



A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO FORMAS DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO

Helena Pacheco Wrasse¹
Caroline Cristiane Werle²

RESUMO: Considerando a dificuldade do Estado, detentor do monopólio jurisdicional, em prestar, de forma efetiva, uma resposta às demandas conflitivas da sociedade, o presente artigo visa investigar o que se entende por acesso à justiça, bem como delimitar o que é mediação e conciliação e quais as técnicas empregadas por estes mecanismos, para, em um segundo momento, analisar se essa estratégia consiste em um meio consensual e autonomizador na gestão dos conflitos. Com a finalidade de cumprir o objetivo proposto, utilizar-se-á do método dedutivo, partindo-se de conceitos gerais básicos para o desenvolvimento do trabalho – conflito, Estado, acesso à justiça, mediação, conciliação – para se atingir um fim (particularidade), que seria o tratamento do conflito em si (caso concreto). O método de procedimento será o monográfico e a técnica de pesquisa empregada será a da documentação indireta (pesquisa documental e bibliográfica).

Palavras-chave: Acesso à justiça, conciliação, conflito, mediação, Poder Judiciário.

ABSTRACT: Considering the difficulty of the State, holder of the jurisdictional monopoly, to provide, effectively, a response to the conflicts of society, this paper aims to investigate what does access to justice really means, as well as define what is mediation and conciliation and what are the main techniques employed by these mechanisms, therefore, in a second stage, to examine whether this

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada. Integrante do grupo de pesquisas “Políticas Públicas no tratamento de Conflitos”, coordenado pela professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler. Endereço eletrônico: hpachenapacheco@gmail.com

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa promovida pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado” coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Endereço eletrônico: ccwerle@yahoo.com.br

strategy consists in a consensual and self-governing conflict management method. In order to meet the proposed objective the deductive method will be used, starting with the analysis of basic concepts for the development of the work - conflict state, access to justice, mediation, conciliation - towards an end (particularity), which would be the treatment of the conflict itself (practical case). The method of procedure is the monographic and the search technique is the indirect documentation (bibliographical research).

Keywords: Access to justice, conciliation, conflict, mediation, Judiciary Power.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado é uma ficção humana, formado por diferentes instituições (políticas, administrativas, policiais, jurídicas, militares), cuja incumbência é estabelecer, manter e, havendo necessidade, reestabelecer a paz social³ na tentativa de garantir a segurança das pessoas (MULLER, 1995). Defende Hobbes, que antes da existência do Estado⁴ se vivia em um estado de natureza, que se caracterizaria pela “guerra de todos contra todos”, pautado por um individualismo extremo, ou seja, não existia uma figura garantidora de direitos. Nesse momento, os homens teriam aderido ao “contrato social”, a fim de garantir condições de sobrevivência (STRECK, BONATTO, 2008, p. 115).

Nota-se que, quando da criação do Estado, os homens consentem na transferência dos seus poderes (de suas liberdades) para um homem ou assembleia de homens, investidos em um poder soberano. A lógica contratualista consiste em uma troca, ao mesmo tempo em que a pessoa é privada de parcela de sua liberdade, lhe é assegurado o direito à vida, por exemplo. O poder do governante é fundado no medo dos súditos diante do Leviatã (SPENGLER, 2010).

Atualmente, vive-se um momento de descontentamento com o aparelho Estatal, a estrutura do Estado não consegue atender às expectativas e anseios da sociedade contemporânea. Nesse trabalho, contudo, voltar-se-á a atenção especificamente ao desequilíbrio enfrentado pelo Poder Judiciário, considerando

³ Entende-se por paz social, não a ausência de conflitos, mas a administração positiva dos mesmos, em prol de uma convivência madura e esclarecida entre as pessoas.

⁴ Instituição Estado.

as dificuldades do mesmo ao atuar na sua função típica jurisdicional. Ponderando-se a ineficiência das tradicionais formas de tratamento de conflitos, urge-se no estabelecimento de um novo modelo de jurisdição, o qual viabilize respostas satisfatórias às demandas da complexa sociedade atual (SPENGLER, 2016).

