será conferida o direito de arbitrar todos os conflitos de interesses”, ou seja, criar uma instância suprema dotada de poder. Para encontrar um método indireto de combater a guerra, apresentou a teoria dos instintos humanos, criada por psicanalistas, mencionando que existem dois tipos de instintos: os que preservam/unem e os que destroem/matam. Ambos são essenciais e operam conjuntamente. Porém, não há maneira de “eliminar totalmente os impulsos agressivos do homem; pode-se tentar desviá-los num grau tal que não necessitem encontrar expressão na guerra”.

Por fim, Freud questionou porque as pessoas se revoltam tanto e tão violentamente contra as guerras, ao invés de aceitá-las naturalmente como mais uma calamidade. Explica que isso ocorre em face do direito à vida, porque a guerra põe um término a vidas plenas de esperanças, porque conduz os homens individualmente a situações humilhantes, porque os compele, contra a sua vontade, a matar outros homens e porque destrói objetos materiais preciosos, produzidos pelo trabalho da humanidade.

Ademais, a guerra não atinge mais os ideais de heroísmo em razão do aperfeiçoamento dos instrumentos de destruição. Ventura e Seitenfus¹¹⁰ mencionam que Freud também refere que o principal motivo da não aceitação da guerra é porque não se pode fazer outra coisa: “somos pacifistas porque somos obrigados a sê-lo, por motivos orgânicos, básicos. E sendo assim, temos dificuldade em encontrar argumentos que justifiquem nossa atitude”. Bem ainda, o processo de evolução cultural – civilização – trouxe modificações psíquicas notórias e inequívocas, as quais consistem num progressivo deslocamento dos fins instintivos e numa limitação imposta aos impulsos instintivos. Sensações que para os nossos ancestrais eram agradáveis, tornaram-se indiferentes ou até mesmo intoleráveis para nós; há motivos orgânicos para as modificações em nossos ideais éticos e estéticos. Dentre as características psicológicas da civilização, duas aparecem como as mais importantes: o fortalecimento do intelecto, que está começando a governar a vida do instinto, e a internalização dos impulsos agressivos com todas as suas conseqüentes vantagens e perigos.¹¹¹

Ou seja, para Freud a guerra é “a oposição à atitude psíquica que nos foi inculcada pelo processo de civilização” e é por isso que há tanta revolta e resistência contra ela. Pode não ser utópico, portanto, pensar que a atitude cultural e o medo das conseqüências de uma guerra futura fariam com que a humanidade se torne pacifista,

¹⁰⁸ Ibidem, p. 33.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 42.

¹¹⁰ Ibidem, p. 45.

¹¹¹ Ibidem, p. 46.



pois “tudo o que estimula o crescimento da civilização trabalha simultaneamente contra a guerra”.¹¹²

Ao analisar essas considerações, Resta¹¹³ afirma que as questões envolvendo guerras determinam o envolvimento de todos, concomitantemente, visto que “não há nunca guerra no nosso planeta que seja suficientemente distante e que se possa ver para sempre de uma distância segura”. Sempre há uma nova guerra cíclica que retorna nas formas mais variadas – desde terrorismo até conflitos étnicos – devendo a comunidade internacional compartilhar ações entre os atores com papéis ambíguos: amigos, inimigos e terceiros. A preocupação que moveu Einstein não era apenas de um intelectual, mas sim de um cidadão que via a impossibilidade de haver um esforço comum pela paz.

Einstein, portanto, via em Freud um analista da vida instintiva que poderia sugerir soluções para enfrentar o problema da violência. Freud, por sua vez, considerava Einstein um amigo da humanidade, antes de físico ou pesquisador, pois, além de se agrupar em favor de um destino comum, tomava posição para o bem de todos. Freud conceitua o amigo da humanidade como aquele que supera as ambivalências emotivas e escolhe o caminho do universalismo, isto é, dos que trabalham pela sobrevivência do todo. Da mesma forma, caracteriza o inimigo da humanidade como aquele que “coloca-se apenas em favor de uma parte e nega a possibilidade da existência do todo”.¹¹⁴

O ponto de partida de Einstein é a reafirmação da impotência de instrumentos destinados aos que devem ocupar-se das questões da paz. A fatalidade da guerra encontra-se “na psique profunda, que redundando na autodestruição e não consegue ativar encorajamentos pacifistas”. Ela representa um sinal visível do desconforto da civilização, que deve ser tornado explícito para que se obtenha algum resultado concreto; e a concretude é aquilo que estimula a liberar o campo dos ornamentos inúteis (o que tão-somente um grande cientista pode fazer) e a formular questões precisas sobre o que de mais indistinto possa haver, ou seja, os sentimentos humanos.¹¹⁵

Para Freud, a origem dos conflitos se encontra na violência gerada pela utilização de armas que aniquilam inimigos. Sua posição é clara ao afirmar que “o problema da guerra não pode ser relegado exclusivamente à sua regulamentação jurídica, pelo fato de que a violência reaparece também dentre as formas e práticas do direito”.¹¹⁶

Ao tratar da violência relacionada às guerras, Resta¹¹⁷ traça um comparativo com o sentimento da inveja, na medida em que elas vivem de impulsos – mencionados por Freud – e estes, por sua vez, são ambíguos, possuidores de natureza dúplice e confrontados com a cumplicidade rival dos litigantes. Já a ambivalência funciona como afirmação de um valor através de sua negação. Quando há inveja, “se deseja estar no

¹¹² Ibidem, p. 47.

¹¹³ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 39.

¹¹⁴ Ibidem, p. 49.

¹¹⁵ Ibidem, p. 58.

¹¹⁶ Ibidem, p. 63.

¹¹⁷ Ibidem, p. 67.



lugar de, ou possuir as mesmas coisas de um outro, mas não se o desejaria se o outro não existisse ou não tivesse aquelas coisas”, e, por isso sua conexão com as guerras:

a guerra é o arquétipo do modelo da inveja porque quem a ela recorre sempre aduz que o faz por um motivo justo, imputando injustiça aos outros que a ela também recorrem. Se alguém possui as armas, elas são garantias de segurança, mas se outros as possuem elas representam agressividade e injustiça; se alguém se utiliza das armas dirá que o faz para assegurar a paz, mas se outrem recorre às armas será porque é um ‘provocador de guerras’ que ‘combate’ contra a paz.¹¹⁸

Tendo em vista, então, que a ambivalência guia as pulsões existentes no interior dos sujeitos, a cumplicidade rival entre elas, segundo Freud, deve ser analisada dentro de cada pessoa. As características psicológicas da civilização, o intelecto e a interiorização da agressividade introduzem a inimizade no próprio sujeito. Já o pacifismo proposto por ele, embora frágil e entre processos contraditórios, só é possível se “conseguimos, ainda, nos indignarmos com a guerra”.¹¹⁹

3.3 Códigos fraternos

A inimizade, as guerras, os litígios e a inveja fortalecem o código da violência, segundo Eligio Resta¹²⁰ e, é neste contexto, que o Direito Fraternal adquire uma dimensão cosmopolita. A aposta fraterna é distinta de outros códigos que olham a diferença entre amigo e inimigo, e por isso se torna não violenta. “A minimização da violência leva à ideia de jurisdição mínima”, a qual está atrelada à proposta apresentada pelo autor. Ao discorrer sobre a “competência monopolista do Estado” incorporada no sistema da jurisdição, Resta explica a singular relação entre os cidadãos e a administração da justiça, já que “é preciso uma reconsideração ecológica da relação entre justiça e sociedade, que leve em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam, juntos, os problemas e os remédios”.

Ou seja, a relação entre democracia e jurisdição é colocada em jogo no momento de um litígio. Sabe-se muito “dos remédios, mas o mundo dos conflitos continua sempre por muitos ignorado”, tendo em vista que

os modos por meio dos quais um sistema social regula os conflitos que nascem no interior da sociedade são, de fato, muitos, todos diversos, mudam no tempo e no espaço, não são nada eternos. Refugiam-se nos singulares sistemas sociais; são eles próprios, por sua vez, complexos sistemas sociais. Somente em parte dependem do modo pelo qual se conflitam; às vezes ocorre o contrário, assim que o modo pelo qual se briga e se conflita depende do modo pelo qual

¹¹⁸ Ibidem, p. 67.

¹¹⁹ Ibidem, p. 70.

¹²⁰ Ibidem, p. 135.



existem saídas para o conflito, e remédios são então predispostos, cultural e socialmente.¹²¹

Não se pode pensar apenas em encontrar uma solução linear aos litígios, mas sim atacar sua verdadeira causa, caso contrário, o número de conflitos não diminuirá. A qualidade e a quantidade das lides sofrem interferências endógenas como a “formalização de novos direitos, normatizações nem sempre universalistas, categorias profissionais excessivas”, entre outras, e exógenas, que seriam “economias expansivas e conflituosas, ausência de culturas solidárias”, etc.¹²²

A linguagem e a comunicação são fatores muito importantes relacionados à resolução de conflitos: “além de fenômeno externo, a litigiosidade apresenta-se como jogo de comunicação”. A forma como ocorre a comunicação em um processo e a utilização da palavra são determinantes para seu desenvolvimento e resultado. “A palavra reina soberana no mundo da *contabilidade jurídica*. É sua expressão e seu veículo. Nela, sedimentam-se a validade e o vigor”.¹²³

Não se pode esquecer, contudo, que a linguagem do Direito é rebuscada, formal e mais solene e, deste modo, “querendo e não querendo, impõe e não impõe, prescreve aquilo que veta e veta aquilo que prescreve”. Por outro lado, é ela que possibilita uma tentativa de aproximação entre as partes a fim de permitir a resolução da lide.¹²⁴

Para Silva¹²⁵, especialmente na mediação a comunicação é condição importante, já que é através dela que as partes terão a oportunidade de se modificarem, com o auxílio do mediador, conforme já mencionado. Portanto, ela é

um fator relevante entre as partes. De como se prepara o mediador para administrar o processo de comunicação na mediação, pode depender em grande escala o êxito e o fracasso desta prática de resolução de conflitos. A forma na qual o mediador desempenha seus deveres profissionais revelará suas condições no seu caráter, seu intelectual, sua criatividade, suas habilidades técnicas, seus valores morais e seu desenvolvimento social e comunitário. [...] Muitas vezes a incapacidade das partes de alcançar uma boa comunicação faz com que surja o conflito e cria-se, assim, a necessidade da mediação [...] Na maioria dos casos, as partes não estão conscientes de suas mensagens verbais.

Nesse viés, a regra básica da comunicação é escutar com atenção. O problema é que “as pessoas estão acostumadas a dar por entendida qualquer mensagem antes de ter sido emitida totalmente”, na errada ideia de já saberem o que será dito. Deste

¹²¹ Ibidem, p. 102.

¹²² Ibidem, p. 100.

¹²³ Ibidem, p. 94.

¹²⁴ Ibidem, p. 96.

¹²⁵ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 44.



modo, deve-se “escutar atentamente, inquirir para saber mais, e fazer um resumo do compreendido”.¹²⁶

Para o autor, o litígio é paradoxal, pois aquilo que separa os litigantes é exatamente o que os aproxima, mas pode ser um sistema social a três quando se espera um terceiro que dirima o próprio conflito, ou se espera que o terceiro, reciprocamente, se revele como inimigo ou como aliado; hipótese diversa daquela na qual se realiza um sistema social com um terceiro, no qual se espera que o terceiro, já formalizado, decida sobre o êxito da lide. Em cada caso, compartilhou-se um terreno comum de linguagens e de ordens simbólicas; ou melhor: pode-se dizer, de um certo ponto de vista, que se litiga porque se tem a mesma linguagem e porque se tem em comum a mesma ordem de referencial simbólico.¹²⁷

O sistema jurídico internaliza a dupla amigo-inimigo e a substitui pela inimigo-criminoso, fortalecendo a cumplicidade rival dos conflitantes que é “o coração secreto do conflito antes e independentemente de motivações mais ou menos racionais ou de interesses mais ou menos racionalizáveis”. A rivalidade se fundamenta no antagonismo entre as partes e auxilia na determinação da identidade dos conflitantes, visto que esta se torna mais forte na medida em que é construída sobre o interesse e a própria razão do conflito.¹²⁸

“No conflito nos ‘fixamos’ e vivemos em função do outro conflitante. Não há tampouco a distância de segurança que cada estratégia garante, porque antes de cada estratégia existe a necessidade daquele conflito”. Muitas vezes, os litigantes constroem sua identidade com base na parte rival; em outras, a razão da lide não é simplesmente um direito controverso, mas sim a existência da outra parte.¹²⁹

A legalidade moderna atribui ao Juiz a tarefa de resolver os conflitos, “não somente aqueles que são previstos por uma deliberação legal específica”. Não se está negando o valor do judiciário, apenas o “‘monopólio estatal da jurisdição’ e a racionalidade da competência generalizada do juiz sobre cada gênero de conflito”, já que hoje

o sistema judiciário não é mais capaz de autorregular-se e de regular a própria função de decisão. Isso acontece, importante repetir, não somente por uma dimensão quantitativa que pode ser resolvida reequilibrando os números da dupla partida. Há um aspecto qualitativo que é mais importante e que diz respeito ao gênero e à fenomenologia dos conflitos que um juiz não pode e não deve decidir. Por isso é útil falar não somente de resolução alternativa, mas também de disputas alternativas, porque se enfatizam conflitos desconhecidos e atirados para o papel adesivo às moscas dos ‘remédios’ processuais [...].¹³⁰

¹²⁶ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 95.

¹²⁷ RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 108.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 110.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 111.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 117.



Por isso tudo que os mecanismos alternativos de solução de conflitos, embora diversamente ligados ao processo e não estranhos ao sistema judiciário, realizam variações em relação à rigidez do rito judiciário, especialmente na forma procedimental e resolutive. Porém, deste modo surge a ideia da autorregulamentação dos conflitos por parte do sistema social contrariando o modelo de terceiro, já referido, celebrado pelo judiciário e “que hoje se revela inadequado a respeito da notável diversificação dos conflitos sociais”.¹³¹

As formas alternativas de resolução de conflitos não são renúncias ao sistema judiciário, mas sim uma redefinição de seus confins. Porém, é desviante pensar que tais mecanismos são remédios exclusivos à crise quantitativa da justiça, o que equivale a dizer que as disputas alternativas poderiam ser vistas de forma subalterna em relação aos mecanismos judiciários. A opção pela resolução extrajudicial não exclui a possibilidade da via jurisdicional, pois as partes podem recorrer ao Estado se não houver acordo ou se este for descumprido.¹³²

A partir dessas considerações, o Direito Fraterno não deve ser visto como uma utopia, mas sim, como uma real possibilidade de mudança na resolução de conflitos frente à ineficiência do Poder Judiciário.



¹³¹ Ibidem, p. 118.

¹³² SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

4 CONFLITO E SEU TRATAMENTO

O tratamento dos conflitos¹³³ sociais é feito pelo Estado através de suas leis positivadas. Porém, seu caráter nocivo aliado aos seus prejuízos econômicos e emocionais resultam em uma busca por novas formas de tratá-los, objetivando menor sofrimento às partes e maior eficiência na satisfação de seus interesses. “O conflito parece estar presente em todos os relacionamentos humanos e em todas as sociedades.”¹³⁴

Sociólogos¹³⁵ e politólogos já discutiram muito sobre os conflitos sociais e chegaram a conclusões diferentes. De um lado, há os que veem qualquer grupo social, sociedade ou organização de forma harmônica e equilibrada, considerando o conflito uma perturbação; suas causas estão fora da sociedade. O conflito deve ser reprimido e é caracterizado, portanto, como uma patologia social. São chamados de *continuum* e são representados por autores como Spencer, Durkheim, Pareto, Talcott e Parsons.

