

O NEOLIBERALISMO COMO FATOR MODIFICADOR DA SOCIEDADE E DE SEUS INDIVÍDUOS - O PAPEL DA MEDIAÇÃO NO FORTALECIMENTO DAS RELAÇÕES SOCIAIS¹

Janete Rosa Martins²

Alexandra Tewes³

Resumo: As novas relações sociais, influenciadas pelas profundas modificações da sociedade contemporânea, deram ensejo a novos conflitos entre os indivíduos nesta nova realidade social. Através deste trabalho têm-se o intuito de analisar estas novas relações e como elas influenciam no comportamento social e, em consequência, ensejam novos conflitos que, por sua vez, denotam uma profunda crise no judiciário. Nessa baila, importante ressaltar de que forma e como está se dando efetividade ao direito fundamental de acesso à justiça previsto de forma expressa na Constituição Federal. Por fim, importante analisar se o Novo Código de Processo Civil, ao trazer em capítulo próprio a mediação como forma de resolução do conflito, está realmente resolvendo conflitos e como a mediação extrajudicial se mostra uma opção mais completa em razão de sua proposta de tratamento do

¹ Artigo vinculado ao Grupo de Estudos em Mediação, Arte e Poesia em Luis Alberto Warat e ao Projeto de Pesquisa “A Efetivação da Justiça no Âmbito Social – As Ações Afirmativas Mediação e Justiça Restaurativa”.

² Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS – São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela UNISC – Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito Público e Graduação em Direito pela UNIUI/Ijuí e Professora do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado, e Graduação de Direito, e, Editora da Revista – Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas do Curso de Direito da URI - campus Santo Ângelo/RS – pesquisadora em Mediação.

³ Graduada do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS. Advogada. Foi pesquisadora PIIC/URI até 2017

conflito real existente entre os mediandos.

Palavras-Chave: Neoliberalismo; Mediação; Comunidade.

Abstract: The new social relations, influenced by the profound modifications of the postmodern neoliberal contemporary society, gave rise to new conflicts between the individuals living in this new social reality. Through this work we intend to analyze these new relationships and how they influence social behavior and, as a consequence, they lead to new conflicts that, in turn, denote a deep crisis in the judiciary. In this context, it is important to highlight the form and effectiveness of the fundamental right of access to justice expressly provided for in the Federal Constitution of 1988. Finally, it is important to analyze whether the New Code of Civil Procedure, Mediation as a way of resolving the conflict, is actually resolving conflicts and how extrajudicial mediation is a more complete option because of its proposal to treat the real conflict between mediation parts.

Keywords: Neoliberalism; Mediation; Community.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS



há uma profunda crise que se alastra há muito tempo impedindo que uma parcela da sociedade consiga ter de fato seu direito fundamental constitucional de acesso à justiça. Se mostra importante demonstrar como no Brasil tem-se utilizado desse argumento e da morosidade do Judiciário, para criar métodos que possibilitem alterar este panorama através de institutos como a Defensoria Pública, os Juizados Especiais e, atualmente, através dos meios alternativos de tratamento de conflitos elencadas pelo novo Código de Processo Civil. Todavia, tais institutos, por mais abrangentes que sejam, não possibilitam chegar às

comunidades carentes nas quais os problemas sociais, culturais e econômicos são bastante marcantes e constituem verdadeira barreira para o acesso à justiça. Em virtude disto, neste ensaio, nossa intenção é demonstrar que a mediação comunitária é capaz de dar efetividade ao direito fundamental de acesso à justiça, além de constituir importante instrumento de efetivação da cidadania e da emancipação política dos indivíduos.

A globalização e o neoliberalismo trouxeram inúmeras mudanças às perspectivas sociais de que se tinha conhecimento. Com as alterações do mercado econômico onde se busca produzir cada vez mais e se necessita o máximo de mão-de-obra e de consumidores, a mulher, que dantes tinha um papel apenas familiar e nem mesmo era considerada uma pessoa com capacidade, passa a ter espaço no mercado de trabalho e rompe em definitivo com a imagem familiar existente. Se tínhamos um núcleo familiar centrado no provedor da família, este deixa de existir pois agora existe mais de um provedor e este novo provedor também exerce poder nas decisões familiares, passando a diversas modificações legislativas para atender aos novos interesses e novos direitos já consolidados. Nesse sentido Boaventura de Souza Santos traz que as alterações no mercado de trabalho, com a inserção da mulher e, por consequência, o aumento dos rendimentos da família foi concomitante com as alterações no comportamento familiar.