Nesse sentido, importante destacar que, a lei Estatal será legítima na medida em que garantir o contrato social, sustentando-se na modernidade a noção da Constituição, que seria hoje, a explicação do contrato social. Na metáfora de Ulysses, que ordena aos seus subordinados que o amarrem ao mastro do navio e que, em nenhuma hipótese, venham a obedecer a uma nova ordem (partindo dele, capitão) para que o soltem. Sabe Ulysses que a sua sobrevivência está ligada ao pacto originário. Por sua vez, em o “Senhor das moscas”⁵, Ralph (representa a ordem) e Jack (a desordem), Ralph afirma que a eles só restam as normas e Jack contrapõe que de nada valem as normas quando não se pode cumpri-las (STRECK, BONATTO, 2008).

Percebe-se, a partir dessas histórias, que a legitimidade estatal está condicionada ao cumprimento efetivo das normas. Assim, estabelecer-se-á uma relação entre a norma fundamental de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, Constituição Federal), que tem por objeto garantir que o conflito seja apreciado pelo Poder competente na expectativa de solucionar efetivamente o conflito em questão (acesso à justiça⁶) e, aquilo que realmente ocorre, uma ineficiência do Estado ao apreciar o caso concreto, não garantindo uma resposta satisfatória às partes e, sim, apresentando uma sentença terminativa de caráter meramente formal, encerrando-se o ciclo processual e não necessariamente o conflitivo.

Ante o exposto, o presente artigo pretende responder a seguinte questão: seriam a mediação e a conciliação formas de materialização do direito fundamental ao acesso à justiça no Direito Brasileiro?

Na tentativa de responder essa pergunta, o texto apresenta como objetivo a investigação do que se entende por acesso à justiça, bem como delimitar o que é mediação e conciliação e quais as técnicas empregadas por estes

⁵ O livro retrata a regressão à selvageria de um grupo de crianças, presas em uma ilha deserta sem a supervisão de adultos, após a queda do avião que as transportava para longe da guerra.

⁶ Usar-se-á justiça com letra minúscula, pois não se está referindo ao acesso formal à Justiça (Poder Judiciário) e, sim, um acesso a uma resposta, um tratamento adequado e eficaz que resolva o conflito.

mecanismos, para, em um segundo momento, analisar se essa estratégia consiste em um meio consensual e autonomizador na gestão dos conflitos. Com a finalidade de cumprir o objetivo proposto, utilizar-se-á do método dedutivo, partindo-se de conceitos gerais básicos para o desenvolvimento do trabalho – conflito, Estado, acesso à justiça, mediação, conciliação – para se atingir um fim (particularidade), que seria o tratamento do conflito em si (caso concreto), ou seja, parte-se de uma ideia geral para o particular. O método de procedimento será o monográfico e a técnica de pesquisa empregada será a da documentação indireta (por meio de livros, artigos científicos – pesquisa documental e bibliográfica) (LEAL, 2007).

Sendo assim, o texto se apresenta em três partes, inicialmente trabalhar-se-á o direito fundamental de acesso à justiça, em seguida buscar-se-á explicar em que consistem os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos – mediação e conciliação e, por fim, pretende-se explanar acerca das técnicas utilizadas nos métodos anteriormente apresentados, com a finalidade de atentar às diferenças entre os métodos heterocompositivos (modelo jurisdicional tradicional) e autocompositivos (modelo proposto, cuja implementação ocorreria paralelamente ao modelo tradicional⁷).

1. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Os Direitos fundamentais são Direitos Humanos positivados na Constituição Federal de 1988⁸, encontram-se previstos nos artigos 5º a 17 da CF/1988, em rol exemplificativo, visto que o §2º do art. 5º estabelece que

os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Esses direitos possuem aplicabilidade imediata, o que significa que não há a necessidade de um marco regulatório legal para que eles possam ser exercidos. Os direitos fundamentais existem para serem efetivados e praticados,

⁷ Ambos os modelos podem funcionar sem que um anule a presença do outro, trata-se de uma união de forças de dois formatos/propostas igualmente relevantes.

⁸ Doravante CF/1988.

estabelece o §1º do art. 5º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, de forma geral, esses direitos são obrigatórios e não programáticos.

Verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador. Essa preocupação liga-se à necessidade de superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito formal, em que os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que se expõem ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador (MENDES; BRANCO, 2014, p. 156).

Todavia, alguns direitos, como o de acesso à justiça, necessitam de uma estrutura que viabilize sua concretização. A doutrina vem utilizando o conceito de

direito à organização e ao procedimento (“Recht auf Organisation und auf Verfahren”) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização) como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à Justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa) (MENDES; BRANCO, 2014, p. 583).

No entanto, o Estado (Poder Judiciário) tem demonstrado dificuldades em apresentar soluções adequadas à sociedade, a partir de uma organização dos procedimentos que cumpra com o objetivo efetivo de uma prestação jurisdicional justa e célere, que proporcione o real acesso à justiça. Compreende-se que a demanda de litígios é muito grande e acaba por ocasionar um atraso na justiça, fazendo com que essa se torne injusta devido à lentidão para que se obtenham respostas que façam cessar as disputas. Barbosa (2003, p. 244) elucida alguns dos fatores que marcam a referida perturbação:

[...] a morosidade da prestação jurisdicional, a sobrecarga dos tribunais, a burocratização da Justiça, a complicação procedimental, as *deficiências no acesso à justiça*, a insuficiência da defensoria jurídica e a falta de orientação dos cidadãos levam a um distanciamento entre a população, que necessita da Justiça para garantir os seus interesses e o Judiciário (grifo próprio).

Atualmente, com a finalidade de democratizar esse acesso ao Poder Judiciário e, na tentativa de alcançá-la efetivamente, dispõe o art. 5º da

Constituição Federal: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. De tal modo, conceitua-se acesso à justiça como sendo a expressão de um juízo de valor

que se refere diretamente a um direito fundamental do homem que busca a justiça, o justo, para solucionar os conflitos de interesses, com base em normas de conduta ética e consoante leis que regem a sociedade e o Estado (HESS, 2004, p. 3).

Cappelletti e Garth defendem (1988, p. 12) que

o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.

Sobre o assunto, ainda, pertinente a seguinte reflexão, acerca dos instrumentos processuais postos a serviço da concretização de um direito material extremamente avançado:

[...] não basta termos normas de natureza material extremamente avançadas, como são, por exemplo, no Brasil, de um modo geral, as normas previstas na Constituição Federal em matéria de proteção a direitos, ou a legislação ambiental em vigor [...] estas normas jurídicas têm conteúdo bastante avançado, buscando a transformação da sociedade brasileira em uma sociedade mais justa e solidária. Entretanto, de nada adianta a existência dessas normas se não existirem mecanismos aptos a atuarem em caso de sua violação. É aí que entra o acesso à justiça, pois precisamos de instrumentos que nos garantam que, em caso de violação ou simples ameaça de violação a nossos direitos, temos aonde nos socorrer, podemos exigir o cumprimento forçado da norma violada ou a atuação da sanção pelo descumprimento (SOUZA, 2015, p. 42).

Através da análise dos fragmentos citados, percebe-se que a legislação material possui normas jurídicas avançadas, ao passo que para seu efetivo cumprimento, são necessários instrumentos/mecanismos que a tornem uma realidade. Para tanto, busca-se acessar à justiça através do processo judicial, sendo este, via de regra, o instrumento legítimo de se fazerem cumprir os direitos. Contudo, o número de demandas judiciais é bastante elevado, tornando inviável, muitas vezes, a apresentação de respostas satisfatórias aos conflitos sociojurídicos.

Na expectativa do aparato processual viabilizar materialmente o acesso à justiça, formulou-se um “novo” Código de Processo Civil⁹, com viés mais democrático e principiológico, muitas são as especulações com relação a esta lei. Será que a partir da aplicação do “novo” processo civil, o Poder Judiciário estará se aproximando do cidadão e apresentará respostas mais satisfatórias? Esse é um debate ao qual ainda não se tem respostas, não cabe aprofundá-lo nesse trabalho, pois não é este o foco do texto, mas fica o questionamento para reflexão de como se dará o cumprimento dessa legislação, agora em vigor.

Nesta seara, o “novo” ordenamento processual traz um capítulo, além de artigos esparsos, referentes aos institutos da conciliação e mediação, os quais serão, na perspectiva de um modelo democrático, não violento, consensual e autonomizador de tratamento de conflitos, analisados a seguir.

2. MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Existem vários métodos diferentes de resolução de conflitos, que vão além da adjudicação (método tradicional – Poder Judiciário), pode-se citar como exemplo, a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem, julgamento privado, análise neutra dos fatos por um perito, *mini trial*, *ombudsman*, dentre outros. De maior relevância no cenário nacional atual, tem-se a mediação e a conciliação, inclusive, o Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD desenvolveu, com o auxílio de diversos autores, o Manual de Mediação, utilizado em cursos de conciliadores e mediadores judiciais no Brasil, esse manual contempla uma análise teórica, bem como técnicas práticas que são empregadas quando da realização das sessões de mediação.

Há uma preocupação do Poder Público com a satisfação do usuário e, na tentativa de apresentar uma solução mais apropriada, foram realizadas pesquisas de satisfação, cujos resultados apontam no sentido de

que o acesso à justiça está mais ligado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com o resultado final do processo de resolução de

⁹ Lei 13.105/2015.

conflito do que com o mero acesso ao poder judiciário, a uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto. De fato, as pesquisas desenvolvidas atualmente têm sinalizado que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo.

Com isso, o acesso à justiça passa a ser concebido como um acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada – resultados, procedimento e sua condução apropriados. Nesse sentido, interessante diferenciar o que significa tratar o conflito de forma autocompositiva e heterocompositiva: a autocomposição é caracterizada pela autonomia dos participantes, eles são os donos do seu conflito e possuem liberdade de traçar a resolução mais adequada para o seu problema, ou seja, “receberem auxílio para que resolvam suas próprias disputas” (AZEVEDO, 2013). Já na heterocomposição o poder de decisão é delegado a um terceiro – juiz, que irá decidir o conflito pelas partes.

A Lei 13.140/2015 (Lei de mediação) em seu artigo 1º estabelece:

Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A mediação consiste em reabrir canais de comunicação, ela difere de outras práticas, pois tem na sua base de operações, o pluralismo de valores, busca-se atingir o consenso entre as partes a partir da aceitação das diferenças e da diversidade¹⁰. Discute-se mediação enquanto método qualitativo, que permite às partes a apropriação do seu problema, tornando-as responsáveis pela construção de uma solução que lhes agrade e lhes pareça justa (SPENGLER, 2010).

O mediador, enquanto terceiro catalisador do procedimento de mediação, se encontra em uma posição intermediária, entre as partes, não sobre elas (método não autoritário). São aplicadas técnicas que tentam viabilizar a comunicação entre as partes, podendo a mediação ser desenvolvida em

¹⁰ O consenso não é somente a aceitação do outro ou da opinião alheia, o consenso também pode estar focado nas coisas simples, como o fato de aceitar realizar o procedimento de mediação.

diferentes contextos – mediação judicial, no Direito do trabalho, Direito de família, dentre outros (SPENGLER, 2010).

A Lei de mediação (art. 2º) estabelece como princípios norteadores do procedimento: a) a imparcialidade do mediador; b) isonomia entre as partes; c) oralidade; d) informalidade; e) autonomia da vontade das partes; f) busca do consenso; g) confidencialidade; h) boa-fé. Nota-se que o procedimento é caracterizado pela informalidade, buscando-se construir um ambiente democrático, no qual as partes tenham liberdade para discutir o conflito (SPENGLER, 2010). Conforme pontuado, o mediador auxilia nessa reconexão, contudo as partes não são forçadas a proceder na composição de um acordo, pois não é esse o objetivo da mediação, o acordo é uma consequência da comunicação entre as partes.