De outro, estão aqueles que entendem que qualquer sociedade é composta de conflitos e que através deles é que surgem mudanças e melhoramentos. Neste grupo se encontram autores como Marx, Mill, Simmel, Dahrendorf e Touraine. Há, ainda, os que se encontram em uma posição intermediária, chamada metodologia funcionalista, visto que consideram os conflitos como uma disfunção social (Max Weber, Hegel e Kant).

“Todo conflito, seja constituído por guerras (coletivos), ou pelos individuais, tem pessoas envolvidas as quais são responsáveis pelos acontecimentos”. Será aqui analisada principalmente a visão positiva do conflito, que o considera um “ciclo de reciclagem, pelo qual as pessoas estão se renovando constantemente, através de sua visão não negativa destes”.¹³⁶

4.1 A sociedade e os conflitos

Émile Durkheim¹³⁷ relata que a vida em grupo, de uma forma geral, inicia juntamente com o surgimento da moral e que a conexão ao grupo implica vinculação necessária ao indivíduo, já que a sociedade é o fim eminente de toda atividade moral.

¹³³ Bobbio (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.), refere que o conflito é apenas uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Uma outra possível forma de interação é a cooperação. Qualquer grupo social ou qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem.

¹³⁴ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 19.

¹³⁵ Observa-se que no presente trabalho as diferentes teorias do conflito social não serão aprofundadas tendo em vista a amplitude e abrangência do assunto.

¹³⁶ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 91.

¹³⁷ DURKHEIM, Émile. *Sociologia e filosofia*. São Paulo: Ícone, 2004.



Além disso, enfatiza a importância da sociedade, vez que cada indivíduo incorpora alguma parte dela, é por meio dela que há a transmissão de gerações sucessivas e da civilização, bem como porque é uma autoridade moral. Assim, refere que a sociedade

é ao mesmo tempo a fonte e a guardiã da civilização, porque ela é o canal pelo qual a civilização chega até nós, ela nos aparece, portanto, como uma realidade infinitamente mais rica, mais alta do que a nossa, uma realidade da qual nos vem tudo o que temos diante dos olhos, e que, entretanto, nos transcende por todos os lados já que, dessas riquezas intelectuais e morais das quais elas têm a guarda, algumas parcelas somente alcançam a alguns de nós. E quanto mais nós avançamos na história, mais a civilização humana se torna uma coisa enorme e complexa; [...] Afinal, o que é uma autoridade moral, senão o caráter que atribuímos a um ser, não importa se real ou se ideal, mas que concebemos como constituindo uma potência moral superior àquela que nós somos? Todavia o atributo característico de toda autoridade moral é o de impor o respeito; em razão desse respeito, nossa vontade difere das ordens que aquela prescreve. A sociedade, portanto, tem nela tudo o que é necessário para comunicar a certas regras de conduta esse mesmo caráter imperativo, distintivo da obrigação moral.¹³⁸

É considerada sociedade civilizada aquela em que os direitos de cidadania se combinam facilmente com as diferenças de raça, religião ou cultura.¹³⁹

A composição da sociedade pressupõe uma diferença de nível entre cada indivíduo e a massa. O indivíduo pode possuir quantas qualidades quiser, mas quanto mais isso acontecer, mais inverossímil será a igualdade e a possibilidade de formação de unidade com a qualidade dos outros.¹⁴⁰ Segundo Simmel, o problema da sociedade está nas relações que suas forças e formas estabelecem com os indivíduos – e se a sociedade existe dentro ou fora deles. Mesmo quem reconhece a ‘vida’ autêntica somente nos indivíduos, e identifica a vida da sociedade com seus membros individuais, não poderia negar uma variedade de conflitos reais entre indivíduo e sociedade. De um lado, porque, nos indivíduos, os elementos fundem-se no fenômeno particular denominado ‘sociedade’, e esta adquire seus próprios pilares e órgãos que se contrapõem ao indivíduo com exigências e atitudes como se fosse um partido estranho. Por outro lado, o conflito está sugerido justamente por meio da inerência da sociedade no indivíduo. Pois a capacidade do ser humano se dividir em partes e sentir qualquer *parte* de si mesmo como seu ser autêntico – parte que colide com outras partes e que luta pela determinação da ação individual – põe o ser humano, à medida que ele sente como ser social, em relação frequentemente conflituosa com os impulsos de seu eu que *não* foram absorvidos pelo seu caráter social. O conflito entre

¹³⁸ Ibidem, p. 69.

¹³⁹ DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. São Paulo: Edusp, 1992.

¹⁴⁰ SIMMEL, Georg. *Questões fundamentais da sociologia: indivíduo e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.



a sociedade e o indivíduo prossegue no próprio indivíduo como luta entre as partes de sua essência.¹⁴¹

Porém, é impossível separar o indivíduo¹⁴² de sua situação social, pois o sujeito só existe como movimento social. Todos os movimentos sociais, por sua vez, são interiormente divididos porque servem à racionalização e à subjetivação de formas diferentes.¹⁴³

Além disso, Touraine¹⁴⁴ entende que a ideia de sujeito está diretamente ligada à ideia de contestação e racionalização, haja vista que

a sociedade moderna tende a negar sua própria criatividade e seus conflitos internos e a se representar como um sistema autorregulado, escapando portanto aos autores sociais e seus conflitos. [...] É por isso que a ideia de sujeito é antes de tudo contestadora, o que permite defender a formulação extrema colocada como título deste capítulo: *o sujeito como movimento social*. A ideia do sujeito certamente não pode ocupar uma posição extrema, porque sua importância é por demais central, mas ela não pode mais estar simplesmente no centro da análise, uma vez que não é ela sozinha, mas o par que ela forma com a ideia de racionalização, que define as orientações culturais da sociedade moderna. A ideia de racionalização tende com maior frequência combinar centralidade cultural e associação à gestão da ordem estabelecida; a ideia de sujeito tende a ocupar um lugar culturalmente central, mas ela está associada a um conteúdo social contestador. A racionalização está mais fortemente ligada à ação das forças dirigentes, enquanto que a subjetivação muitas vezes constituiu o tema central do movimento social das categorias dominadas.

Todos os acontecimentos da sociedade são fenômenos da natureza humana, gerados por ações de circunstâncias externas sobre os indivíduos; se, neste caso, os pensamentos e sentimentos estão sujeitos a leis fixas os fenômenos sociais¹⁴⁵ serão consequência dessas precedentes. A variedade de circunstâncias de que dependem os resultados em diferentes casos pode ser tão vasta de forma que se deve atentar às

¹⁴¹ Ibidem, p. 83.

¹⁴² É em termos de autor e de conflito social que se deve definir o sujeito: ele não é um princípio que paira acima da sociedade nem o indivíduo na sua particularidade; ele é um modo de construção da experiência social, como o é a racionalidade instrumental. (Ibidem).

¹⁴³ TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 257.

¹⁴⁵ As leis dos fenômenos sociais, por sua vez, “não são nem podem ser outra coisa senão as ações e paixões dos seres humanos unidos entre si em estado de sociedade. Entretanto, os homens, em um estado de sociedade, são ainda homens; suas ações e paixões obedecem às leis da natureza humana individual. Os homens não são, quando reunidos, transformados em outro tipo de substância com propriedade diferente, como o hidrogênio e o oxigênio são diferentes na água, ou como o hidrogênio, o oxigênio, o carbono e o azoto são diferentes dos nervos, músculos e tendões. Os seres humanos em sociedade não têm outras propriedades além daquelas que são derivadas e que podem ser resolvidas nas leis da natureza do homem individual. Nos fenômenos sociais, a Composição de Causas é a lei universal.” (MILL, John Stuart. *A lógica das ciências morais*. São Paulo: Editora Iluminura Ltda, 1999, p. 77).



conjunturas de cada caso particular e adaptar as medidas aos efeitos que resultam dessas conjunturas.¹⁴⁶

Não existe sociedade na qual todos os seus componentes sejam iguais ou quase iguais, o que leva à criação de interesses comuns para a busca de sobrevivência.¹⁴⁷ Justifica esta diferença social através da desigual distribuição das chances de vida, que, por sua vez, resulta das estruturas de poder, já que este “gera não apenas a desigualdade, mas, pelo mesmo motivo, conflito. Cria interesses em mutação como também interesses no *status quo*.”.

É a estrutura social que determina os processos sociais e estes formam a identidade; “as sociedades têm histórias no curso das quais emergem particulares identidades. Estas histórias, porém, são feitas por homens com identidades específicas.” A identidade é elemento-chave da realidade subjetiva e, ao ser estabelecida pela estrutura social, acaba modificando-a, mantendo-a ou até mesmo remodelando-a.¹⁴⁸

Com as revoluções sociais a qualidade do conflito mudou e muitas pessoas passaram a participar deles, caracterizando o conflito de classe¹⁴⁹. “A história de todas as sociedades até hoje existentes é a história da luta de classes”.¹⁵⁰

Para Marx, as classes sociais são a expressão do modo de produzir da sociedade, haja vista que este modo de produção também é definido pelas relações entre elas e os instrumentos de produção. Além de referir o antagonismo de classes, menciona por vezes sua pluralidade, que, por sua vez, se explica em razão dos diversos níveis em que se inserem. Ou seja, a diferença no processo de produção faz com que os interesses das classes se contraponham.¹⁵¹

Para Weber, o conceito de classe diverge em alguns pontos, vez que o analisa através de uma perspectiva econômica; neste caso, pertencem à mesma classe aqueles que possuem a mesma situação em relação ao mercado e às possibilidades de acesso aos bens que ele oferece. Para ele, destarte, nota-se que a formação de classes não se baseia na divisão social do trabalho, mas sim no desenvolvimento de

¹⁴⁶ MILL, John Stuart. *A lógica das ciências morais*. São Paulo: Editora Iluminura Ltda, 1999.

¹⁴⁷ DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. São Paulo: Edusp, 1992.

¹⁴⁸ BERGER, Peter I.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

¹⁴⁹ A origem do conflito de classe é, para Dahrendorf (1992), encontrada nas estruturas de poder, as quais não possuem mais a qualidade absoluta de hierarquia entrincheirada; o assunto do conflito de classe são as chances de vida, mais precisamente, é a distribuição desigual das chances de vida. Os que estão em situação de desvantagem exigem daqueles que estão em posição de vantagem mais prerrogativas e provimentos. A luta, primeiro latente e quase invisível, depois aberta e integralmente organizada, conduz a uma maior disseminação dos dois. Mas tem, sobretudo, um efeito que descreve a história das sociedades modernas: transforma as diferenças de prerrogativas em diferenças de provimentos. Passamos progressivamente das desigualdades qualitativas para as desigualdades quantitativas. As barreiras de *status* dão lugar às gradações de *status*.

¹⁵⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 1998, p. 40.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Diário de um século*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.



formas de economia de mercado; ademais, não determinam necessariamente a formação de grupos sociais efetivos.¹⁵²

Logo, o surgimento das classes sociais é uma consequência das desigualdades existentes na sociedade. No entanto, nem todas as desigualdades sociais resultam na formação de classes: somente aquelas que se reproduzem ao passar de uma geração a outra. Isso não significa dizer que o nascimento é critério determinante para fazer parte de uma classe social, mas sim que se pode pertencer a uma classe de fato e não por direito. A partir disso, é possível afirmar que as sociedades históricas conhecidas foram classistas e que

para identificar uma Classe social, não basta isolar as características comuns aos membros dessa Classe; é necessário, ainda, observar se, além destas características, os indivíduos revelam um sentimento de comunidade e solidariedade, compartilham um destino comum e uma comum concepção da sociedade, se se reconhecem como iguais e consideram os que não pertencem à Classe como diversos.¹⁵³

Touraine¹⁵⁴ faz uma análise da sociedade moderna, sobretudo de seus conflitos, e assevera que os antigos movimentos sociais estão se deteriorando ao mesmo tempo em que novos vão surgindo – mesmo desprovidos de organização e capacidade de ação – cedendo lugar a uma nova geração de problemas e conflitos sociais e culturais. O mundo vive hoje a fusão entre racionalização e subjetivação nas filosofias da história, ora separando-se, ora complementando-se. Segundo ele, vive-se a passagem de uma sociedade à outra, sem esquecer que a ideia de sujeito é inseparável da ideia de relação social.

Dahrendorf¹⁵⁵, ao falar de conflitos sociais, menciona que suas energias podem crescer até um estado de tensa confrontação que culmina em revoluções sociais; “as revoluções¹⁵⁶, neste caso, são momentos melancólicos da história”.

Os conflitos, portanto, fazem parte do processo de integração social do indivíduo ocasionando as mudanças e transformações. É evidente, por outro lado, que essas mudanças sociais estão diretamente ligadas às modificações do direito e sua aplicação na sociedade. Muitos autores afirmam que o direito é determinado pelo contexto sociocultural – a sociedade produz o direito que lhe convém – e sustentam a possibilidade de imposição de interesses por grupos que detêm o poder; sustentam o

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ Ibidem, p. 174.

¹⁵⁴ TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.

¹⁵⁵ DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. São Paulo: Edusp, 1992, p. 21.

¹⁵⁶ “A palavra ‘revolução’ foi usada durante muito tempo para duas versões bem diferentes de mudanças dramáticas. Uma é a mudança profunda, a transformação das estruturas nucleares de uma sociedade, o que, pela natureza do caso, toma algum tempo; a outra, é a mudança rápida, notadamente a circulação em dias ou meses dos que estão no topo, através de uma ação altamente visível, frequentemente violenta. A primeira poderia ser chamada de revolução social, a segunda de revolução política.” (Ibidem, p. 21)



posicionamento realista. Os autores que se situam em posicionamento contrário defendem a ideia de que é o direito que determina os processos sociais, pois atua sobre a realidade conseguindo modificá-la, sustentando o posicionamento idealista.¹⁵⁷

Neste caso, é possível conciliar os dois posicionamentos apresentados ao entender que o direito possui caráter dinâmico e exerce duplo papel dentro da sociedade: “Ele atua como fator determinante da realidade social e, ao mesmo tempo, como um elemento determinado por esta realidade”.¹⁵⁸

Nessa esteira, Talcott Parsons¹⁵⁹ afirma que “um sistema jurídico muito desenvolvido é decisivo para uma comunidade societária estável”; no entanto, “a ‘burocracia’ tornou-se um proeminente símbolo negativo, pois supõe um controle centralizado e severo através de autoridade e regras rígidas”.

Por isso, conflito social e jurisdição¹⁶⁰ possuem um liame bastante forte, na medida em que esta se dirige à eliminação daquele; todavia, a prestação jurisdicional está em crise¹⁶¹ sob diversas perspectivas. A sofisticação das relações sociais aliada ao monopólio da jurisdição estatal acaba afastando a justiça privada pois o Direito, desenvolvido e inserido em uma sociedade de massas que busca resolver seus intrincados e sempre emergentes conflitos, sofre os reflexos do crescimento estatal, pois, embora tenhamos um número crescente de dispositivos legais, somos carentes de uma teoria jurídica apta a responder a tais pretensões. Assim, quando se fala em crise do Estado, este tema está intrinsecamente ligado à crise da Justiça e do próprio Direito, e quando se fala em um repensar das funções estatais diante das mesmas, automaticamente este se projeta sobre seu braço ordenador, o Direito.¹⁶²

Conforme explicitado no primeiro capítulo, o Estado é a única instância social que possui aparelhos de violência fortes e legais para impor sua política e exercer o monopólio da violência legal: “os aparelhos do Estado atuam, em geral, com base nas normas jurídicas que lhes oferecem a possibilidade (competência) de atuar, estabelecendo as finalidades e os limites desta atuação”.¹⁶³

¹⁵⁷ SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 82.