2 A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO GLOBALIZADO NA SOCIEDADE

A globalização anda acompanhada do capitalismo e juntos formam um traço marcante desta nova era, marcam as alterações nas relações entre poder e Estado yjho. Se antes o poder econômico era concentrado nos limites territoriais do Estado e sua soberania, hoje essa característica vai sendo suprimida e dá espaço a economia global, sendo que esta usa da soberania

estatal para controlar e regular a vida dos consumidores (BAUMAN, 1999, p. 63-84).

Assim, o autor supracitado, demonstra a enorme influência exercida pelo poder do capital, que em tempos de globalização se transforma em um poder supra estatal. O capital se tornou livre e sua circulação muito mais rápida que qualquer ação estatal, isto porque o capital está numa razão mundial, enquanto o poder estatal está apenas em uma razão local. Dessa forma o poder capitalista se apropriou da soberania estatal, com o objetivo disciplinar de tal modo que, para a Nova Ordem Mundial, o poder estatal pode “ser facilmente reduzido ao (útil) papel de distritos policiais locais que garantem o nível médio de ordem necessário para a realização de negócios, mas não precisam ser temidos como freios efetivos à liberdade das empresas globais” (BAUMAN, 1999, p.76)

Na visão de Boaventura de Souza Santos, esse poder supraestatal ou Nova Ordem Mundial, é definido como o poder hegemônico detentor do capital mundial capaz de controlar e exercer influência nos poderes estatais, dessa forma,

“o direito conservador neoliberal não faz mais do que fixar o quadro em que uma sociedade civil baseada no mercado funciona e floresce, cabendo ao poder judiciário garantir que o Estado de direito é amplamente aceite e aplicado com eficácia” (SANTOS, p. 11).

Souza Santos traz também a perspectiva do fim do contrato social, isto é, do contrato centrado no bem-estar comum com poderes definidos do Estado. Ocorre que atualmente esses poderes coexistem perdendo seu espaço e alcance para o poder político protagonizado por aqueles que representam a hegemonia do sistema econômico. Por isso,

“o direito estatal desorganiza-se, ao ser obrigado a coexistir com o direito não oficial dos múltiplos legisladores não-oficiais de fato, os quais, por força do poder político que detêm, transformam a facticidade em norma, competindo com o Estado pelo monopólio da violência e do direito” (SANTOS, p. 13).

Entende-se com isto que o poder hegemônico tem dominado o poder estatal, usando-o para concretizar seus ideais. Sendo assim o poder estatal é utilizado como controle e dominação sobre os indivíduos permitindo o triunfo da ordem consumista sobre os direitos e interesses sociais.

Na mesma esteira deste entendimento, preleciona Bauman que

“O Estado obcecado com a ordem combateu (correndo riscos) a anarquia, a aquela marca registrada da *communitas*, em função da ameaça à rotina imposta pelo poder. O mercado consumidor obcecado pelos lucros combate essa anarquia devido à turbulenta capacidade produtiva que ela apresenta, assim como ao potencial para a auto-suficiência que, a o que se suspeita, crescerá a partir dela. É porque a economia moral tem pouca necessidade do mercado que as forças deste se levantam contra ela” (BAUMAN, 2004, p. 44).

A anarquia que o autor refere pode ser compreendida como a capacidade de solidariedade presente nas comunidades. A capacidade de produzir, geradora de autossuficiência das comunidades é combatida, pois nela o produto indisponível para um indivíduo lhe é compartilhado pelos demais, e nessa corrente de ajuda mútuas e de produção de bens e serviços em conjunto, o consumo não é essencial. Com a pretensão de retirar essa característica fundamental das comunidades, o poder hegemônico definiu ao Estado o dever de atuar, através de seu poder criador e fiscalizador de normas, combater o traço fundamental das comunidades, qual seja, a solidariedade.

Resta evidenciado pela análise dos dois renomados autores que o poder hegemônico supra estatal controla, também, os poderes locais, exercendo ampla dominação sobre a criação das leis, através do patrocínio dado aos legisladores, sobre o poder executivo, de forma a não permitir que qualquer plano de governo intervenha de forma a limitar suas pretensões econômicas, e sobre o poder judiciário, que fica restrito a aplicar as normas criadas sob sua influência.