Ainda sobre o assunto, sendo o mediador neutro diante dos fatos, existe maior possibilidade da mediação atingir o seu objetivo principal: “a responsabilização dos protagonistas, capazes de elaborar, eles mesmos, acordos duráveis” (SILVA, 2008, p. 25); pois a grande vantagem desse procedimento é a restauração do diálogo, da comunicação entre as partes. O mediador aproxima as partes, ele facilita o acordo. Nesse sentido, Vasconcelos (2008, p. 36) defende que

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

Nesses termos, o que se busca não é a verdade real, mas sim, a verdade que para as partes satisfizer as suas pretensões, não importando se os fatos se deram exatamente da maneira acordada. Objetiva-se o consenso e não descobrir um culpado pela origem do conflito. Nesses moldes Spengler (2011, p. 215) destaca:

importante apreciar a forma como a busca e o culto pela verdade diferencia o tratamento dos litígios realizados por modelos heterocompositivos daqueles de caráter autocompositivo. Podemos trabalhar com a perspectiva de uma verdade consensual que se opõe à verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador – figura que guia as pessoas no tratamento do conflito sem, todavia, impor uma decisão.

Dessa forma, nota-se que a mediação acolhe o conflito, possibilitando um tratamento que resulte na evolução social, apostando em uma estratégia partilhada.

O Código de Processo Civil atual, no art. 334, disciplina a audiência de conciliação e mediação, não efetuando qualquer distinção entre os institutos, todavia, apesar de algumas semelhanças, são procedimentos diferenciados. A conciliação é um mecanismo que busca “a harmonização entre os interesses divergentes por um terceiro denominado conciliador, buscando um acordo satisfatório para as partes envolvidas” (NUNES; SALES, 2010, p. 218).

O acordo que se busca na conciliação se faz através do diálogo dos participantes, o conciliador salienta aspectos objetivos do conflito, estimulando uma solução rápida e não exaustiva da questão. O conciliador tem um papel ativo, pois emite opiniões, aconselhamentos e pode propor termos para solucionar o conflito, ele é um auxiliar da justiça, como um agente multiplicador da capacidade de trabalho do juiz.

Cabe destacar que o procedimento conciliatório

reduz o congestionamento dos juízos, educa a população a negociar por si própria suas disputas, aumenta a legitimidade do Poder Judiciário (pois, na maioria dos casos, a satisfação com o processo é superior à de outros procedimentos) e, por fim, intensifica a participação democrática popular naqueles casos em que o conciliador é escolhido entre a comunidade (BARBOSA, 2003, p. 253).

O instituto da conciliação também é classificado como autocompositivo, visto que é opção das partes aceitar ou não as sugestões do conciliador. Cumpre observar que, por não haver uma distinção entre mediação e conciliação no Código de Processo Civil vigente, os cursos fornecidos pelos tribunais, aos conciliadores em formação é pautado, em larga escala, nos materiais utilizados para os cursos de mediador. Ocorre uma seleção nos tipos de conflitos (família, consumo, danos morais...) que são destinados/encaminhados para cada modalidade de tratamento, mas não diferenciam as técnicas aplicadas à mediação ou à conciliação quando da realização de uma audiência ou sessão –

o que provoca uma aproximação desses dois formatos de resolução de conflitos quando aplicados nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil¹¹.

Desta feita, passa-se a análise de técnicas aplicadas no decorrer das sessões, que viabilizam a comunicação entre as partes na busca pelo consenso.

3. TÉCNICAS AUTOCOMPOSITIVAS

3.1 *Rapport*

O *rapport* consiste no “relacionamento harmonioso ou estado de compreensão recíproca no qual por simpatia, empatia ou outros fatores se gera confiança e comprometimento recíproco” (AZEVEDO, 2013, p. 128). Trata-se do maior fator na aceitação do mediador, diz respeito ao grau de liberdade na comunicação entre as partes e na qualidade do contato humano – é o elo de confiança mediador/mediandos, a qualidade do relacionamento é pressuposto de uma solução mais apropriada (SPENGLER, 2016).

3.2 Resumo

Após a manifestação de ambas as partes, é válido fazer um breve resumo daquilo que foi exposto, a fim de demonstrar que o que foi verbalizado pelas partes foi recebido e compreendido. “As questões são os pontos que dizem respeito à matéria tratada na mediação, em torno dos quais existem controvérsias” (AZEVEDO, 2013, p. 166).

Essa técnica pode ser empregada em diferentes etapas do procedimento, por exemplo: a) após uma troca de informações relevante; b) após a sugestão implícita de uma possível solução ao caso; c) para lembrar os partícipes dos seus reais interesses; d) para apaziguar os ânimos, caso a mediação esteja se desenvolvendo de forma improdutiva, por eventual descuido do mediador (SPENGLER, 2016).