¹⁵⁹ PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974, p. 115.

¹⁶⁰ É através da jurisdição que se emana a soberania estatal pois compreende a aplicação do direito, não podendo ser confundida com legislação, que é a criação de normas de conduta. (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999).

¹⁶¹ As crises pelas quais passa a jurisdição envolvem várias questões. A crise estrutural é fruto da escassez de recursos (inaptações de caráter tecnológico, deficiência formativas dos operadores jurídicos, infra-estrutura, pessoal, equipamentos, custos); a crise pragmática se refere à linguagem formal utilizada, à burocratização e ao acúmulo de demandas; a chamada crise tecnológica envolve, em um aspecto bastante amplo, a incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos em construir novos instrumentos legais e ao mesmo tempo (re)formularem suas mentalidades; e, por fim, a crise paradigmática compreende a inadequação dos conteúdos e métodos utilizados pelo Direito para solucionar os conflitos. (*Ibidem*).

¹⁶² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

¹⁶³ SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 96.



É evidente que não existe mais equilíbrio entre o sistema jurídico e a situação social, pois aquele se rege pelo normativismo que criou uma estrutura capaz de resolver conflitos individuais. Por isso, vive-se “um momento de desconformidade interna, onde há um aumento extenso e intenso de reivindicações de acesso à Justiça” em contraponto a “instrumentos jurisdicionais notoriamente insuficientes e ineficientes para atender e satisfazer subjetiva e objetivamente o conjunto de demandas que lhe são propostas”.¹⁶⁴

A contrapartida que surge para a solução de contendas é a utilização de instrumentos consensuais¹⁶⁵ e extrajudiciários. A estrutura de tais mecanismos permite a diferenciação do modelo tradicional de jurisdição, no qual um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito. As formas alternativas de resolução de conflitos beneficiam tanto as partes, quanto o próprio Estado: aquelas se incorporam ao procedimento, harmonizadas e equilibradas, fazendo com que a solução se torne flexível e descentralizada, enquanto que o Estado fica desincumbido da resolução, restando-lhe uma função simbólica e referencial para homologações e apelos.¹⁶⁶

Existem várias formas¹⁶⁷ alternativas de resolução de conflitos como a mediação, a arbitragem, a negociação, entre outros, as quais possibilitam a participação das partes na solução de suas contendas. Porém, será aqui analisada de forma ampla a mediação como a principal proposta de restabelecimento de paz e justiça entre as relações humanas, pois, segundo Elígio Resta, é a mais adequada.

¹⁶⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

¹⁶⁵ O termo consenso denota a existência de um acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, bem como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para alcançá-los. Expressa-se, assim, nas crenças que são mais ou menos partilhadas pelos membros de uma sociedade. Para Bobbio (1998), a variedade de fenômenos em relação aos quais pode ou não haver acordo leva a crer que o termo consenso deve ser entendido através de graus, que se modificam de uma sociedade para outra e de uma época para outra. Nesse sentido, importante analisar o grau de homogeneidade da sociedade sob o aspecto sócio-cultural, a sucessão de regimes políticos diversos e relativos ao funcionamento do sistema, mudanças econômico-sociais, transformações estruturais e inovações tecnológicas.

¹⁶⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

¹⁶⁷ Ao contrário da mediação, na qual o terceiro – mediador – não busca interesse algum na contenda e não decide o conflito (conforme será demonstrado adiante), na negociação o negociador apenas defende os interesses de seu cliente durante todo o processo, de modo que o cliente sairá satisfeito se o negociador fizer um bom trabalho. Já na arbitragem o procedimento é bastante semelhante à mediação, com exceção do terceiro estranho que possui competência para decidir quem está com a razão, sendo que sua decisão tem força resolutive. “Verifica-se então que a mediação é o único mecanismo em que as partes decidem por sua própria consciência e vontade e isto se dá graças à figura do mediador” (SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 18). As outras formas de resolução de conflitos, que não a mediação, não serão aprofundadas em razão da abrangência do assunto.



4.2 Mediação

Ao discorrer sobre o tema, Silva¹⁶⁸ afirma que a mediação é uma “técnica privada da solução de conflitos que vem demonstrando no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais”. Mais que isso, refere que a mediação é um método “não adversarial”, já que não há “imposições de sentenças ou laudos”, permitindo às partes a busca de seus verdadeiros interesses e sua preservação através de um acordo.

Já Bolzan de Moraes e Spengler¹⁶⁹, além de falar sobre a mediação, tratam da “jurisconstrução” que prevê justamente a ideia do direito construído em conjunto: por isso que propomos como gênero o estereótipo jurisconstrução, na medida em que esta nomenclatura permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado, o dizer o Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o elaborar/concertar/pactar/construir a resposta para o conflito em que reúne as partes.

A mediação possibilita uma comunicação entre as partes, permitindo-as apresentar propostas entre si para um possível acordo.¹⁷⁰ Eligio Restá descreve esse processo ao mencionar a importância da figura do mediador. Assevera que este é um tradutor que deve ficar no meio das linguagens diversas, deve conhecer duas línguas e servir de trâmite, de meio, entre uma e outra; importante função essa quanto mais línguas, linguagens, culturas, mundos entram em contato e têm necessidade de transformar o conflito potencial em comunicação.

Facilitando a comunicação entre os conflitantes a mediação ganha importância como espécie do gênero justiça consensual, no qual as pessoas acabam se apropriando do poder de gerir seus próprios conflitos, ao contrário da jurisdição estatal. Assim, através deste instituto, busca-se solucionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado e neutro. Este terceiro denomina-se mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas¹⁷¹

O autor ainda salienta que através da mediação as pessoas podem compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, criando uma possível solução na qual todos podem ficar satisfeitos. Aponta, também, diversas características do procedimento que serão especificadas a seguir. A primeira delas é a *privacidade*, visto que o ambiente do processo é secreto e só revelado se for a vontade das partes; este princípio será desconsiderado, entretanto, em casos nos quais estejam presentes o interesse público através da quebra da privacidade por determinação legal. Outra característica inerente à mediação é a *economia financeira e de tempo*, haja vista a celeridade do processo e sua consequente diminuição de custos, contrapondo-se diretamente aos processos judiciais. O autor refere que a demora no solucionamento

¹⁶⁸ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 13.

¹⁶⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

¹⁷⁰ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 131.

¹⁷¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 133.



da questão faz com que o direito da pessoa seja ignorado por ela própria, já que prefere abdicá-lo a enfrentar trâmites lentos e burocráticos.¹⁷²

A *oralidade* é um elemento da mediação capaz de demonstrar sua informalidade, pois traz a oportunidade de as partes debaterem seus problemas à procura de uma solução plausível. Esta talvez seja a principal característica, vez que os principais litígios ocorrem em relações de convivência cotidiana, por exemplo, entre vizinhos, na família ou no emprego, os quais, muitas vezes, não buscam simplesmente a satisfação do prejuízo, mas sim, a restauração da relação envolvida e do ambiente em que estão inseridos. Nota-se que o estado emocional das partes é decisivo para a solução do conflito; em contrapartida, o Poder Judiciário tende a afastar ainda mais as partes quando acionado, fato que também pode ser encontrado na próxima característica.¹⁷³

A *reaproximação das partes* é um dos objetivos da mediação, ao contrário da jurisdição tradicional. A *autonomia das decisões*, por sua vez, também vai de encontro ao poder Judiciário, já que as decisões tomadas pelas partes não precisam da homologação daquele, permitindo a interferência do mediador na hipótese de decisões injustas ou imorais. E, por fim, a mediação se preocupa fundamentalmente com o *equilíbrio das relações entre as partes*, tendo em vista a busca pela restauração da harmonia social entre elas.¹⁷⁴

O autor afirma, ainda, que a finalidade da mediação é a satisfação das partes, ou seja, pacificação do conflito pelo encontro dos interesses de ambas e é por esse motivo que diversos autores mencionam que neste processo não há ganhadores ou perdedores, o que é difícil de ser entendido pelas pessoas, especialmente os profissionais da área jurídica.¹⁷⁵

Possuindo como base estas características, a mediação é definida como

a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos.¹⁷⁶

É através dela que as distâncias e os avizinhamentos são compartilhados, pois indica um espaço comum e participativo: “não é espaço de subtração como aquele ocupado pelo juiz que deve perder a própria identidade e mascarar-se, confundindo-se, no espírito da lei”. Abandona-se, na mediação, a hipócrita ilusão da imparcialidade

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.



do terceiro indicado pelo Estado.¹⁷⁷ Tal se dá em função da figura e do papel que exerce o mediador, cuja análise se dará adiante.

4.2.1 O mediador

O mediador pode ser indicado pelos conflitantes conforme sua vontade. Assim, ele deve ser alguém preparado para exercer a função possuindo conhecimento jurídico e técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo. Moore¹⁷⁸ considera o mediador “uma pessoa indiretamente envolvida na disputa. É um fator crítico no manejo e na resolução do conflito, pois consiste na participação de uma pessoa externa, portadora de novas perspectivas com relação às questões que dividem as partes e processos mais eficientes para construir relacionamentos que conduzem à solução dos problemas”.

Talvez a melhor forma de conceituar um mediador é dizendo o que ele não é: não é um juiz, pois não impõe um veredicto, mas como um juiz, deve ter o respeito das partes conquistado com sua atuação e imparcialidade. Não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados. Dependerá das partes a conclusão da mediação com um acordo ou não. Não é um árbitro que emite um laudo ou decisão. O mediador, ainda que seja um experto no tema tratado, não pode dar assessoramento sobre o assunto em discussão. Ele cuida do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes. Resumindo, o mediador conduz sem decidir. É neutro em tudo o que seja esperado dele como intervenção na decisão; nessa condição deve fazer com que as partes participem ativamente na busca de melhores soluções.¹⁷⁹

Importante salientar que o mediador trabalha para o processo e não para uma das partes especificamente. Isto é, um processo que objetiva tão somente a satisfação pessoal de um em prejuízo ao outro não terá sucesso, já que a mediação visa à resolução do conflito de forma pacífica. Isso leva a concluir que no processo em que haja mediação não haverá ganhador/perdedor ou procedência/improcedência, mas sim, duas partes que entrarão em consenso e decidirão a lide conforme sua vontade.¹⁸⁰

Nestes termos, “a virtude do mediador é aquela do estar no meio, de compartilhar, e até mesmo do ‘sujar as mãos’”. O mediador que se coloca como tal deixa de ser mediador e assume uma posição estranha, *super partes*, incapaz de assumir o litígio como o elemento comum das partes, que é também o meio simbólico a ser transformado e reutilizado, para reativar a capacidade comunicativa. Um mediador que faz os interesses de um ou de outro promove a falência da mediação e

¹⁷⁷ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 125.

¹⁷⁸ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

¹⁷⁹ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 109.

¹⁸⁰ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.



perde a sua identidade, transformando-se em advogado ou juiz demasiadamente parcial, senão corrompido; mas para isto já existem os juízes e os advogados com os seus vícios e suas tantas virtudes. A mediação é outra; é um ficar entre as partes e inserido entre elas, não encontrar um espaço neutro e equidistante, no qual resida a grande utopia do moderno que é ter a qualidade de terceiro.¹⁸¹

É imprescindível que haja aceitabilidade por parte dos disputantes, no sentido de permitir que uma outra pessoa entre na disputa para ajudar na chegada de uma definição. No entanto, isto não significa necessariamente que as partes “recebam muitíssimo bem o envolvimento do mediador e estejam dispostas a fazer exatamente o que ele diz”, mas sim, que “aprovam a presença do mediador e estão dispostas a ouvir e considerar seriamente suas sugestões”.¹⁸²

Como a mediação é praticada em diversas situações (fóruns, conflitos, culturas), o tipo de relacionamento que o intermediário tem com as partes influencia o tipo de interferência que é utilizada para ajudá-las. Christopher Moore¹⁸³ elenca três grandes classes de mediadores que se definem a partir de sua relação com as partes: os da rede social, os com autoridade e os independentes. Os mediadores da rede social, como o próprio nome já diz, são indivíduos que fazem parte de uma rede social duradoura e comum, por exemplo, amigo pessoal, vizinho, sócio, colega de trabalho, autoridade religiosa, entre outros. Caracteriza-se por ser conhecido pelos disputantes e por passar uma ideia de confiança a eles. “O mediador da rede tem uma obrigação pessoal com as partes de ajudá-las como amigo – um desejo de ajudá-los a manter relacionamentos interpessoais agradáveis, tanto no presente quanto a longo prazo”.

Os mediadores que possuem relacionamento de autoridade com os litigantes estão em situação superior (ou mais poderosa), capaz de influenciar na disputa, não significando que tomarão decisões por eles. Pelo contrário, em regra, tentam influenciar indiretamente as partes com o intuito de persuadi-las a chegar às próprias conclusões. Eventualmente, exercerão importante influência ou pressão, “talvez visando limitar os parâmetros do acordo. Podem até acenar com a possibilidade de uma decisão unilateral, como um suporte para uma tomada de decisão cooperativa se as partes não estiverem conseguindo chegar a um acordo.”¹⁸⁴

Os mediadores com autoridade se subdividem em: benevolentes, administrativos/gerenciais e com interesse investido. Aqueles com autoridade benevolente almejam um acordo que seja suficiente e razoável para as partes, não se preocupando em satisfazer suas necessidades ou interesses ligados à resolução. Podem, no entanto, possuir interesses pessoais na justiça e minimização do conflito, bem como interesses psicológicos na manutenção de sua posição pessoal “ajudando efetivamente os indivíduos a resolver suas diferenças ou sendo vistos como servidores dos interesses mais amplos de paz e harmonia na comunidade”. O outro mediador

¹⁸¹ RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 126.

¹⁸² MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

¹⁸³ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 50.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 51.



com autoridade, denominado administrativo/gerencial, também possui certa autoridade organizacional sobre as partes, mas se difere do benevolente essencialmente porque possui interesse fundamental no resultado; geralmente ocupa posição superior em uma comunidade. O terceiro e último tipo de mediador com autoridade, chamado mediador com interesse investido se parece com o anterior na medida em que possui interesses fundamentais e processuais no resultado da disputa, porém, o que os diferencia é justamente o grau em que seus interesses são defendidos. Em geral, possui “interesses específicos e objetivos em relação a todos os aspectos da disputa e defende estes objetivos com entusiasmo e convicção”.¹⁸⁵

Por fim, o mediador independente é aquele dotado de neutralidade e imparcialidade; é encontrado em culturas que desenvolveram tradições de aconselhamento ou assistência profissionais independentes e objetivas e que preferem receber conselhos de pessoas de fora delas. Os que pertencem a estas culturas mantêm os grupos que participam separadamente (família, vizinhos, membros da Igreja, etc) e confiam em especialistas como terapeutas, consultores financeiros, conselheiros legais, entre outros: “um consultor ou assistente de uma área pode ter pouca ou nenhuma conexão com outro aspecto da vida de um indivíduo”.¹⁸⁶

Silva¹⁸⁷ assevera que o mediador inaugura um novo tipo de profissional, porquanto não é um advogado, nem psicólogo ou médico, além de dever ser imparcial e investigar “para conhecer os reais interesses”. Além disso, só as próprias partes sabem o que é melhor para elas e, portanto, ele deve falar para que elas falem e se questionem.