O papel dessa dominação do poder hegemônico está na

criação de um exército de consumidores instantâneos, isto é, indivíduos que se realizam através do consumo, este por sua vez é realizado e sua eficácia é momentânea, o prazer de comprar se esvai tão logo que o produto se encontra em poder do indivíduo. Tal comportamento tem afetado sobremaneira a forma como nos relacionamos com a sociedade, o prazer de consumir migra de objeto a objeto, o tempo de espera para a obtenção do novo prazer momentâneo gera angústia e impaciência. Esta impaciência está intrinsecamente ligada a intolerância e, na mesma velocidade que o gozo de consumir se realiza, a impaciência de aguardar pelo novo prazer nos deixa mais suscetíveis e intolerantes a qualquer comportamento contrário ao fluxo consumista.

O ser social dá espaço ao ter social. Se antes um indivíduo era lembrado por seus valores morais e sua capacidade de solidariedade, agora ele passa a ser mensurado por aquilo que tem e é valorado pela quantidade de seu patrimônio. A grande diferença entre esses métodos de valoração do indivíduo está na fluidez deste para a concretude daquele, o que se tenta demonstrar é que, a valoração do indivíduo pelos seus valores e capacidade de solidariedade perdura no tempo, é esquecida quando o indivíduo atenta contra a sociedade que o está mensurando. Já a valoração pelo ter e pela quantidade do ter é líquida, porquanto, assim como os valores do mercado financeiro num golpe de má sorte pode-se perder tudo que se tinha, a angústia gerada por esta insegurança é um fator a mais no comportamento consumista.

O medo que traz esta insegurança é explicado por Bauman, como gerador da alteração do conceito de amor próprio, passou-se a exaltar o amor próprio como incentivo a investir em si próprio, através do consumo visando satisfazer o próprio ego a sustentar um status social que garanta mais visibilidade e aceitação “pois o que amamos em nosso amor-próprio são os eus apropriados para serem amados” (BAUMAN, 2004, p.47). O consumismo e o descarte são as palavras de ordem e

Pobres daqueles que, em razão da escassez de recursos, são condenados a continuar usando bens que não mais contêm a

promessa de sensações novas e inéditas. Pobres daqueles que, pela mesma razão, permanecem presos a um único bem em vez de flunar entre um sortimento amplo e aparentemente inesgotável. Tais pessoas são os excluídos na sociedade de consumo, os consumidores falhos, os inadequados e os incompetentes, os fracassados — famintos definhando em meio à opulência do banquete consumista. Aqueles que não precisam se agarrar aos bens por muito tempo, e decerto não por tempo suficiente para permitir que o tédio se instale, são os bem-sucedidos (BAUMAN, 2004, p. 32).

O modelo consumista alterou o modo das pessoas se relacionarem com as coisas e também com os outros. Quando um produto está estragado, este é descartado e substituído por outro, a obsolescência faz parte dessa nova cultura do consumo, o conserto do produto estragado já não mais interessa. Da mesma maneira são tratadas as pessoas e a forma de nos relacionarmos com elas, quando não mais se pode conviver com os “defeitos” das pessoas, descarta-se estas, o relacionamento com elas é interrompido e substituído por outro que satisfaça melhor os interesses existentes naquele momento.

Ocorre que nos relacionamentos com as coisas existe a arbitrariedade, as coisas não são um sujeito que pode se opor as nossas decisões. Por outro lado, em um relacionamento com o outro a arbitrariedade não tem a mesma funcionalidade, pois o outro também é um sujeito ativo na relação e em momento de romper o relacionamento ambos os lados podem se opor um ao outro e criar um conflito.

Aliada a essa concepção subjetivista do conflito, contribui para a explosão de litigiosidade e conflitualidade, todas as demais alterações sociais ocorridas abrangendo a generalidade da sociedade. Santos nos explica isto fazendo uma análise sociológica da litigiosidade na qual entende que as lutas sociais, ocorridas na transição do Estado Liberal para o Estado Providência, exigindo a garantia e efetivação dos direitos sociais dos cidadãos e expandindo a gama de direitos endereçada à classe trabalhadora integrando-a nos circuitos de consumo que antes as

excluía[m] motivaram a explosão de litigiosidade. Nas palavras do autor

[o] Estado providência ativamente envolvido na gestão dos conflitos e concertação entre classes e grupos sociais e apostando na minimização das desigualdades sociais [...], significou a expansão dos direitos sociais (SANTOS, 1999, p. 145).