Ao apresentar o resumo, o mediador deve agir com cautela, enfatizando apenas o que é necessário, filtrando informações e trabalhando-as de modo a

¹¹ Cabe aguardar como irá se proceder/comportar na prática dos Centros Judiciários essas questões atinentes a audiência de conciliação e mediação.

afastar a carga negativa da declaração, bem como a linguagem improdutiva e agressiva, ademais, focar nos interesses, necessidades e perspectivas (SPENGLER, 2016).

3.3 A arte de perguntar

As perguntas servem para esclarecer os sentimentos e interesses, normalmente são construídas com base em: “o que, quando, onde, quanto e quem” (SPENGLER, 2016, p. 53). Antes de perguntar é importante ouvir o que as partes têm a dizer, as perguntas adequadas se desenvolvem a partir de um processo de escuta e reconhecimento, perguntar sem a intenção de ofender e, sim, com o intuito de compreender/aprender, ou seja, deve-se ter cuidado ao proceder na pergunta.

As perguntas podem ser classificadas como abertas (incentivam o desenvolvimento de ideias e podem contribuir na construção de opções de uma resposta ao conflito) ou fechadas (responde-se sim ou não). Esta técnica pode ser utilizada durante toda a sessão (SPENGLER, 2016).

3.4 Identificação de questões, interesses e sentimentos

A identificação de questões, interesses e sentimentos ocorre com maior intensidade no início do procedimento, cabendo ao mediador fazer um registro acerca das questões controvertidas, dos interesses e também dos sentimentos que eventualmente podem ser debatidos para que a mediação chegue a bom termo, ainda que não tenha acordo (SPENGLER, 2016).

Os interesses são os aspectos da controvérsia que mais importam para uma ou para ambas as partes. Juridicamente, os interesses são qualificados como a razão que existe entre o homem e os bens da vida. Muitas vezes, os interesses não são demonstrados de forma absolutamente clara, mas são trazidos à mediação por meio de posições (AZEVEDO, 2013, p. 166).

Por sua vez, os sentimentos são revelados a todo instante na mediação, seja por meio de algo que foi dito ou ainda por gestos, posturas, comportamentos, expressões faciais ou tom de voz (AZEVEDO, 2013).

3.5 Validação dos sentimentos

A validação de sentimentos é muito utilizada durante a mediação, principalmente quando se busca estabelecer uma relação de confiança com as partes. Consiste em reconhecer os sentimentos perante as partes e contextualizar o que cada um está sentindo em uma perspectiva positiva identificando os interesses reais que estimularam o referido sentimento. Isso demonstra que o mediador se preocupa com os sentimentos envolvidos, o que tira um grande peso das partes, pois muitas vezes julgam reprovável a maneira como se comportaram em determinada situação. “Sempre é de grande utilidade validar sentimentos, indicando às partes que o mediador identificou, em um tom normalizador, o sentimento gerado pelo conflito” (SPENGLER, 2016, p. 59).

3.6 Resolução de questões

Compreendido o conflito, pode o mediador, nessa etapa, conduzir as partes a analisarem possíveis soluções. O resultado ideal seria que o acordo beneficiasse a todos, mas isso nem sempre ocorre, sendo assim, a chave para um bom acordo é que as partes consigam conviver com ele de maneira contínua (SPENGLER, 2016).

3.7 Despolarização do conflito

Essa etapa é caracterizada pela possibilidade de se passar de uma fase de ânimos exaltados para uma em que as partes comecem a demonstrar empatia e a buscar alguma solução ao seu conflito (AZEVEDO, 2013). Cumpre ao mediador demonstrar para as partes que muitas vezes os interesses são congruentes e que isso não foi verificado antes devido a um ruído – uma falha na comunicação (SPENGLER, 2016).

3.8 Afago

O afago também é conhecido como reforço positivo, não precisa ser verbalizado, pode se dar através de gestos, consiste em uma resposta positiva

por parte do mediador de forma a encorajar um comportamento ou uma iniciativa elogiosa da parte ou de seu advogado (SPENGLER, 2016).