Na sessão de mediação em si o mediador deve se valer de várias estratégias e movimentos capazes de ajudar os negociantes a iniciarem a troca de informações de forma harmônica e equilibrada e a grande parte desses movimentos ocorrem perto do início do primeiro encontro conjunto ocorrido na presença do mediador. O autor¹⁸⁸ parte do pressuposto de que as partes ainda não tiveram nenhum encontro conjunto antes do ocorrido com o mediador.

O mediador, por sua vez, entra na disputa “como resultado de (1) iniciativa direta das partes, (2) recomendações de partes secundárias, (3) iniciativa direta do mediador ou (4) indicação de uma autoridade reconhecida, como um dirigente ou agência governamental”. Cada um desses meios acarreta uma estratégia específica em relação às atividades desenvolvidas. Sem esquecer que as pessoas em conflito geralmente relutam em pedir ajuda a um terceiro, temendo um enfraquecimento ou prejuízo na possibilidade de um resultado satisfatório. “A relutância em chamar um mediador é especialmente forte quando as partes estão no meio das negociações e chegaram a um impasse.”¹⁸⁹

¹⁸⁵ Ibidem, p. 54.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 55.

¹⁸⁷ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 113.

¹⁸⁸ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

¹⁸⁹ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 81.



Entretanto, independentemente da forma como o mediador entrou no processo, deve ele realizar algumas tarefas específicas, como construir sua credibilidade através de ideias originais, senso de humor adequado, entre outros; estabelecer o *rapport* entre as partes, ou seja, definir o grau de liberdade da comunicação entre elas, nível de conforto e grau de precisão na comunicação; instruir os disputantes sobre o processo, explicando seu papel e minimizando surpresas, esclarecendo a sequência dos passos e ensinando a resolução dos problemas; e conseguir um compromisso comum das partes, que pode ser explícito ou implícito.¹⁹⁰

Para que se inicie o processo, portanto, o mediador precisa obter o compromisso das partes para que possa desenvolver o plano de mediação, que, por sua vez,

é uma sequência de passos de procedimentos iniciados pelo interventor que vai auxiliar os negociadores na exploração e realização de um acordo. O detalhamento do plano depende do tipo e da complexidade do conflito, da profundidade de conhecimento do mediador sobre a disputa, do tempo disponível para o planejamento e da quantidade de controle sobre o processo de negociação que os disputantes delegaram ao interventor.¹⁹¹

Moore¹⁹² entende que é importante referir que o planejamento da mediação existe durante todo o processo, mas é no início que a intervenção do mediador deve ser mais ativa. Além disso, pode programar encontros separados com as partes para coletar informações antes das negociações conjuntas, com o intuito de refletir melhor e poder desenvolver o plano de forma ponderada. Mas, “se a primeira coleta de dados for realizada com todas as partes reunidas, e elas esperarem progresso já na mesma sessão, o plano de mediação terá que ser traçado no primeiro encontro”. Esta escolha quanto ao plano varia conforme cada mediador.

Nesta fase do processo, então, as tarefas do mediador se resumem a estabelecer um tom de confiança entre os litigantes, encorajando-os a expressarem suas emoções de forma equilibrada e sem demonstrações destrutivas, fazendo com que desenvolvam uma estrutura que suporte a instrução mútua sobre seus interesses e sobre questões que gostariam de discutir, através de uma estrutura que aumente as possibilidades de comunicação precisa.¹⁹³

O indivíduo que participa do conflito “está sempre angustiado, por isso é fundamental que o mediador o ajude a acalmar-se”. Quando esta angústia se transforma em medo pode ocorrer a “escalada da violência fazendo com que se confunda as pessoas com o problema”.¹⁹⁴

No início da sessão, os disputantes, após se comprometerem com o mediador, declaram suas ideias e interesses fundamentais; esta abertura pode estar concentrada em questões essenciais, focalizada nos procedimentos ou nas condições psicológicas

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Ibidem, p. 129.

¹⁹² Ibidem, p. 129.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 107.



dos litigantes, dependendo sua escolha do tipo de disputa, da capacidade de concentração e da intensidade emocional deles, cabendo ao mediador focalizar o processo que trará maior sucesso.¹⁹⁵

As consequências da mediação, para Resta¹⁹⁶, encontram-se no fato de colocar em crise o caráter abstrato do juiz e sua qualidade de terceiro, bem como valorizar a experiência cognitiva do conflito e não normativa na pessoa do mediador. Para Silva¹⁹⁷ o maior benefício da mediação é o fato de resolver a lide em curto espaço de tempo, com baixos custos e a manutenção de um relacionamento entre as partes através da construção da solução mais benéfica.

Silva¹⁹⁸ também sustenta que a mediação é um processo rápido, no qual ocorre “a composição de interesses e não a definição de direitos”, e é composto de oito estágios, quais sejam: iniciação (quando as partes optam pela mediação e escolhem o mediador), preparação (informação às partes sobre as características da disputa e resultados que almejam), introdução (esclarecimento do procedimento e aceitação das partes), declaração do problema (discussão aberta das controvérsias), esclarecimento do problema (especificação do problema pelo mediador), geração e avaliação de alternativa(s) (o mediador estimula as partes a se questionarem, conduzindo-as à produção de alternativas), seleção de alternativa(s) (o mediador aponta as soluções inviáveis e praticáveis) e acordo (esclarecimento dos termos do acordo e a confirmação da aceitação das partes). Pode haver a necessidade de retornar a alguma etapa anterior para maiores esclarecimentos, que deve ser percebida e efetivada pelo mediador.

A finalização do procedimento de mediação compreende a formalização do acordo. Esta fase necessita da concretização de duas etapas: a “implementação dos procedimentos de indução ao compromisso que vão melhorar a probabilidade de cumprimento”, bem como “alguma forma de atividade simbólica de encerramento do conflito”.¹⁹⁹

Portanto, o acordo celebrado entre os litigantes deve ser o mais realista possível para conseguir satisfazê-los ao máximo, prevenindo complicações futuras e possibilitando maior durabilidade. Assevera a importância da elaboração do acordo em uma linguagem fácil e compreensível, contendo todas as especificações decididas pelas partes.

A mediação é um procedimento capaz de resolver problemas, porém é, também, potencialmente, uma oportunidade para estabelecer, definir, edificar ou terminar relacionamentos. Tanto os aspectos da mediação referentes à resolução de problemas quanto à definição de relacionamentos ocorrem no contexto da discussão de questões e interesses que podem ser de natureza essencial, processual ou psicológica. É, em

¹⁹⁵ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

¹⁹⁶ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

¹⁹⁷ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 80.

¹⁹⁹ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 268.



geral, conveniente para ambas as partes e para o mediador que, no início das negociações, algumas questões ou tópicos fundamentais a serem tratados – se não todos – sejam identificados, para que as partes e o intermediário possam desenvolver um processo eficaz para discuti-los.²⁰⁰

É importante mencionar que as formas alternativas de resolução de conflitos também recebem críticas, tais como: desequilíbrio de poder entre os litigantes, já que na maioria dos casos o conflito envolve pessoas com posições econômicas diferentes, fazendo com que as de menor poder acordem por falta de recursos; o problema da representação, já que as partes estarão agindo por si mesmas; a falta de fundamento para atuação judicial posterior, na medida em que a decisão tomada pelas partes limitará sua possível modificação pelo Juiz; e a ideia de que a justiça deva prevalecer antes que a paz, com o intuito de não reduzir a função social da decisão jurisdicional, pois um acordo não se equivale a uma sentença judicial.²⁰¹

Importante ressaltar que mediação e conciliação são coisas diferentes. Para Eligio Resta²⁰², a primeira diz respeito ao procedimento em que dois conflitantes reativam a comunicação através da intervenção de um *mediador*; a segunda é menos procedimento e mais efeito, é muito mais orientada para o resultado, enquanto a primeira é orientada, justamente, ao meio.

Dentre os problemas encontrados no procedimento, Moore²⁰³ elenca os principais: emoções fortes, percepções erradas de uma parte em relação à outra, problemas ligados à legitimidade, falta de confiança e deficiência na comunicação. Para que a mediação tenha sucesso, o mediador precisa saber lidar com os problemas mencionados; por exemplo, deve minimizar e neutralizar os efeitos das emoções negativas, utilizando-se de estratégias capazes de reprimi-las; deve, ainda na fase da conciliação, reduzir as barreiras perceptuais da negociação, identificando-as, avaliando-as e ajudando os litigantes a demonstrarem atitudes similares que encorajem a associação comum; em relação aos problemas de legitimidade, precisa conseguir a aceitação e reconhecimento entre as litigantes como partes e não como oponentes, dominando seus interesses e suas emoções. Necessita, também, aumentar aos poucos os sentimentos e as percepções positivas, traduzidas no sentimento de confiança de uma negociação produtiva. Por fim, como a comunicação entre as partes é um dos elementos fundamentais da mediação, é importante que não ocorra deficiência em seus canais; qualquer gesto, contato ou comportamento devem ser controlados e adequados.

A mediação, de certa maneira, é forma de humanização, tendo em vista seu caráter harmônico e defensor da dignidade da pessoa humana. Moore²⁰⁴ menciona que a negociação vem sendo reconhecida como um processo psicológico.

²⁰⁰ Ibidem, p. 188.

²⁰¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

²⁰² RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 124.

²⁰³ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

²⁰⁴ Ibidem.



Ademais, a mediação traz um novo paradigma capaz de humanizar os conflitos e também, por consequência, o Poder Judiciário porque faz com que a construção da solução seja realizada pelas próprias partes, gerando maior comprometimento dos envolvidos na medida em que reabre o espaço ao diálogo, o que gera aumento da autoestima dos envolvidos, que saem satisfeitos do processo.²⁰⁵

Eligio Resta²⁰⁶, ao analisar as questões até aqui apresentadas, afirma que a democracia e a jurisdição estão sendo colocadas em discussão. Conclui que é necessária uma reconsideração da relação entre “justiça e sociedade, que leve em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam, juntos, os problemas e os remédios: retorna-se, então, ao ponto de partida, com uma boa dose de relativização do juiz e da justiça”.

Silva²⁰⁷ menciona que é por meio da mediação que “o cidadão recupera sua independência e o controle de sua vida pessoal, social e produtiva, num convívio mais racional, adulto e pacífico, trazendo a necessária liberdade e paz social”.

Resta²⁰⁸ assevera, por fim, que a mediação retoma à antiga sabedoria da hermenêutica, já que “torna comunicáveis mundos e linguagens diversas; representa contextos, interpreta textos e traduz, tornando acessíveis, significados que, de outro modo, seriam incompreensíveis”. Por isso sua importância para a criação e solidificação de uma sociedade fraterna: “o direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais”.

²⁰⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

²⁰⁶ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 100.

²⁰⁷ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 13.

²⁰⁸ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 131.



5 TÉCNICAS E PROCEDIMENTOS DE MEDIAÇÃO

5.1 O *rapport*

Antes do início da mediação é necessário construir o *rapport*, pois ele é o maior fator na aceitação do mediador. O *rapport* se refere ao grau de liberdade na comunicação das partes e a qualidade do contato humano. Ele expressa a aceitação do mediador e a confiança no seu trabalho por parte dos mediandos.

Na maioria das vezes o elo de confiança entre mediador e mediandos tem início no primeiro contato. Em questão de minutos a empatia surge e gera confiança o que permitirá um procedimento de mediação tranquilo. Nestes termos, o *rapport* varia de acordo com as pessoas e pode ser muito rápido para o fim de garantir a empatia e a harmonia do trabalho ou não. A qualidade no relacionamento – sintonia, confiança, empatia - é pressuposto da solução mais adequada (flui naturalmente) para o conflito.

O *rapport* é importante para estabelecer o *coaching* que tem origem no mundo dos esportes, representando o técnico - agregador de capacidades de cada um dos elementos da cadeia - (*Coach* do inglês - treinador).

Por isso o *coaching* é um processo de estímulo, de motivação, para desenvolver habilidades e competências para alcançar resultados, (objetivos comuns) em determinado período de tempo.

5.2 A técnica do resumo

Através do resumo o mediador apresenta a forma mediante a qual foram identificadas as questões, os interesses e os sentimentos. Naturalmente, as partes debaterão o conteúdo desse resumo, bem como os esclarecimentos acerca das questões suscitadas. Durante esse período, todos discutirão as informações que ainda necessitam de algum complemento, procurando, ao mesmo tempo, conseguir compreender melhor quais são as principais questões, necessidades e, também, possibilidades.

A técnica do resumo é muito importante no desenvolvimento de habilidades sociais na construção de conciliações frente às mais diversas facetas conflituais. Assim, com base na obra de André Gomma de Azevedo e Roberto Portugal Bacellar²⁰⁹, o que se pretende é apresentar esta técnica bem como todas as suas etapas.

A aplicação da técnica do resumo tem início logo após a manifestação das partes, quando o mediador faz um resumo de toda a controvérsia até então apresentada, verificando as principais questões presentes, como também os interesses subjacentes, juntamente com as partes. Recomenda-se que não se faça o

²⁰⁹ AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. Manual de Autocomposição Judicial. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 54-57.



resumo logo após apenas uma das partes ter se manifestado, pois, ao assim proceder, o mediador poderá dar a entender à outra parte que está endossando o ponto de vista apresentado. Esse resumo é de suma importância, uma vez que dá um norte ao processo de mediação e, sobretudo, centraliza a discussão nos principais aspectos presentes. Para o mediador, trata-se de uma efetiva organização do processo, pois se estabelece uma versão imparcial, neutra e prospectiva dos fatos identificando quais são as questões a serem debatidas na mediação e quais são os reais interesses e necessidades que as partes possuem.²¹⁰

O resumo faz com que as partes percebam o modo e o interesse com que o mediador tem focalizado a controvérsia, bem como possibilita a este testar sua compreensão sobre o que foi indicado.

Para que essa compreensão ocorra existem autores que defendem o resumo em forma de perguntas, concentrando-se em pontos específicos do conflito.²¹¹ Assim:

- a) o que os outros estão observando: “Você está reagindo à quantidade de noites em que estive fora na semana passada?”
- b) como os outros estão se sentindo e quais as necessidades que estão gerando esses sentimentos: “você está magoado porque gostaria de receber mais reconhecimento por seus esforços do que obteve?”
- c) o que os outros estão pedindo: “você está querendo que eu exponha meus motivos para ter dito o que disse?”

Partindo de perguntas ou de frases afirmativas, cabe ao mediador ter cautela ao relatar às partes o resumo, uma vez que qualquer incoerência ou exposição que não seja neutra pode gerar a perda de percepção de imparcialidade que o mediador começou a adquirir com a declaração de abertura.

A técnica de resumo pode ser normalmente empregada em etapas posteriores do procedimento, como por exemplo: 1) após uma troca de informações relevantes; 2) após as partes terem implicitamente sugerido algumas possíveis soluções à controvérsia; 3) para lembrar às partes seus reais interesses; 4) pode ser utilizada para apaziguar os ânimos na eventualidade de o mediador ter se descuidado a ponto de permitir que a comunicação se desenvolva de forma improdutiva.²¹²

Entretanto, como determinar se uma ocasião requer a utilização da prática do resumo? Toda a vez que não existe a certeza de ter compreendido a mensagem com exatidão essa é uma boa técnica para provocar a correção do palpite. Não existem regras infalíveis que determinem quando se deve parafrasear mas de modo geral é seguro presumir que as pessoas, que expressam mensagens intensamente

²¹⁰ Ibidem, p. 54.

²¹¹ ROSENBERG, Marshall B. Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 140.

²¹² AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. Manual de Autocomposição Judicial. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 55.



emocionais apreciarão ouvir repetir o que se ouviu delas.²¹³

Vale ressaltar que o tom de voz utilizado ao verbalizar o que se ouviu do outro é muito importante. Quando as pessoas nos ouvem repetir o que disseram, é provável que estejam sensíveis ao menor indício de crítica ou sarcasmo. Da mesma forma elas são negativamente afetadas por um tom declarativo, que implique que estamos lhes dizendo o que está acontecendo dentro delas.