Essa explosão de litigiosidade acabou sendo judicializada, por dois fatores preponderantes. De um lado os direitos sociais estavam constitucionalizados e, portanto, estavam garantidos pela ordem jurídica (SANTOS, 1999, p. 146), por outro lado a nova cultura consumista, faz com que as pessoas queiram “terceirizar” seus problemas e se preocupar com eles o menos possível, sendo assim, prefere-se que um terceiro os decida.

3 ACESSO À JUSTIÇA COM FULCRO NO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL: FATORES ECONÔMICOS, CULTURAIS E SOCIAIS

O acesso à justiça sofreu mutações conceituais e materiais ao longo da história do sistema jurídico para desembocar no conceito atual resguardado tanto no tratado internacional da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como na Constituição brasileira de 1988. Capelletti conceitua o acesso à justiça como sendo “o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPELLETTI, 1988, p. 11-12).

Com este conceito Capelletti nos introduz não apenas ao significado do acesso à justiça, mas também ao grande problema que engloba tal direito, isto é, sendo o acesso à justiça o direito fundamental que possibilita a busca da garantia dos demais direitos, se este não é garantido há uma perda enorme da cidadania, visto que o conceito moderno de cidadania considera cidadãos ativos aqueles que podem exercer ativamente seus direitos fundamentais e, ainda, aqueles que não tem cidadania são

marginalizados e excluídos do convívio social (DALLARI, 2004, p. 22).

Boaventura de Souza Santos estabelece fatores preponderantes que dificultam e/ou impossibilitam o acesso à justiça, são eles os fatores econômicos, sociais e culturais. Os fatores econômicos podem ser compreendidos como o custo da litigância, que aumenta com a morosidade do processo e com o menor valor da causa envolvida. Ainda que, no Brasil, tenhamos a gratuidade na justiça e o auxílio da defensoria pública, esbarramos em outro obstáculo do acesso à justiça, o fator cultural e o social. Isto por que quanto mais baixa a renda mais ocorre hesitação em recorrer à justiça mesmo que se saiba estar perante uma injustiça e, também

quanto mais baixa é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que conheça um advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contatar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais (SANTOS, 2003, p.148-149).

No mesmo entendimento Capelletti indica que “os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os mais pobres” e que, por outro lado, esse mesmo sistema jurídico permeia de vantagens de modo especial aos litigantes “adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses” (CAPELLETTI, 1988, p. 28).

Se alinha a este entendimento Sales ao demonstrar como os fatores econômicos afetam o modo como os menos favorecidos enxergam o poder judiciário e como essa visão afeta o acesso à justiça, de modo que

O entendimento de que o Poder Judiciário não foi criado para os pobres é refletido no fato de que esses indivíduos, mesmo cientes, em muitos casos, de seus direitos, não buscam a instância judicijal, pois receiam as solenidades, os juizes, os promotores, todos tão bem-vestidos em suas togas e com falas tão rebuscadas que seria necessário tradutores para a boa

compreensão. Receiam o desconhecido, a resolução de conflitos em local não familiar, onde as regras do jogo são ditadas por terceiros também desconhecidos (SALES, 2004, p. 163).

Indica-se assim que os fatores sociais e subjetivistas da nova cultura, qual seja, a cultura consumista, deram causa à crise do poder judiciário, deixando-o saturado de demandas repetitivas, interpostas pelos seus usuários habituais, as quais é incapaz de atender (a todas) no tempo devido de forma efetiva e satisfatória. Contudo, cabe ao judiciário o poder-dever de dar resposta as provocações, é um direito fundamental elencado no art. 5º da Constituição de 1988, a chamada Constituição Cidadã. É assim chamada, em razão do rol de direitos que resguarda para garantir a cidadania do povo brasileiro (BRASIL, 1988).