3.9 Silêncio

O silêncio pode ser utilizado pelo mediador com vários objetivos no processo de resolução de disputa, a situação de silêncio provoca nas partes a reflexão, ainda que momentânea, sobre a forma como estão agindo. Nesse sentido, quando uma parte dá sinais de que dará um passo importante para a resolução da controvérsia, é interessante que o mediador teste esta técnica (AZEVEDO, 2013).

3.10 Inversão dos papéis

Essa técnica pretende estimular as partes para perceberem o conflito sob a perspectiva do outro, aconselha-se o seu uso, especialmente em sessões privadas, nas quais o mediador explica a técnica para a parte e menciona que esse procedimento também será adotado em relação ao outro (SPENGLER, 2016).

3.11 Escuta ativa

Ouvir ativamente quer dizer escutar e entender o que está sendo dito sem se deixar influenciar por pensamentos que contenham juízos de valor – ao mesmo tempo deve o ouvinte demonstrar, inclusive por linguagem corporal, que está prestando atenção ao que está sendo dito. Isso não significa que o mediador deva concordar com a parte. Recomenda-se deixar claro que a mensagem que foi passada foi compreendida (AZEVEDO, 2013).

3.12 *Brainstorming* – geração de opções

A geração de opções consiste em estimular a criatividade dos participantes, essa ferramenta também é conhecida como “tempestade de ideias”, é importante proceder no presente e focar no futuro, deixar de lado os

fatos que ocorreram e pensar no relacionamento que se pretende cultivar (SPENGLER, 2016, p. 65). As sugestões devem ser baseadas em critérios objetivos, que sejam viáveis, que condizentes com a realidade das partes.

A partir dessas análises é possível compreender um pouco mais acerca da sessão de mediação, suas etapas e as situações com as quais se pode deparar no decorrer do procedimento. Dessa maneira, fica mais fácil de perceber as diferenças que existem entre os métodos autocompositivos (mediação e conciliação) e heterocompositivos (Poder Judiciário), as diferentes técnicas que podem ser utilizadas e o tratamento diferenciado e particularizado que é dado ao conflito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista as dificuldades experimentadas pelo aparelho estatal – Poder Judiciário, buscou-se trazer uma outra perspectiva no que diz respeito ao tratamento de conflitos, apropriando-se de modelos autocompositivos que auxiliem as partes a resolver suas demandas satisfatoriamente. Através de procedimentos que concretizem o acesso à justiça, utilizando-se de métodos democráticos que valorizem a autonomia da parte em buscar uma solução que lhe seja agradável e adequada à sua realidade.

Não se está negando a importância do Estado – Poder Judiciário, mas sim apresentando uma outra forma de pensar, de modo a suscitar a solidariedade e colaboração entre as partes, com o intuito de que as pessoas consigam resolver os seus problemas através do diálogo. Em prol de uma vida em sociedade que seja mais responsável e madura, pois as pessoas estariam resolvendo seus conflitos, discutindo-os, explorando-os construtivamente, trabalhando-se em prol de uma mudança cultural baseada na solidariedade e na comunicação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, A. G. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <

<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/forum-de-multiplas-portas-uma-proposta-de-aprimoramento-processual>>. Acesso em: 01 mar. 2016. p. 243-262.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015.

_____. *Lei de mediação*. Brasília: Senado Federal, 2015.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

HESS, Heliana Coutinho. *Acesso à justiça por reformas judiciais*. Campinas: Millennium, 2004.

LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Manual de Metodologia da Pesquisa para o Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

MENDES, G.F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MULLER, Jean-Marie. *O princípio da não-violência*. Percurso filosófico. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

NUNES, A. O.; SALES, L. M. M. *A possibilidade do alcance da justiça por meio de mecanismos alternativos associados ao judiciário*. In: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de Souza. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2015.

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

_____. A busca pela verdade: uma necessidade nas práticas judiciais e uma possibilidade nas práticas comunicativas mediadas. In: SPENGLER, F. M.; LUCAS, D. C. *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

_____. *Mediação: teoria e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BONATTO, Tatiana. "O Senhor das Moscas" e o fim da inocência. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães;

COPETTI NETO, Alfredo. Direito & literatura. Ensaio Crítico. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 113-123.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.