Ao apresentar o resumo, o mediador deve:

- a) enfatizar apenas o que for essencial para os fins da mediação;
- b) filtrar as informações e trabalhá-las de modo a afastar todo aspecto que possa ser negativo para o sucesso do processo, tal como a linguagem improdutiva e a agressividade na apresentação de uma questão;
- c) focalizar as questões, interesses, necessidades e perspectivas.

Depois da apresentação do resumo, é importante se certificar de que ele esteja de acordo com o que as partes pensam e, caso não esteja, deve se dar a oportunidade para correções. Assim, basta perguntar: “Vocês estão de acordo com essa síntese dos fatos? Há algo que queiram acrescentar?”²¹⁴

Terminada a apresentação do resumo e feita a certificação quanto ao seu conteúdo com as partes, o mediador deve dar andamento à mediação de imediato, formulando, por exemplo, alguma pergunta, caso entenda que se pode passar para a próxima fase com as partes ainda reunidas ou, então, explicar que se dará prosseguimento às sessões individuais.

Por fim, “resumir” economiza tempo. Estudos de negociações trabalhistas demonstram que o tempo necessário para atingir a solução do conflito é reduzido à metade quando cada negociador concorda, antes de responder, em repetir precisamente o que o interlocutor anterior disse.

Desse modo, a técnica do resumo tem por escopo não só o reconhecimento mútuo de interesses e de sentimentos, mas também a humanização do conflito enquanto sociação positiva e possibilidade de crescimento pessoal/social. Nestes termos, ela aproxima as partes fazendo com que estas possam refletir sobre suas posturas e entender porque algumas soluções apontadas satisfazem ou não seus desejos e os desejos do outro envolvido na disputa.

5.3 Paráfrase

Nesse mesmo sentido, a técnica do resumo é denominada de “parafraseando” por Marshall Rosenberg²¹⁵ quando o mesmo propõe a comunicação não violenta como

²¹³ ROSENBERG, Marshall B. Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 141.

²¹⁴ AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. Manual de Autocomposição Judicial. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 56.

²¹⁵ ROSENBERG, Marshall B. Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 139 et seq.



meio para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Assim, o autor salienta que se recebida com precisão a mensagem da outra pessoa, a paráfrase confirmará isso para ela. Por outro lado, se a paráfrase estiver incorreta, a pessoa terá a oportunidade de corrigi-la. Uma outra vantagem de optar por repetir a mensagem para a outra pessoa é que isso lhe dá tempo para refletir no que disse e uma oportunidade de mergulhar mais profundamente em si mesma.

Complementando, William Ury²¹⁶ salienta que raramente acreditamos que fomos entendidos e respeitados em uma situação de confronto. Mas quando isso acontece, quase sempre nos sentimos surpresos e propensos a relaxar. Nestes termos o autor aconselha a manter os ouvidos abertos ao outro, fazendo-o saber que você o está escutando. Uma ferramenta útil para esse fim é parafrasear-repetir com suas palavras o que ouvir do outro.

Se a paráfrase, porém, ocorrer de maneira mecânica ou insincera, o efeito será o oposto do desejado, causando irritação no outro. No entanto, se o fizer de peito aberto, com sinceridade, três finalidades úteis serão atendidas: o outro verá que você busca entendê-lo, ou seja, manifestou-lhe respeito; você terá certeza de que entendeu o que está sendo dito e, além disso, o processo lhe permitirá chegar até a varanda por alguns minutos e pensar antes de responder.

Para dar início ao processo de paráfrase, Ury²¹⁷ sugere algumas frases:

- “Deixe-me ver se entendi o que você disse.”
- “Se entendi direito, você disse que...”
- “Ajude-me a entender. Se ouvi direito, você disse...”

No entanto, é preciso estar preparado também para uma interpretação equivocada da paráfrase por parte dos conflitantes. Eles podem argumentar: “não me venha com essa baboseira de psicologia!” Se isso acontecer, é possível continuar concentrado nos sentimentos e necessidades do interlocutor; talvez seja possível verificar que ele não confia nas motivações e precisa compreendê-las melhor antes de ser capaz de ouvir as paráfrases.²¹⁸

O mediador deverá apresentar uma versão que implicitamente demonstre que conflitos são naturais em quaisquer relações humanas e que às partes cabe a busca do melhor tratamento possível diante do contexto existente. Esta ferramenta é comumente denominada de normalização.²¹⁹

²¹⁶ URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 169.

²¹⁷ URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 169.

²¹⁸ ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 144.

²¹⁹ BARUCH BUSH, Robert et al. *The promise of Mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*. 2. ed. São Francisco: Jossey- Bass, 2005.



5.4 A arte de perguntar

Um dos principais instrumentos de trabalho na mediação são as perguntas. Elas servem para acolher os mediandos, para esclarecer os sentimentos, os interesses e as questões envolvidas no conflito, para construir uma lista de opções de solução do acordo e para testar o mesmo. As perguntas tradicionalmente são construídas com base em: o quê, quando, onde, quanto e quem.

Primeiro o mediador precisa ouvir, depois perguntar. Ao invés de aconselhar, ele deve perguntar. Perguntas apropriadas apoiam e complementam o processo de escuta e reconhecimento. Perguntar esclarece, sem ofender. A pergunta protege o mediador da pressão em julgar o outro ou da tendência de dar conselhos. Por meio da pergunta é possível auxiliar os mediandos a narrar e a melhor interpretar o seu próprio comportamento.²²⁰

Perguntar para aprender e não fazer afirmações disfarçadas como perguntas são duas dicas da obra “Conversas difíceis”.²²¹ Os autores continuam afirmando que essa é uma sugestão importante para aprimorar a arte do perguntar: se você não tem uma pergunta não a faça. Nunca faça uma afirmação como pergunta. Esse ato cria confusão e ressentimento porque tais perguntas podem ser entendidas, inevitavelmente como sarcásticas ou mesquinhas. Exemplo:

- “Você vai deixar a porta da geladeira aberta assim?” (Em vez de: “Por favor, feche a porta da geladeira” ou “Eu fico decepcionado quando você deixa a porta da geladeira aberta”).
- “Será que você tem que correr tanto?” (Em vez de: “Estou nervosa” ou “é difícil relaxar quando não estou no volante”).

A dificuldade se dá porque compartilhar nossos sentimentos e pedir são duas coisas que temos dificuldade de fazer de modo direito uma vez que nos sentimos vulneráveis quando procedemos assim. A saída para quem se sente vulnerável é fazer uma pergunta que pode se transformar num ataque, porque isso traz mais segurança. Porém, essa pergunta feita em tom sarcástico faz estragos uma vez que o ouvinte da mesma, ao invés de focar nos sentimentos ou no pedido, foca no sarcasmo e no ataque feito de maneira implícita na pergunta. Assim, a mensagem verdadeira não é compreendida e nem absorvida.

Outro erro bastante comum é utilizar perguntas para inquirir novamente, como por exemplo²²²:

- “Parece que você acha que isto é culpa minha. Porém, com certeza, você vai concordar que cometeu mais erros do que eu, não é?”

²²⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. Modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 66.

²²¹ 221 STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Tradução de Miriam Crohmal. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 177.

²²² Ibidem, p. 178.



- “Se é verdade que você fez tudo para realizar a venda, como explica o fato de Kate ter conseguido realizá-la logo depois de você ter desistido?”
Estes exemplos de perguntas demonstram um dos principais erros cometidos: a tentativa de persuadir a outra pessoa de que você está certo e ela errada. Para organizar tais perguntas de forma correta é preciso retirar as afirmações embutidas. Assim:
- “Compreendo que você ache que fez tudo o que podia para realizar a venda. Para mim, isto parece incompatível com o fato de Kate ter realizado a venda logo depois de você ter desistido. O que pensa sobre isso?”

Em resumo, as perguntas devem ser feitas com muito cuidado. Elas podem ser orientadas no sentido de buscar informações que sirvam para caracterizar²²³:

- Situação
- Problemas
- Implicações
- Ganhos

Além disso, as perguntas podem ser do tipo “aberto” ou “fechado”.²²⁴ A escolha de uma ou outra forma de perguntar está atrelada ao momento de sua elaboração, ou seja, ao “estágio” no qual se encontra a mediação. Conseqüentemente:

a) perguntas abertas: são aquelas que incentivam o interlocutor a desenvolver ideias na forma de um conjunto de frases para respondê-las. Por isso as perguntas abertas são prioritárias, elas podem ser fonte de uma explicação mais esmiuçada do conflito servindo também para a construção de possíveis opções de resposta ao mesmo. Elas dão amplitude maior para que a outra pessoa se expresse. Na verdade, elas são variações do “conte-me mais a respeito” ou do “ajude-me a compreender melhor”.

Exemplos de perguntas abertas:

- “O que você pensa sobre isso?”
- “Fale-me acerca do seu novo trabalho”
- “Quando vocês se casaram?”
- “Onde você pretende morar?”

b) perguntas fechadas: as perguntas fechadas permitem respostas “sim”, “não” e outras bem específicas. Essas perguntas podem ser utilizadas para comprometer as

²²³ ALMEIDA JÚNIOR, Sebastião de. *Negociação: técnica e arte*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, p. 125.

²²⁴ Sobre o assunto ver BARNES, Ginny Pearson. *Negociando com sucesso: deixando que outras pessoas o sigam*. Traduzido por Eduardo Cunningham Matinez. 1. ed. São Paulo: Amadio, 2002, p. 69 et seq. e ALMEIDA JÚNIOR, Sebastião de. *Negociação: técnica e arte*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, p. 125 et seq.



pessoas e saber quais são as suas posições. Além disso são tradicionalmente utilizadas para verificar se os mediandos entenderam as informações recebidas.

Quando a resposta é “Sim”, então você sabe que está no caminho correto e pode continuar. Quando é “Não”, procure saber por que, volte para as perguntas abertas e investigue até que sua sensibilidade diga que pode tentar novamente um “Sim” ou um “Não”.

Exemplo de perguntas fechadas:

- “Você concordaria com isto...?”
- “Você ainda pensa que...?”
- “Poderíamos nos reunir na terça-feira para finalizar isto?”
- “Vocês entenderam as regras do procedimento de mediação que estou propondo? Têm alguma pergunta?”

A técnica de perguntar tem uma importância peculiar no procedimento de mediação uma vez que se aplica em todo o decorrer da sessão. Assim:

No acolhimento: na parte inicial da mediação, quando as partes são recebidas e o procedimento de mediação é explicitado, as perguntas são uma ferramenta importante para fins de obter informações sobre o conflito e as pessoas envolvidas no mesmo. São exemplos de perguntas nessa fase:

- Quem é você?
- O que faz?
- O que espera da mediação?

Durante as narrativas: enquanto as partes narram suas percepções do conflito (na sessão conjunta ou em eventuais sessões individuais) as perguntas são importantes para focar nos interesses elucidando as questões e os sentimentos compartilhados por todos. Exemplo:

- Como foi isso para você?
- O que lhe pareceu mais importante?
- Como você se sentiu quando...?
- Pode explicar com outras palavras?

Na geração de opções: a geração de opções é o momento no qual os mediandos começam a construir possíveis alternativas para a resolução do conflito. É o espaço para usar a criatividade e organizar respostas lícitas e juridicamente possíveis para o conflito. Esse momento pode ser fomentado com perguntas como:

- Como você faria para...?
- Que outro procedimento você adotaria?

Na tomada de decisão: nesse momento as perguntas podem ajudar “testando” as opções geradas e possibilitando às partes que elas possam refletir sobre as mesmas para fins de organizar um acordo exequível posteriormente. Assim:



- Que tipo de dificuldades você vislumbra se for decidido que...?
- O que você faria se a decisão fosse...?
- O que representa para você?

5.5 Identificação de questões, interesses e sentimentos

A identificação de questões, interesses e sentimentos ocorrem durante boa parte do procedimento, centrando-se com mais intensidade durante a fase de exposição de razões pelas partes. Nesse momento cabe ao mediador fazer o registro das questões controvertidas, dos interesses reais e de quais sentimentos eventualmente devem ser debatidos (em eventuais e pontualmente recomendadas sessões individuais) para que a mediação chegue a bom termo – mesmo que não haja acordo.

Nesse momento as partes têm a oportunidade de falar abertamente – fazendo uso de linguagem apropriada – e expressar seus sentimentos e crenças, como também fazer perguntas. Para o mediador, é uma fase rica na captação de novas informações, pois poderá fazer perguntas também. Esses questionamentos têm por objetivo facilitar a identificação de interesses. Quais serão os interesses dos pais que se separaram? Quais são os interesses dos vizinhos que se estranharam? Quais são os interesses dos dois dirigentes da empresa?

Esclarecer interesses, questões e sentimentos poderá auxiliar as partes a avançar na elaboração de um eventual acordo, pois poderão perceber as perspectivas e necessidades umas das outras.

A chance de substituir uma fase de ânimos exaltados por outra na qual as partes comecem a demonstrar empatia buscando alguma solução para o seu conflito é o que a mediação pode oferecer de melhor.

É por isso que ao propor um acordo e havendo rejeição da proposta por parte do outro torna-se necessário descobrir o porquê. Quais interesses dele sua proposta não atende? Em outras palavras, diga ao outro: “Ajude-me a entender a sua resistência. Em que esta proposta não satisfaz seus interesses?”²²⁵

Nestes termos, uma proposta de acordo inteligente tem por objetivo a satisfação das necessidades essenciais de quem a propõe, bem como atender as necessidades do outro. Observa-se a transformação de uma situação que, à primeira vista pode parecer de ou-ou (ou você perde ou perde ele), em um resultado e-e (no qual ambos os lados saem ganhando).²²⁶

Importante ressaltar que durante todo o procedimento diversos sentimentos serão manifestados, cabendo ao mediador identificá-los fazendo com que a parte sinta-se adequadamente ouvida e compreendida.

O maior desafio nesse momento é estruturar sentimentos fora do problema, uma

²²⁵ URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 204.

²²⁶ *Ibidem*, p. 205.



vez que o modelo comum é estruturar o problema exclusivamente como uma discordância substantiva. Estruturar sentimentos fora do problema é um modo de enfrentar a dúvida: é preciso evitar ou trazer à tona determinadas questões? Os custos envolvidos na partilha de sentimentos quando esses vêm à tona parecem muito grandes. O risco é magoar pessoas e/ou arruinar relacionamentos. Mas, se os sentimentos são o centro do que está acontecendo eles são o negócio e ignorá-los é quase impossível.²²⁷

No entanto, a dificuldade de identificar e expressar sentimentos é muito comum especialmente entre pessoas e profissões nas quais o código profissional signifique um desencorajamento a estas demonstrações consideradas de “fraqueza”. Mas, expressar a “vulnerabilidade” e os sentimentos pode ajudar a resolver conflitos. Essa é uma das regras da comunicação não violenta.²²⁸

Não obstante o mediador ter a possibilidade e até o dever de fazer perguntas, é importante que questione apenas o que for necessário para obter as informações de que precisa para compreender e identificar questões, sentimentos e interesses. Deve também ter cautela na formulação de perguntas evitando desconfiança quanto à sua parcialidade ou mesmo competência na compreensão do problema.

Se uma das partes, durante sua manifestação, realizou várias perguntas para a outra e – pelo fato de ter sido na fase anterior de reunião de informações – não tenha obtido resposta, o mediador deverá escrever todas essas perguntas e, quando iniciada esta sessão, apresentá-las à outra parte.