Apesar da Constituição e as legislações infraconstitucionais garantirem um grande repertório de direitos, muitos deles, inclusive os fundamentais, são descumpridos diuturnamente. Sendo o poder judiciário o único que tem o poder coercitivo de fazer tais direitos serem cumpridos, este só age quando provocado, desta forma é primordial que as pessoas tenham acesso ao judiciário e possam provoca-lo. Para que isso ocorra é fundamental que os indivíduos tenham conhecimento sobre quais direitos lhes assistem e, sabendo, que tenham o ímpeto de concretizá-los. Tal ideal na prática não tem efetividade, já que os fatores socioculturais desestimulam as camadas excluídas da sociedade a buscarem os seus direitos como referido anteriormente.

Aliado a isso a morosidade do processo, seus custos e o esgotamento emocional que um processo pode causar também podem ser listados como fatores que dificultam o acesso à justiça pelo poder judiciário. Warat cita estes fatores como motivadores da introdução e aceitação de novos meios para solucionar os conflitos:

A mediação dos conflitos começa a tornar-se conveniente quando oferece uma variada gama de procedimentos e estratégias que possibilitam a resolução, com os menores riscos, desgastes emocionais, perda de tempo, custos econômicos elevados e eliminação das imprevisibilidades nos resultados

(WARAT, 1999, p. 14).

Outro fator de crítica ao sistema jurídico e que pode ser contabilizado nos fatores de conveniência da mediação trazidos por Warat, é a insegurança face ao processo judicial, a que faz referência Santos, quanto ao processo de produção e aplicação da legislação fortemente influenciado pelo poder hegemônico que se utiliza dos poderes estatais para se perpetuar. Dessa forma, a função judicial na conjectura social atual é de “baixar os custos das transações, definir com clareza e defender os direitos de propriedade, fazer aplicar as obrigações contratuais, e instituir um quadro jurídico minimalista” (SANTOS, 2003, p. 11).

Isto é, o poder hegemônico controla os mais variados setores dos poderes estatais de forma a ser perceptível que os legisladores são influenciados a aprovar normas que regulamentam a vida das pessoas e permita a perpetuação do sistema global do capitalismo hegemônico. Ao Judiciário cabe a aplicação das normas reguladoras, com seus atores atuando quase sempre como “boca da lei” e em favor do Estado máximo a regulamentar os corpos através de políticas como a da “lei e da ordem” e Estado mínimo ao se tratar de interferências econômicas. Sendo esta a perspectiva sob a qual recai a crítica de Dworkin de que o “Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional” (DWORKIN, 2000, p. 101).

A intenção, de delegar ao judiciário a aplicação dessas regras, é inviabilizar o tratamento do conflito por meio da proposta da mediação, qual seja, a solidariedade. Demonstrando Bauman que a solidariedade é combatida pela sociedade do consumo, pois por meio da solidariedade as pessoas prestam auxílio umas às outras sem que haja monetização. A solidariedade já é obsoleta e combatida pelo estado que “obcecado com a ordem combateu (correndo riscos) a anarquia, aquela marca registrada da *communitas*, em função da ameaça à rotina imposta pelo poder” e assim o poder do mercado influencia o direito para não deixar se propagar a cultura da capacidade de subsistência

humana por meio da ajuda mútua nas *communitas* (BAUMAN, 2004, p. 44).

Portanto, quanto à crítica de Dworkin, cabe identificar o que são direitos e para tanto, a concepção mais adequada está apresentada no estudo de Souza Santos sobre se “pode o direito ser emancipatório?”. A resposta encontrada pelo autor é que o direito não pode ser emancipatório, o direito é regulatório. Está a cargo das lutas sociais inaugurar e estabelecer novos direitos (SANTOS, 2003, p. 71). Pode-se extrair da combinação da concepção dos dois autores que o direito está meramente para regular a sociedade, enquanto a sociedade por meio de suas lutas conquista direitos e estatui os princípios. Sendo assim, cabe ao judiciário decidir com base nesses princípios conquistados de forma custosa pela sociedade por meio de lutas e revoluções.

Entretanto, ainda que o judiciário atenda a esses anseios e se transforme em um tribunal a serviço do povo e não das elites, como vem sendo desde a época do feudalismo através do sistema penal (FOUCAULT, 1979, p. 43-51) e posteriormente por Souza Santos através dos demais campos jurídicos (SANTOS, 2003, p. 11), solucionando os litígios de forma imparcial e baseado em princípios jurídicos, faz-se necessário um enfrentamento do conflito real das partes e assim que se oportunize um tratamento do conflito por meio da autonomia dos conflitantes, efetivando o acesso à justiça e habilitando as partes a se auto emanciparem a fim de buscar a garantia dos demais direitos fundamentais.