Já as questões pertinentes ao conflito são identificadas como aqueles tópicos para discussão passível de serem resolvidos na mediação. Desta forma, as questões possuem cunho objetivo, dizendo respeito a uma situação que altere, de alguma forma (positiva ou negativamente) os interesses, objetivos ou necessidades de uma pessoa.

De modo diverso, um interesse é algo que se almeja alcançar ou obter. No procedimento de mediação, serão apresentados os mais variados interesses – independentemente destes serem ou não juridicamente tutelados ou protegidos. O mediador, diante de tantas informações, terá de fazer o possível para conciliar os interesses de modo a possibilitar um consenso. Os interesses, antes de iniciada a mediação, estão em conflito (divergência). O mediador tentará fazer com que tais interesses saiam de um patamar divergente e se voltem para um convergente, para todas as partes envolvidas, para que, desse modo, seja alcançada a melhor compreensão recíproca das partes, o aprendizado quanto a formas de melhor se dirimirem disputas e, como consequência, o acordo.²²⁹

A sessão conjunta de identificação de interesses, questões e sentimentos tende a ser a etapa mais ansiosa da mediação, pois é nela que as partes mais se soltam. Explorando propostas já nessa etapa, é bem possível que as partes realizem um

²²⁷ STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Tradução de Miriam Crohmal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 100-101.

²²⁸ ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 144.

²²⁹ AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 60-61.



acordo que não englobe as questões relevantes do conflito, como também não abordem seus interesses reais. É melhor, portanto, esperar uma etapa em que o mediador e as partes tenham uma visão mais madura de todo o conflito. É importante dar um certo tempo para refletirem acerca das informações prestadas e obtidas antes de estarem emocionalmente preparadas para iniciar a fase de resolução de questões. Essa etapa pode ser alcançada mediante a utilização da técnica da validação dos sentimentos que se verá a seguir.

5.6 Validação de sentimentos

Em todo o processo de mediação, diversos sentimentos se manifestarão: ressentimento, ódio, frustração, inveja, ciúmes, medo, mágoa, amor... que devem ser identificados para que a parte sintam-se adequadamente ouvida e compreendida. Naturalmente, se foram esclarecidos quais as questões controvertidas, quais os interesses e quais os sentimentos que precisam ser endereçados para que a mediação possa evoluir, o mediador deverá examinar a necessidade de iniciar sessões individuais para validar sentimentos.

Sempre é de grande utilidade validar sentimentos, indicando às partes que o mediador identificou, em um tom normalizador, o sentimento gerado pelo conflito. A validação de sentimentos somente deve ocorrer em sessões conjuntas se as duas partes compartilharem o mesmo sentimento (por ex.: “imagino que ambos devem estar bastante aborrecidos e até frustrados com o esforço que fizeram para serem bem compreendidos e ainda ter ocorrido esta série de falhas de comunicação”). Em regra, a validação de sentimentos ocorre em sessões individuais. Desse modo, devem ser utilizadas expressões tais como: “imagino que você esteja muito aborrecido com o tratamento que lhe foi dado pelo Banco Tal...” ou “você deve estar se sentindo frustrada diante dessa situação toda...”. Ao validar sentimento, o mediador não deve indicar para a parte que ela tem razão quanto ao mérito da disputa e sim que identificou seus sentimentos que decorrem do conflito em exame e não adotou postura judicativa. Assim, há de se evitar a confusão de que a validação de sentimentos seja, na verdade, uma concordância com os sentimentos, o que pode gerar dúvidas quanto à imparcialidade do mediador.²³⁰

Caso considere que não há necessidade de validar sentimentos para que as partes possam examinar as suas questões de forma objetiva deverá o mediador selecionar o ponto controvertido pelo qual iniciará a fase de resolução de questões. Muitos mediadores preferem começar por questões mais simples para estimular uma sensação positiva de que a mediação está sendo produtiva. Outros mediadores optam por iniciar por questões relacionadas à comunicação entre as partes – uma vez que esta questão sendo adequadamente resolvida auxilia na resolução das demais.²³¹

A mediação melhor se desenvolve se forem captados, de forma satisfatória, os interesses e questões presentes no conflito. A questão é um ponto controvertido.

²³⁰ AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 59.

²³¹ *Ibidem*, p. 64.



Assim, questões não se relacionam com a personalidade, valores e crenças religiosas das partes, tem, portanto, cunho objetivo.

Um interesse pode ser definido como algo que a parte almeja alcançar ou obter. No processo de mediação, serão apresentados os mais variados interesses – independente de estes serem ou não juridicamente tutelados ou protegidos. O mediador, diante de tantas informações, terá de fazer o possível para conciliar os interesses de modo a possibilitar um consenso. Os interesses estão em conflito (divergência). O mediador tentará fazer com que tais interesses saiam de um patamar divergente e se voltem para um convergente, para todas as partes envolvidas, e, desse modo, seja alcançada a melhor compreensão recíproca, o aprendizado quanto a formas de melhor se dirimirem disputas e, como consequência, o acordo.²³²

A meta que se pretende alcançar é um resultado positivo, um resultado que projeta todos os interesses essenciais. Um resultado positivo pode assumir variadas formas. Uma delas é um acordo que satisfaça os interesses de uma e outra parte.²³³

5.7 Resolução de questões

Os principais obstáculos que impedem os conflitantes de chegar ao acordo poderão ser de três ordens: a) primeiro, talvez exista alguma necessidade ou preocupação não atendida; b) segundo, mesmo que, pessoalmente, os conflitantes se disponham a concordar, talvez se preocupem com a opinião de indivíduos importantes que representem, cuja aprovação lhe seja necessária ou desejável; c) terceiro, ainda que ambos digam sim à proposta, talvez esse sim não seja duradouro, pois o processo de dizer não, de tal maneira pode ter causado uma tensão no relacionamento que, a menos que o mediador o ajude a repará-lo, ele estará irremediavelmente danificado.²³⁴

Assim, pode-se imaginar a chegada a esta etapa final do sim como se fosse uma viagem. Ao longo dela, é preciso que ocorra três sins de ambas as partes: a) um sim a um acordo proveitoso, um sim, à aprovação e um sim a um relacionamento saudável.²³⁵

Acordo Aprovação Relacionamento

Em meio ao procedimento de mediação, às vezes é tentador concordar com ganhos de curto prazo e abrir mão de prioridades a prazo mais longo. A mediação eficaz exige um foco persistente no que é mais importante. Uma vez envolvido nas

²³² Ibidem, p. 60.

²³³ URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 200.

²³⁴ Ibidem, p. 203.

²³⁵ Ibidem, p. 203.



negociações, é possível que o mediador desenvolva um interesse em concordar com o outro, mesmo que isso não faça sentido. Nesse caso é preciso se concentrar no sim subjacente – interesses, necessidades e valores. Resumindo, o foco deve ser a “recompensa” – uma solução que atenda aos interesses essenciais de ambas as partes. A tarefa do mediador nesse caso é respeitar as partes, não redimi-las.²³⁶

Embora o ideal seja que o resultado do acordo beneficie a todos, nem sempre isso é possível. Dependendo do que você pedir ao outro para fazer, talvez ele não se veja ganhando. A chave é ele não encarar o resultado como um prejuízo, mas, sim, como um acordo com o qual possa conviver de forma contínua. É preciso que o resultado leve em consideração as suas necessidades mais básicas e atenda melhor a seus interesses do que qualquer outra alternativa seria capaz de atender.²³⁷

5.8 Despolarização do conflito

Essa técnica demonstra a necessidade de mostrar às partes que ambas têm interesse na resolução da disputa e que a solução partirá delas mesmas. Tudo isso se dá porque o ser humano tende a polarizar suas relações conflituosas acreditando que para que um possua êxito o outro necessariamente precisará abrir mão de suas posições/pretenções.

Aqui entra a função do mediador que sem qualquer forma de pressão demonstrará que na maioria dos casos os interesses reais das pessoas são congruentes e conexos entre si e isso só não foi verificado antes porque ocorreram falhas na comunicação.

5.9 Afago

A técnica do afago, também conhecida como reforço positivo, consiste em dar uma resposta positiva por parte do mediador a uma iniciativa elogiosa, eficiente e positiva da parte ou do seu advogado. Assim, o afago é um meio de estimular essa iniciativa/comportamento.

O afago pode consistir numa frase como:

- “Interessante essa sua proposta. Me parece que podemos começar por ela para buscar o acordo na presente ação.”

Mas o afago também pode consistir em uma expressão facial ou de linguagem corporal.

²³⁶ Ibidem, p. 204.

²³⁷ Ibidem, p. 205.



5.10 Silêncio

Muitas vezes as partes precisam ponderar antes de responder e por isso, geralmente, ficam em silêncio. O mediador deve considerar o silêncio como aliado no aprofundamento das respostas. É importante, nesse caso, evitar a realização de perguntas ou a sua complementação nesse momento. O silêncio breve deve ser considerado um aliado do mediador nesses momentos.

Tal se dá porque o silêncio revela a deferência de UM para com o OUTRO, viabilizando o diálogo. Nesse sentido o silêncio se torna um comportamento “verbal” tão recomendável quanto todos aqueles que estão aqui mencionados.²³⁸ No entanto, a presença do silêncio por períodos muito prolongados pode despertar temores e inquietações e até mesmo “quebrar” o ritmo da sessão de mediação.

5.11 Inversão de papéis

Essa técnica pretende estimular a empatia entre as partes por intermédio de orientação para que cada uma perceba o contexto também sob a ótica da outra. Deve ser usada prioritariamente em sessões privadas e, ao aplicá-la, o mediador explica que se trata de uma técnica de mediação e que tal procedimento também será realizado com o outro.

As partes sentem constrangimento pelo fato de estarem em juízo e tendem a imputar culpa ou responsabilidade pelo fato de se encontrarem em disputa. Por isso a técnica da inversão de papéis serve para que cada um dos conflitantes se coloque no lugar do outro percebendo o contexto no qual se encontra inserido e a ótica que possui a respeito do conflito.

5.12 Escuta ativa

Nós temos uma grande necessidade de sermos ouvidos e saber que os outros se importam com o que dizemos e se importam em nos ouvir. As pessoas precisam dizer o que sentem. Ouvir bem é uma habilidade importante que você pode utilizar num diálogo difícil.

A melhor forma de comunicação é aquela que reconhece a necessidade do outro de se expressar. Justamente por isso os conselhos devem ser substituídos por uma escuta ativa para fins de mostrar que o que o outro diz e sente está sendo entendido e é importante. Dar conselhos normalmente se apresenta como um expediente de dominação, é uma maneira de assistencialismo. Quem aconselha se coloca em posição superior. O conselho bloqueia as necessidades de expressão, reconhecimento e emancipação do aconselhado. Por isso escutar e “escutar ativamente” é a melhor maneira de ajudar os mediandos.²³⁹

²³⁸ ALMEIDA JÚNIOR, Sebastião de. *Negociação: técnica e arte*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, p. 127.

²³⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. Modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 65-66.



A escuta ativa é a técnica por meio da qual o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e o motivo de mensagens verbais e não-verbais (postura corporal), percebendo assim informações ocultas contidas na comunicação. Conseqüentemente, é preciso “escutar” a comunicação não verbal, observar todos os seus movimentos corporais. Aquele mediador que não compreende um olhar não compreenderá uma longa explicação.

Da mesma forma, é preciso “ler” não apenas as palavras mas a postura, o que está acontecendo dentro da outra pessoa. Se a postura não for verdadeira, as palavras não importarão. A postura do ouvinte deve ser de curiosidade, deve ser de alguém que se importa com quem e com o que está ouvindo. Porém, “a escuta só será poderosa e eficiente se for autêntica. A autenticidade significa que está ouvindo porque está curioso e porque se importa, não apenas porque deve fazer isto”.²⁴⁰

Em um uso mais específico, o ouvinte pode relatar ao falante o que percebeu da declaração, tornando assim mais evidente para este seus próprios motivos e sentimentos. A escuta ativa permite obter informações concernentes a elementos essenciais no processo de resolução de disputa, tais como credibilidade e interesse em resolver a questão.

Através dessa técnica o mediador garante a quem fala que ela está sendo escutada, demonstra aceitação das emoções, permite que as explore, esclarecendo o que realmente sente e o porquê, além de fisiologicamente estimular a liberação de tensão, deixando-a expressar-se emocionalmente. Escutar ativamente é, antes de tudo, ouvir sem julgar.

Um dos caminhos para ser um bom ouvinte passa por fazer perguntas, parafrasear, ouvir atentamente o que foi dito, reconhecer os pontos de vista deles, estar atento e olhar nos olhos de quem fala.

Os caminhos para escutar ativamente podem ser²⁴¹:

- Limite sua própria fala, escute mais do que fale.
- Esteja interessado e demonstre esse interesse. Isso inclui linguagem corporal na comunicação e receptividade.
- Sintonize-se na outra pessoa, concentre-se nessa pessoa e nada mais além disso.
- Faça perguntas para esclarecimentos.
- Contenha sua ansiedade e não tire conclusões precipitadas.
- Escute ideias, não só palavras.
- Desligue-se de suas próprias preocupações.
- Reaja às ideias e não à pessoa. Separe a pessoa do problema e de sua solução.
- Peça retorno (feedback), faça perguntas enquanto você fala, assim os outros terão a chance de dizer a você o que sentem.

²⁴⁰ STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Tradução de Miriam Crohmal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 100-101.

²⁴¹ BARNES, Ginny Pearson. *Negociando com sucesso: deixando que outras pessoas o sigam*. Traduzido por Eduardo Cunningham Matinez. 1. ed. São Paulo: Amadio, 2002, p. 68 et seq.



- Observe a linguagem não-verbal.

5.13 Identificação/geração de opções (*brainstorming*)

Com essa técnica o que se pretende é formular opções em quantidade, por meio da liberação do pensamento e do estímulo à criatividade das partes. Justamente por isso tal ferramenta também é conhecida como “tempestade de ideias”. Para que ela seja colocada em prática é importante evidenciar o momento de deixar de lado o passado e colocar ênfase em como proceder no presente para que o futuro se torne melhor.

As opções válidas sugeridas/construídas/criadas pelo mediandos devem estar baseadas em critérios objetivos (realidade), que devem ser examinados com cautela. Esses critérios objetivos dizem respeito a: valores econômicos, morais e jurídicos que precisam necessariamente ser observados na tomada de decisão.

Para fins de gerar opções criativas é importante:

- Ampliar o sistema e o rol de pessoas participantes da mediação;
- Aumentar ou reduzir as permeabilidades das fronteiras para restabelecer o diálogo;
- Desenhar visões do futuro para compreender as novas situações resultantes de mudanças no ciclo vital;
- Mudar/inverter posições (colocando-se no lugar do outro utilizando a técnica de inversão de papéis).

5.14 Estágios da mediação

Os estágios da mediação que serão aqui apresentados devem ser tomados como técnicas flexíveis, ou seja, que podem variar e inclusive não serem utilizadas conforme o conflito existente.²⁴²

1) **O primeiro estágio** da mediação possui dois aspectos de extrema importância: a **orientação dada às partes** pelo mediador e a **organização do espaço de reuniões**.

Na **orientação às partes**, ou seja, no primeiro contato, o mediador deve ouvir o problema e elaborar perguntas que possam dar início ao procedimento. Esse procedimento tem por objetivo:

- a) obter um sumário do problema;
- b) definir o processo em detalhes suficientes para que as partes possam tomar uma decisão informada sobre se pretendem prosseguir ou não;
- c) conseguir a concordância preliminar de iniciar a mediação (ou ao menos de

²⁴² Os estágios da mediação aqui expostos se baseiam em SLAIKEU, Karl. No Final das Contas. *Manual prático para mediação de conflitos*. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 71 et seq.



comparecer à reunião).