4 CRISE DO JUDICIÁRIO: ANÁLISE ÀS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NCPC

Com vistas a dar efetividade e democratizar o acesso à justiça é que surgem novas formas de solução dos conflitos (mediação, arbitragem, conciliação) e soluções para dar, também, agilidade aos processos como os Juizados Especiais, que

funcionam como um escape para a morosidade e formalidade do processo comum. Porém, não podem as novas formas de solução de conflitos, que ganham maior visibilidade a partir de sua inclusão no Código de Processo Civil de 2015, servir apenas para dar maior celeridade às demandas, “A autocomposição não pode ser encarada como panaceia” (DIDIER JR., 2016, p. 280).

A preocupação que se deve ter com relação a essas novas formas é sobre qual nível de efetividade e concretização aos direitos elas darão. Não basta apenas um meio para fugir da morosidade, inefetividade, burocracia dos processos, é necessário dar a quem se socorre no poder judiciário a satisfação com o processo, isto é, mesmo tendo um resultado desfavorável, deve-se ter a segurança da veracidade daquele resultado.

Essa segurança com o resultado e satisfação com o processo a mediação traz, visto que, através da mediação os indivíduos em conflito é que tomarão as rédeas do processo e pela própria autonomia terão o poder de decidir a sua demanda. Essa autonomia decorrente da mediação proporciona às partes “uma satisfação conjunta a todos os disputantes de um conflito; [...] Nas decisões judiciais, a satisfação de uma das partes implica na insatisfação da outra” (WARAT, 1999, p. 16).

Além disso, o processo judicial não resolve o conflito real entre as partes, resolve apenas o litígio, ou conflito aparente. Dessa forma um novo litígio, um novo conflito aparente pode eclodir a todo momento ensejando nova disputa judicial num ciclo vicioso que esgota econômica e emocionalmente as partes, saturando ainda mais o judiciário (WARAT, 1999, p. 14).

O processo de mediação judicial já se inicia de forma viciosa no próprio texto da lei, que prevê a mediação como fase preliminar do processo, a qual apenas não se realizará se ambas as partes demonstrarem desinteresse na sua realização, sendo assim se uma das partes não quiser, terá de participar do mesmo jeito, contra sua vontade. O Código de Processo Civil no art. 334, inclusive estipula multa para a parte que não comparecer

para a audiência de mediação ou conciliação, *in verbis*

[...]

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (BRASIL, 2015).

[...]

Didier Jr., para justificar tal previsão de multa para o não comparecimento na audiência de conciliação, refere que “Comparecer à audiência de conciliação e mediação é um dever processual das partes” (DIDIER JR., 2016, p. 634). Mas, se a mediação e a conciliação são consideradas métodos autocompositivos, que se realizam por meio da autonomia das partes, estas não podem ser obrigadas coercitivamente por meio de multas a comparecerem a audiência. Mesmo porque se se imaginar que a parte comparece na audiência apenas para não ter de pagar a multa, a vontade desta em compor o conflito é algo incidental.

Outro fator a ser observado acerca da audiência preliminar de conciliação ou mediação é a possibilidade de as partes constituírem representante por meio legal com amplos poderes para negociar e transigir em seu nome, tal representação é possível tanto a pessoa jurídica, quanto a pessoa física (DIDIER, 2016, p. 634-635). Sendo assim, mais uma vez há uma impossibilidade de resolver o conflito entre as partes, já que podem estas nem estar presentes.

Por outro lado, ao se analisar o mediador judicial, pode-se perceber que a formação deste o torna um negociador, isto é, alguém que de alguma forma interfira na resolução do conflito. Tal afirmativa se depreende do Manual de Mediação Judicial produzido pelo CNJ:

A mediação pode ser definida como uma *negociação facilitada ou catalisada por um terceiro*. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma

composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais *o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilitada(m) a negociação* entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (Grifo nosso) (CNJ, p. 20, 2016).

Complementando a análise do trecho acima, colaciona-se o entendimento de Didier Jr. quanto à imparcialidade do mediador que, segundo o autor, é imprescindível ao processo de mediação ou conciliação, de forma a que o mediador ou conciliador não tenha qualquer interesse no conflito. Entretanto, “A aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de propiciar um ambiente favorável à autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade” (DIDIER JR., 2016, p. 276).