Nesse momento é importante que o mediador saiba o que deve e o que não deve fazer:

O que fazer e o que não fazer nos primeiros contatos	
FAZER	NÃO FAZER
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Ouvir primeiro o relato cuidadosamente e fazer anotações (como uma primeira tentativa de preencher o Grid²⁴³ de conflito). ✓ Ouvir e conversar igualmente com cada lado. Como uma regra geral, falar com cada lado de forma que não haveria problema se a parte contrária estivesse ouvindo a conversa. Considerar a possibilidade de usar a conferência telefônica com todas as partes para explicar as regras gerais. ✓ Estar preparado para definir o processo em linguagem simples. ✓ Assegurar-se do comprometimento de cada parte em mediar. ✓ Certificar-se de que todas as partes tenham a mesma informação, entregue ao mesmo tempo. ✓ Agendar a reunião inicial em um local e horário que seja conveniente para todas as partes. 	<ul style="list-style-type: none"> ✗ Ignorar interesses chave e outros fatos que são expostos no início. ✗ Permitir que uma ou outra parte tente ganhar sua simpatia. ✗ Permitir que a parte que contactou prossiga com visões distorcidas sobre o processo (sugerindo que não há confidencialidade ou confundindo-o com outros procedimentos, como a arbitragem). ✗ Ignorar uma parte ou permitir que a reunião prossiga sem uma das partes, correndo o risco que aquela pessoa sinta que foi deixada de fora ou que ela questione a neutralidade do mediador por ter iniciado o processo sem a presença de todos. ✗ Enviar a informação a uma das partes antes de sugerir que seja enviada à demais partes. ✗ Permitir que uma parte ponha a perder todo o processo por conta do agendamento.

Ainda dentro do primeiro estágio, é importante que se **organize o espaço** para que a mediação aconteça. Assim, a sala onde acontecerá a mediação deverá ser disposta de forma a permitir que as partes apresentem os seus interesses e pontos de vista e ouçam os interesses das outras partes de modo que possam começar a trabalhar juntas para encontrar uma solução aceitável para ambas.

Nesse sentido, é preciso preparar a estrutura da sala nos aspectos que dizem respeito ao tamanho, ao formato das mesas, ao mobiliário, enfim, a todos os acessórios que ali são encontrados.

É preciso que haja uma sala de conferência para a reunião inicial e para as

²⁴³ O grid de conflito criado por Karl Slaikeu é uma técnica que tem por objetivo resumir as variáveis chave de uma mediação. O mediador deve pensar no Grid de conflito como seu mapa cognitivo para a coleta de informações e para a decomposição do problema em seus componentes base (Ibidem, p. 41).



sessões conjuntas subsequentes com capacidade para acomodar todas as partes ao redor de uma mesa. Será preciso também uma ou duas salas para reuniões particulares.

A privacidade deve imperar. As partes devem se sentir seguras de que ninguém as escuta e de que tudo o que disserem não sairá da sala. Desse modo, se necessário, é importante considerar a instalação de equipamento que reduza a propagação do som.

As partes podem pretender fazer comunicações externa mediante chamadas telefônicas para falar com o seu advogado ou com outra pessoa para a qual deve prestar contas. É preciso a certificação de que esta possibilidade existe.

Da mesma forma, a disposição do mobiliário é importante. Qual é a disposição ideal de uma sala de mediação? Alguns parâmetros são apontados:

- a) Se possível, acomode as pessoas para que não estejam em lados opostos da mesa;
- b) Certifique-se de que as cadeiras sejam de igual tamanho e altura;
- c) Sente-se (e favoreça para que as partes também o façam) de maneira informal;
- d) Um aparador pode ser útil para acomodar material;
- e) Flexibilidade e várias opções de mobília podem oferecer um instrumento adicional;
- f) Painéis de papel ajudam a centralizar a atenção;
- g) Monte uma cozinha.

Além desses itens, é interessante oferecer a todos água, suco, café, chá, balas e/ou biscoitos. O objetivo é trazer aos mediandos conforto, comodidade e segurança.

2) O **segundo estágio** vem composto pela reunião de abertura que acontece logo após a identificação das partes e a obtenção do compromisso em iniciar a mediação. Antes é preciso checar se o ambiente está preparado.

O mediador deve conduzir a reunião de maneira a infundir confiança sobre o processo nas partes e demonstrar como elas podem utilizar seu possíveis benefícios, desde que haja uma atitude colaborativa por parte de todos.

Nesse momento é importante reforçar a confidencialidade da reunião afirmando que as informações ali reveladas não serão abertas a ninguém exceto se disserem respeito a ameaças à vida e à integridade física de alguém, incluindo aqui abusos contra crianças.

O mediador objetiva na reunião inicial:

- a) Explicar o processo de mediação;
- b) Ouvir as primeiras declarações das partes;
- c) Finalizar a reunião e prosseguir com a possibilidade de reuniões particulares com cada uma das partes.



Sugere-se que o mediador utilize uma **lista de verificação**²⁴⁴ de todos os passos a serem seguidos nessa fase do procedimento:

1. **Apresente-se e apresente as partes**
 - Anote os nomes das partes e os utilize no correr da mediação
 - Recorde eventuais interações anteriores entre o mediador e as partes
2. **Explique o papel do mediador**
 - Não tem poder de decisão
 - Não é um juiz
 - Imparcial
 - Facilitador
 - Ajuda os participantes a examinar e a expressar metas e interesses
3. **Descreva o processo de mediação**
 - Informal (nenhuma regra de produção de prova)
 - Participação das partes bem como dos advogados
 - Oportunidade para as partes falarem
 - Possibilidade de sessão privada (ou sessão individual)
4. **Busque adesão para que seja assegurada a confidencialidade**
 - Explique eventuais exceções
5. **Descreva as expectativas do mediador em relação às partes**
 - Trabalhar conjuntamente para tentar alcançar uma solução
 - Escutar sem interrupção
 - Explicar suas preocupações
 - Escutar a perspectiva da outra parte
 - Tentar seriamente resolver a questão
 - Revelar informações relevantes às outras partes
6. **Confirme disposição para participar da mediação**
7. **Comente sobre o papel dos advogados**
8. **Descreva o processo a ser seguido**
 - Tempo
 - Logística
 - Regras básicas para condução do processo
 - Partes têm a oportunidade de falar
 - Sessões privadas ou individuais
 - Quem irá falar primeiro
 - Perguntas?

²⁴⁴ Essa lista de verificação é de autoria de AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 45.

Nestes termos, serve como exemplo²⁴⁵ prático de abertura da mediação:

Boa tarde, meu nome é Carlos. [Caso se trate de uma mediação conjunta, o co-facilitador também deve se apresentar – ‘e o meu nome é Teresa’.] Vocês podem me [ou nos] chamar pelo primeiro nome mesmo. Gostaria de dar as boas vindas à mediação. (Apresente os demais presentes – supervisores, estagiários, observadores, etc. e solicite permissão para a presença de todos durante a mediação, menos dos supervisores cuja permissão decorre de sua função).

Confirmando seus nomes: a Sra. se chama Natalia Souza e o Sr. Felipe Basso, correto? Como gostariam de ser chamados? ...

Algum de vocês já participou de uma mediação? Apesar de já terem participado de uma mediação antes, gostaríamos de explicar qual o nosso modo de trabalho pois mediadores adotam métodos de trabalho distintos.

Vamos tomar alguns minutos para explicar o processo de mediação e os papéis de todos os envolvidos. (Co-facilitador) e, eu temos formação e experiência na área de mediação. Estamos aqui por nossa livre vontade porque acreditamos que a mediação é geralmente o melhor meio de resolver diferenças. A mediação é um processo no qual nós, mediadores, trabalharemos com vocês (ou senhores como eles preferirem ser chamados) para ajudá-los a resolver a situação que os trouxe até aqui. Cada um de vocês terá a oportunidade para expor suas preocupações para nós e para as demais partes. Nós queremos ajudá-los a esclarecer seus próprios objetivos e preferências; trabalhar com vocês na avaliação de opções; ajudá-los a tomar decisões eficientes considerando suas situações particulares e também oferecer a oportunidade para compreender o ponto de vista da outra parte.

Gostaria de assegurá-los de que nós não nos reunimos previamente com qualquer um de vocês antes desse nosso encontro. Sabemos muito pouco acerca da situação que os trouxe até aqui. Permaneceremos imparciais ao longo de todo o processo. Nosso trabalho não é decidir quem está certo ou errado, mas sim entender suas preocupações e auxiliá-los a desenvolver soluções que atendam adequadamente seus interesses. Não somos juízes. Não estamos aqui para decidir por vocês ou pressioná-los a chegar a alguma conclusão ou alcançar algum acordo se vocês não estiverem preparados para tanto.

Uma vez que cada um de vocês tenha tido a oportunidade de explicar sua posição, trabalharemos de modo a ajudá-los a decidir o que fazer em relação às questões enfrentadas nesse nosso encontro. Um acordo formal é apenas um dos desfechos possíveis da mediação. Os resultados dessa sessão dependem de vocês.

A nossa experiência tem mostrado que a forma mais produtiva de estruturar nosso trabalho é, primeiramente, ouvir cada um de vocês sobre a situação que os trouxe até aqui. Faremos perguntas para que possamos melhor compreender suas preocupações. A partir de então, iremos sugerir que vocês se concentrem no futuro para resolver a situação pendente e para estabelecermos maneiras pelas quais vocês irão interagir futuramente. Se vocês alcançarem um acordo, nós podemos, se desejarem, firmá-lo a termo para que assinem. Parece-lhes que o modo de condução da mediação aqui

²⁴⁵ Ibidem, p. 46-48.



esboçado atende suas necessidades?

Existem algumas diretrizes que nos auxiliam a trabalhar de maneira efetiva com vocês.

Durante a mediação, cada um de vocês terá oportunidade para falar. Como temos aproximadamente 40 minutos para cada mediação pedimos que tentem apresentar suas perspectivas em aproximadamente 5 ou 10 minutos. Acreditamos ser útil que cada parte ouça atentamente a outra, de modo que cada um possa falar tudo que tem a dizer sem ser interrompido. Vocês concordam em evitar interromper o outro enquanto ele estiver falando? Nós fornecemos papel e caneta para que vocês tomem notas enquanto ouvem a outra parte. Em regra, pedimos às partes que anotem especialmente dois tipos de dados – os fatos novos que tenham tido conhecimento somente aqui na mediação e os fatos que vocês acreditam que a outra parte ainda não compreendeu ou que foram objeto de uma falha de comunicação.

Nossa segunda diretriz diz respeito à confidencialidade. Garantimos que não comentaremos com qualquer pessoa de fora do processo de mediação sobre o que for dito durante o procedimento. Portanto, sintam-se à vontade para falar abertamente acerca de suas preocupações.

Durante o processo, poderemos considerar conveniente falar com vocês individualmente - chamamos isto de sessão privada ou sessão individual - e se desejarem falar conosco em particular, por favor, avisem-nos. Caso nos reunamos com vocês individualmente, qualquer coisa que vocês nos contem – e que você não querem que seja compartilhado com a outra parte – será mantido em sigilo.

Alguma questão sobre o processo?

Natalia, você propôs a demanda, certo? Geralmente, começamos com a pessoa que solicitou a mediação. Desta forma, Felipe, ouviremos Natalia primeiro e, em seguida, você terá oportunidade de falar. Certo? Natalia, você poderia, por gentileza, contar-nos o que a trouxe até aqui?



Assim, recomenda-se que o mediador tenha um comportamento tranquilo, equilibrado e firme. Resumindo, é possível sugerir que os itens abaixo²⁴⁶ sejam observados quando ao “fazer” e ao “não fazer” no segundo estágio da mediação.

COMPORTAMENTO	
FAZER	NÃO FAZER
✓ Manter o contato visual de maneira equilibrada com cada parte.	✗ Permitir-se ser levado a dar mais atenção não-verbal a uma das partes.
✓ Explicar o processo em linguagem simples, certificando-se de que todos a compreendem.	✗ Permitir-se usar termos específicos ou vagos.
✓ Reforçar o comportamento cooperativo quando puder (por exemplo, dizendo: “É positivo que você tenha tomado a iniciativa de aproximar-se”).	✗ Deixar de usar as oportunidades para oferecer recompensas verbais para demonstrações de cooperação.

3) No **terceiro estágio** da mediação as partes já foram identificadas pelo mediador que já se reuniu com elas para a abertura do procedimento. As regras já foram explicadas e todos concordaram em observá-las. Cada uma das partes procedeu na sua declaração de abertura e demonstrou sua visão e suas angústias sobre o conflito existente. Chega a hora de proceder, se necessário, nas reuniões particulares com cada uma das partes envolvidas.

Nas **reuniões particulares** o mediador objetiva conhecer mais cada uma das partes e saber mais sobre:

- os interesses de cada um;
- sua visão sobre quais os fatos são importantes;
- o que pretende fazer se o acordo não acontecer;
- as possíveis soluções integrativas.²⁴⁷

Além disso, as reuniões/sessões particulares também servem para manter as partes empenhadas e engajadas no procedimento.

Assim, as reuniões particulares devem adotar os seguintes passos²⁴⁸:

- começar reiterando a questão da confidencialidade** e, então, fazer uma

²⁴⁶ Nesse sentido ver SLAIKEU, Karl. No Final das Contas. *Manual prático para mediação de conflitos*. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 102.

²⁴⁷ Ibidem, p. 107.

²⁴⁸ Procedimento sugerido por SLAIKEU, Karl. No Final das Contas. *Manual prático para mediação de conflitos*. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 107 et seq.



pergunta aberta para iniciar a conversa. Por exemplo:

Eu gostaria de lembrá-lo de que tudo o que for dito nesta reunião particular será mantido em sigilo por mim e não será revelado a ninguém, a menos que me seja dada permissão para transmiti-lo – e eu concorde em fazê-lo. Meu objetivo, nesse momento, é compreender da melhor forma possível os seus interesses e o que você julga ser necessário para que um acordo ou solução seja alcançado. Dito isso, inicie seu relato por onde você achar melhor, a fim de me dizer algo que você não mencionou na reunião de abertura e gostaria de dizer agora, ou de algo dito na reunião de abertura que você gostaria de explicar. Comece por onde quiser.

Para que servem as reuniões particulares?

- Para permitir a expressão de fortes sentimentos sem aumentar o conflito;
- Para eliminar comunicação improdutiva;
- Para disponibilizar uma oportunidade para identificar e clarificar questões;
- Como uma contra-medida a fenômenos psicológicos que impedem o alcance de acordos, tal como a desvalorização reativa;
- Para obter informação sensível ou confidencial;
- Para evitar comprometimento prematuro;
- Para ensinar o processo de negociação às partes;
- Para disponibilizar um ambiente propício para o exame de alternativas/opções;
- Para avaliar o poder de barganha de uma parte;
- Para quebrar um impasse;
- Para avaliar a durabilidade das propostas.

b) Quando a pessoa começar a contar a sua versão, **escutar ativamente e fazer perguntas para esclarecer e resumir dados**. Essa é uma habilidade básica de comunicação e mesmo que o mediador não concorde com o que está sendo dito, ele demonstra respeito ao escutar ativamente. Essa técnica (escutar ativamente) realizada de maneira correta denota respeito pela pessoa e o direito do mediador de ter uma visão, percepção ou ponto de vista sobre a questão que se apresenta.

c) **Tomar anotações**: essa pode ser uma ferramenta útil para que o mediador encoraje as partes a terem um comportamento colaborativo.

d) **Avaliar as percepções do problema** perguntando como essa parte vê os interesses e posições da outra. Dificilmente elas fazem uma avaliação correta, pois frequentemente ofuscam seus interesses por meio da barganha de posições.

e) **Confrontar a parte, avaliar os pontos fortes e fracos de propostas, concentrar-se nos interesses antagônicos** para abrandar posições intransigentes e encorajar movimento. Nesse caso, o confronto é uma técnica de comunicação avançada cujo objetivo principal é fazer cessar certo comportamento ou canalizar a discussão em uma direção mais construtiva. A melhor forma de confrontar não é atacando a parte, mas utilizar-se de dados para fazê-la perceber qual a impressão que está causando no adversário. Isso servirá para tornar as partes mais flexíveis.

f) **Fazer resumos com frequência** e, se necessário, testar **a receptividade para possíveis soluções integrativas**. A técnica de **escuta ativa** pode ser usada para resumir



dados gerados no decorrer do processo, interesses que foram apontados e uma série de fatos, alternativas e soluções possíveis. Assim, o objetivo é buscar oportunidades de testar a receptividade a possíveis soluções. As perguntas devem sempre começar com “e se”.

g) **Encerrar a reunião garantindo a confidencialidade da discussão**, fazendo uma pergunta aberta sobre outros tópicos e um pedido para receber instruções sobre qualquer mensagem a ser transmitida a outra parte. Aqui reiterar o compromisso de fidelidade e de colaboração confere empatia e segurança à relação.

h) **Proceder à reunião particular com a outra parte**. Aqui se repetem os passos anteriores, garantindo igualdade de tratamento.

4) O **quarto estágio** prevê a hipótese de **reuniões conjuntas e particulares** alternadas em combinações que permitam discutir os avanços e as possíveis propostas de acordo surgidas. Para que essas reuniões conjuntas voltem a acontecer é preciso que: a) as partes estejam preparadas para se reunir; b) que se escolha uma abordagem rápida (que pode significar realizar reuniões conjuntas uma vez que nelas as partes podem se manifestar a respeito das propostas umas das outras); c) que se verifique a existência de algum impedimento físico para que a reunião aconteça (serve de exemplo a distância de residências).

5) O **último estágio** prevê o encerramento do processo de mediação de maneira positiva: com o êxito da mediação e a **redação do acordo**.

Uma mediação bem sucedida conduzirá, muitas vezes, ao encerramento com um acordo satisfatório para as partes. Na busca desse intento, alguns atos simbólicos podem produzir nas partes os sentimentos de satisfação e de comprometimento com o adimplemento do pacto, bem como a realização de ter obtido uma solução amigável.

Preliminarmente Karl Slaikeu²⁴⁹ sugere que se organize uma planilha de texto único que simplesmente identificará uma série de passos que podem levar as partes a superar o seu presente conflito e ajudá-las a definir possíveis soluções. Ao completar tal planilha, o mediador não deve se pautar apenas pelo sucesso potencial da observação dos passos. Ao invés, deve usar o seu conhecimento particular (afinal de contas, ele é o único que ouviu todos os interesses de cada parte) para criar uma lista que julgue poder levar a soluções integrativas. O principal objetivo é, simplesmente, compilar uma lista dos passos que devem ser seguidos a fim de ajudar as partes a progredirem.

²⁴⁹ SLAIKEU, Karl. No Final das Contas. *Manual prático para mediação de conflitos*. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 145.



Assim:

ELABORANDO UM ACORDO DE TEXTO ÚNICO	
FAZER	NÃO FAZER
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Formular possíveis itens de texto único a partir das suas anotações preliminares. ✓ Usar verbos de ação para descrever comportamentos específicos que as partes tomarão para implementar o acordo. ✓ Lembrar-se de que o parâmetro conceitual é o Grid de Conflito, que permite decompor os problemas (interesses, fatos, e soluções) antes de criar itens para o acordo de texto único que funcionem para todas as partes. ✓ Considerar várias opções para alcançar acordos parciais quando não for possível conseguir um acordo total: <ul style="list-style-type: none"> • Concordar em alguns pontos e discordar a respeito de outros. • Recorrer a um superior sobre alguns pontos. • Implementar algumas medidas agora e aguardar antes de implementar outras. • Introduzir um parâmetro objetivo como um guia para selecionar opções. ✓ Prever um acordo sobre o seguimento da negociação (quando, onde, quem). ✓ Incluir uma cláusula para resolução de disputas. 	<ul style="list-style-type: none"> ✗ Não pensar em termos do texto único desde o começo. ✗ Permitir que o acordo permaneça vago. ✗ Deixar de usar componentes que já tenham sido definidos por meio de reuniões particulares e conjuntas. ✗ Assumir uma atitude de pegar ou largar, presumindo que se as partes não conseguirem concordar acerca de todos ou quase todos os pontos, nenhum acordo será possível. ✗ Deixar isso ao acaso. ✗ Deixar passar a oportunidade de ajudar as partes a prevenir futuras disputas concordando em abordar conflitos por meio de conversas ou mediação.

Depois da rodada final de reuniões (coletivas ou não) com as partes e da anotação dos passos que constituem o acordo de texto único conforme esquema da tabela anterior e antes da redação final do mesmo, é uma boa ideia testá-lo. O objetivo é detectar pontos duvidosos que possam conduzir ao fracasso ou descarrilamento do



acordo no futuro. Para que estes pontos fracos sejam detectados, conforme Slaikeu²⁵⁰ deve-se questionar:

- a) *Os interesses críticos das partes chave e das pessoas a quem elas devem responder foram honrados ou, ao menos, não violados?*

Cabe aqui a revisão dos interesses já identificados bem como a conferência de que eles foram honrados pelo acordo. Além disso, deve-se perguntar diretamente às partes, em reuniões conjuntas ou particulares, se o acordo irá realmente honrar seus interesses.

O objetivo desse tipo de questão é verificar se as próprias partes conseguem relacionar o acordo com os seus interesses latentes. Se não conseguirem explicar a ligação ou ficarem com a impressão de que algo está faltando, deve-se explicar como o plano realmente vai ao encontro de seus interesses – ou trabalhar para revisá-lo.

- b) *O acordo coaduna-se com outros fatos?* De que maneira o acordo se ajusta às limitações orçamentárias, regras institucionais, leis aplicáveis e outras variáveis?
- c) *Como as outras partes e as pessoas que elas representam reagirão ao acordo?* Há alguma outra parte que pode ajudar na implementação desse acordo se incluída na revisão ou que pode sabotá-lo se excluída? Possuindo conhecimento das partes e sabendo quais são os seus interesses, deve-se tentar visualizar o acordo pelos seus olhos.
- d) *Imaginar a implementação do acordo e prever as consequências* (sucesso ou fracasso). Existe algo em seu relacionamento ou em seu cotidiano que deve ser levado em consideração ao testar a viabilidade do acordo?
- e) *Pedir às partes que avaliem o acordo.* O próximo passo é que elas descrevam os motivos pelos quais ele é aceitável ou não.
- f) *O que os advogados das partes pensam sobre o acordo?* As partes podem levar uma cópia do acordo a eles ou podem discutir os seus principais pontos com os mediadores a fim de receber sua opinião antes da redação da versão final. O mediador pode encorajar as partes a buscar a opinião de seus advogados com relação a aspectos do acordo que mais as preocupam.

Essa fase de teste do acordo é uma tentativa de auxiliar as partes a eliminar qualquer obstáculo antes que outros o façam quando a mediação já houver sido finalizada. Não se deve hesitar em olhar as partes no olho e dizer: “Você está concordando com esse acordo agora, mas o que você fará daqui a dez meses quando você estiver tomando uma cerveja com um amigo que lhe disser que você estava fora de si ao aceitar esse acordo?” Se a parte não for capaz de dar uma explicação convincente de como o acordo atendeu a seus interesses e lhe poupou maiores perdas, então deve ser retomada a discussão sobre interesses, méritos da solução e possíveis alterações. Deve ser lembrado que todos ainda estão tentando

²⁵⁰ Ibidem, p. 181 et seq.



desenvolver a habilidade cognitiva de pensar sobre, encarar ou descrever a experiência de forma a fazê-la perdurar.²⁵¹

Para fins de testar o acordo William Ury²⁵² sugere que se use o “teste do discurso de aceitação”. Assim ele sugere que se a dificuldade reside em ajudar as partes a chegarem a um acordo sejam feitas algumas perguntas difíceis que elas terão de enfrentar:

“Por que você cedeu?”

“Do que abriu mão?”

“Será que precisava mesmo fazer essa concessão?”

“E as nossas necessidades? Você se esqueceu de nós?”

“Por que não fomos consultados?”

E daí por diante.

Depois de testar o acordo e sua aceitação, é hora de começar a redação definitiva do mesmo. Nesse momento é preciso prestar atenção à redação e à assinatura a fim de reforçar a confiança de que ele é válido e deverá ser obedecido. O acordo precisa, acima de tudo ser exequível, pois do contrário não garantirá sua instrumentalidade para a efetiva satisfação das partes no mundo fático. É preciso que se produza um texto que esteja conforme os parâmetros legais, que tenha uma linguagem clara, específica e objetiva.²⁵³

A redação do acordo precisa observar alguns princípios²⁵⁴:

- a) *enquanto as conversas na mediação primam pela confidencialidade, o acordo será público.* Por isso é importante certificar-se de que ele não expõe as partes desnecessariamente. Para as disputas envolvendo agências governamentais, o acordo será de domínio público.
- b) *considerando que o acordo deve ser aprovado por cada uma das partes, preferir usar a linguagem empregada por elas.* Nestes termos, devem ser evitadas expressões vagas ou muito genéricas. Os acordantes precisam saber exatamente quais serão as suas obrigações para a execução do acordo em termos de horário, local, data, modo e periodicidade de cumprimento.
- c) *almejar pela simplicidade na escolha das palavras e construções gramaticais.* É recomendável manter a simplicidade dos documentos. Alguns acordos de texto único consistiram apenas em uma lista de comportamentos que as

²⁵¹ Ibidem, p. 184.

²⁵² URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 207-208.

²⁵³ AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 140.

²⁵⁴ SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas. Manual prático para mediação de conflitos*. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 187-189.



partes rubricarão, enquanto outros serão compostos por vários parágrafos. Sempre que possível, tentar elaborar um texto conciso.

- d) *certificar-se de que o documento refira-se de forma positiva à solução e ao comportamento (quem fará o quê, quando) e que seja específico sobre os prazos em que cada passo deve ser completado.*
- e) *até a assinatura final do acordo, procurar usar apenas uma cópia nas reuniões particulares ou conjuntas. Nada será mais confuso ou contraproducente do que a distribuição de dez cópias de um acordo ainda não testado. Cada parte adicionará suas próprias alterações e caberá ao mediador a tarefa de tentar sistematizar as dez diferentes versões.*

William Ury²⁵⁵ afirma que é importante concluir o acordo com um tom positivo, do mesmo modo como foi importante começar. Assim, um tom positivo pode ser, simplesmente, uma palavrinha reafirmando o relacionamento: “Martha, sei que lidar com este problema não foi fácil para nenhum de nós. Só queria lhe agradecer por tentar respeitar as minhas necessidades nesta situação. Espero ansioso trabalhar com você neste caso e em vários outros.”

Em resumo, o autor sugere que se reconheça a existência de dificuldades, e que se agradeça ao outro, concentrando-se em um futuro positivo. Não há necessidades de palavras melosas – um reconhecimento objetivo e um simples obrigado bastam. O outro terá mais propensão para implementar um acordo, caso se sinta bem a respeito dele.

Essa positividade pode ser alcançada com o uso de expressões positivas que venham a substituir a negatividade muitas vezes verificada. Ao afirmar, por exemplo, que “as partes comprometem-se a evitar discussões”, o mediador busca dizer o mesmo que “as partes comprometem-se a agir com cortesia”, mas da segunda maneira ressalta a boa e mais agradável convivência no futuro como efeito positivo do cumprimento do combinado. Logo, inserem-se as partes num contexto de otimismo, o que aumenta as possibilidades de realização do acordado.²⁵⁶

Na mediação, ao invés de atribuir culpa e censurar, prioriza-se a ressalva de que as partes e o mediador trabalham para a obtenção de uma solução que satisfaça os envolvidos, em todos os seus interesses e sentimentos e origine um comprometimento mútuo²⁵⁷.

Ao observar todos esses critérios norteadores da produção do acordo ao longo da mediação, o mediador terá como uma das regras mais importantes o bom senso, presente inclusive no momento de redigir o acordo. No entanto, disponibilizar de modelos de acordos pré-elaborados pode trazer vantagens. Em primeiro lugar, esses modelos servirão de guia para o mediador quanto às questões a se dispor e à forma de tratá-las. Além disso, viabilizam um atendimento mais rápido e ágil para a solução

²⁵⁵ URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 215.

²⁵⁶ AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 140.

²⁵⁷ Ibidem



do conflito. Mas, na busca de um acordo favorável para as partes as técnicas de mediação são importantes.

A mediação, portanto, é considerada uma das melhores formas da concretização do ideal fraterno, pois consiste na construção de uma decisão pelos conflitantes e não sua imposição. Além disso, possui caráter humano e cidadão, pois preserva a igualdade entre as partes, bem como a liberdade. A participação total das partes, inclusive na decisão final, faz com que a mediação se sobreponha às demais formas extrajudiciais de resolução de conflitos. Tal procedimento, além da celeridade e eficiência, traz mais satisfação e sucesso, visto que atua na verdadeira causa do problema e proporciona mudanças sociais na vida dos demandantes e da sociedade como um todo.



REFERÊNCIAS

- ALBERONI, Francesco. *A amizade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- ALMEIDA JÚNIOR, Sebastião de. *Negociação: técnica e arte*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.
- BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido*. São Paulo: Cidade Nova, 2008.
- BARNES, Ginny Pearson. *Negociando com sucesso: deixando que outras pessoas o sigam*. Traduzido por Eduardo Cunningham Matinez. São Paulo: Amadio, 2002.
- BARUCH BUSH, Robert et al. *The promise of Mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*. 2. ed. São Francisco: editora Jossey- Bass, 2005.
- BERGER, Peter I.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Ed. Unb, 1998.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.
- _____. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. (Org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. São Paulo: Edusp, 1992.
- DURKHEIM, Émile. *Lições de sociologia: a Moral, o Direito e o Estado*. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1983.
- _____. *Sociologia e filosofia*. São Paulo: Ícone, 2004.
- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções do Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 16. ed. Porto Alegre: L&PM, 2001.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.



- HOPPE, Cristiane. *A mediação como forma de humanização do poder judiciário brasileiro*. 179 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 1998.
- MILL, John Stuart. *A lógica das ciências morais*. São Paulo: Editora Iluminura Ltda, 1999.
- _____. *Capítulos sobre o socialismo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MORAES, Emanuel de. *A origem e as transformações do estado*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1996.
- PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974.
- RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996.
- _____. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- _____. *Le verità e il processo*. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004.
- _____. *Il diritto fraterno*. Laterza: Roma, 2005.
- ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005.
- SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.
- SIMMEL, Georg. *Simmel e a modernidade*. Organizadores Jessé Souza e Bertold Oëlze. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- _____. *Questões fundamentais da sociologia: indivíduo e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.



SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: UNIJUÍ, 2010

STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Tradução de Miriam Crohmal. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.

URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. Modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Editora Método, 2008.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Um diálogo entre Freud e Einstein: por que a guerra?* Santa Maria: FADISMA, 2005.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.





EDUNISC

Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul
www.unisc.br/edunisc