Entende-se que, o mediador, não poderia intervir de forma alguma, pois o mediador deve auxiliar as partes a estarem mediadas individualmente para que, assim, possam expor o verdadeiro conflito uma à outra e tratá-lo autonomamente. Warat descreve o mediador como alguém que “ocupa um lugar de amor. O discurso do mediador é amoroso, transpira cuidados, é constituído por uma trama de infinitos cuidados, de infinitas paciências”. (Warat, p. 9, 1999)

Segundo tal descrição pode-se extrair que o mediador é um ser provido de alteridade, que consegue se colocar ao lado do outro e o entender e, assim, amá-lo, no sentido que Bauman define o amor ao próximo, isto é, uma condição de fazer sobreviver a humanidade em nós mesmos, amar o próximo simplesmente por que somos todos seres humanos. (BAUMAN, p. 100-101, 2004)

Para dar autonomia aos mediados é preciso ajuda-las a alcançar a alteridade, pois “ser autônomo é produzir o tempo pela produção, com o outro da diferença. para isto precisamos da mediação como elemento estrutural da produção e posterior administração da diferença.” (WARAT, p.7, 1999)

Diante disto, é preciso, de um lado, reconhecer o avanço

de se trazer ao sistema jurídico altamente burocratizado e hierarquizado uma alternativa flexibilizadora, porém há de se reconhecer as incongruências dessa alternativa para ajustá-las e trazer o verdadeiro sentido do que é mediar e assim proporcionar avanços cada vez maiores à resolução e tratamento dos conflitos, promovendo a inserção dos indivíduos nas tomadas de decisões e, dessa forma, promover a cidadania e a democratização das instituições.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Warat em seu livro *a Ciência Jurídica e seus dois maridos* traça um paralelo entre a ficção “Dona Flor e seus dois maridos”. Descreve os personagens da seguinte forma, “Vadinho: solto, preguiçoso, cara de pau, jogador, e perdulário [...] sentindo-se parte do mundo no fruir de seu corpo” e “Teodoro Madureira: metuculoso, insosso, dono de uma cultura sem surpresas, [...] anestesiadador legalista”. E Dona Flor é a personagem que não pode viver sem os dois, ela precisa de ambos para se sentir completa. (WARAT, p. 18-21, 1985)

Utilizando-se deste paralelo, pode-se designar a mediação como sendo Vadinho e o sistema jurídico como sendo Teodoro, podendo-se extrair disto que a ciência jurídica precisa de um “Teodoro”, da sua burocracia, mas também precisa da flexibilização desta burocracia, precisa da mediação, precisa de um “Vadinho”, pois tem-se inúmeras leis distribuídas em códigos tentando dar uma conformidade no modo como resolver os problemas fáticos, porém há sempre casos excepcionais que fogem à uniformidade e que precisam de uma solução “Vadinho”.

Vive-se num mundo cada vez mais informatizado, regularizado e conformado, os sentimentos, a alteridade, as diferenças fogem aos padrões que se estabelecem cotidianamente, lidar com as diferenças é uma árdua tarefa para a qual não se está preparado. A mediação vem como uma alternativa, é um ponto fora

da linha, para tratar desses novos problemas. A mediação é sentimento, é alteridade, é diferença, é inconformismo, por isso a mediação é fonte de acesso à justiça e fonte de cidadania.

Através da mediação há a capacidade de reencontro e de união e é através da união e dos debates com a diferença e com a alteridade que é possível formar um novo movimento social emancipador e contra hegemônico que habilite para a constituição de uma nova ordem jurídica e política que atenda verdadeiramente aos anseios sociais provenientes da luta de classes. Por fim, para construir genuinamente uma democracia participativa faz-se necessário promover a cidadania ativa através da autonomia da vontade, nisto consiste o mais importante papel da mediação, mostrar a importância do poder de decisão.



6 REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 07 de abr. de 2017.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 de mai. de 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>

- f. Acesso em: 07 de abr. de 2017.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Poderá o direito ser emancipatório?*. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/1180>>. Acesso em: 19 de set. de 2016.
- WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: ofício do mediador*. v. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Argentina: Angra Impresiones, 1999.
- WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.