

O ATIVISMO DAS PARTES NA CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA HUMANIZADA: A MEDIAÇÃO ENQUANTO MEIO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS SOB A ÓTICA DA TEORIA COMUNICATIVA DE HABERMAS

Janete Rosa Martins¹

Andiara Marques dos Santos²

Resumo: O presente trabalho buscou realizar uma análise sucinta acerca da atuação do Poder Judiciário a fim de, posteriormente, trabalhar a mediação como forma humanizadora da jurisdição, por meio do incentivo ao diálogo e da busca do entendimento recíproco entre as partes, fazendo uso da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas. O trabalho foi dividido em cinco momentos. No primeiro momento buscou-se discorrer acerca das teorias de surgimento da sociedade, a fim de observar a necessidade do ser humano de viver em sociedade, bem como a importância da vontade humana desde os primórdios da civilização. Num segundo momento, buscou-se introduzir e discorrer sobre a jurisdição enquanto meio efetivo de acesso à justiça. No terceiro momento abordou-se a qualidade das sentenças judiciais, realizando um breve apontamento das principais mazelas que dificultam a materialização da justiça na esfera judiciária. No quarto momento discorreu-se acerca da atuação do mediador. Abordou-se a importância da atuação desta figura como incentivador ao pensamento crítico, na condução da sessão de mediação e, por fim, num último momento, buscou-se analisar a

¹ Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS – São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela UNISC – Santa Cruz do Sul/RS, Professora da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado e da Graduação em Direito.

² Advogada militante – Estuda Pós-graduação em Direito Constitucional Aplicado.

mediação humanizadora e seu viés principiológico, através de um olhar destinado ao ser humano enquanto ativista de seu destino.

Palavras-Chave: Agir Comunicativo; Ativismo das partes; Mediação; Tratamento.

Abstract: ABSTRACT: The present work sought to make a succinct analysis about the Judiciary's work in order to subsequently work mediation as a humanizing way of the jurisdiction, through the encouragement of dialogue and the search for reciprocal understanding between the parties, making use of the Theory of Communicative Action of Habermas. The work was divided into five moments. In the first moment we sought to discuss the theories of the emergence of society, in order to observe the human being's need to live in society, as well as the importance of the human will from the beginning of civilization. In a second moment, we sought to introduce and discuss jurisdiction as an effective means of access to justice. In the third moment the quality of judicial sentences was discussed, making a brief note of the main problems that hinder the materialization of justice in the judicial sphere. In the fourth moment we discussed the mediator's performance. The importance of the role of this figure as an inciter to critical thinking in the conduct of the session of mediation was discussed, and finally, at the last moment, we sought to analyze humanizing mediation and its principled approach, While activist of its destiny.

Keywords: Acting Communicative; Activism of the parties; Mediation; Treatment.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS



palavra conflitar está presente na rotina dos seres humanos. Entramos em conflito na rua, na escola, na faculdade, no seio familiar, dentre outros tantos locais passíveis de imaginação. Diversos são os motivos que levam dois indivíduos a assumirem os polos ativo e passivo numa relação conflitiva, se é que existe polo passivo em tal relação.

Hodiernamente, cabe salientar o fato de que diversos são os Joãos e Marias que adentram com ações na esfera judicial postulando, mais do que direitos legalmente garantidos, o reconhecimento de que estão certos e o oponente errado, o reconhecimento de que são vitoriosos em sua escolha de palavras, em suas assertivas, tamanha a necessidade de ver o outro vencido, quitando honorários sucumbenciais e dívidas instituídas, diversas vezes, por mágoas e ressentimentos há muito cultivados no âmago do ex-cônjuge que não conseguiu expressar sua frustração por ver um relacionamento de longa duração cair na rotina e virar apenas lembrança dos momentos bons e ruins outrora vividos, ou, de outro lado, a prestação alimentícia devida, mas que não apaga as chagas de uma infância carente do afeto paterno ou materno, a discussão calorosa acerca de quem ficará com a guarda dos filhos, absolutamente incapazes, que camufla a dor de ver seu parceiro reconstruir a vida ao lado de outra pessoa e que, cotidianamente, acaba por resultar na alienação parental disparada dos pais para com os filhos.

O conflito envolve um misto de sentimentos. Eis que, diante das situações acima citadas, estabelecer um diálogo capaz de propiciar às partes o entendimento mútuo torna-se tarefa de suma dificuldade. Pode-se afirmar, levando em consideração o pensamento Aristotélico, parafraseado por Dallari, que o “homem é naturalmente um animal político” (2007, p. 10), que necessita da vida em sociedade, já que:

Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecê-la, o que não ocorre com os irracionais, que se agrupam por mero instinto e, em consequência, de maneira

uniforme, não havendo aperfeiçoamento. (DALLARI, 2007, p. 12)

Todavia, apesar de ser um animal político o ser humano carece de meios capazes de dissolver os litígios surgidos de suas interações sociais. Hobbes consignava que o homem, em seu estado de natureza, é egoísta, luxurioso e que isso acarretaria uma “guerra de todos contra todos” (DALLARI, 2007, p. 13).

Diante dos conflitos surgidos e firmados ao transcorrer do tempo, a autotutela foi o meio, inicialmente, utilizado na resolução de conflitos; contudo, tal forma frutificava soluções violentas e vingativas.

Diante de tal cenário a Jurisdição assumiu o papel de método pacífico de resolução de conflitos, mediante o depósito de poderes nas mãos do Estado que, numa relação vertical, passou a administrar os conflitos.

Contudo, os Magistrados assumem posição vertical em relação aos litigantes, tal que o modelo jurisdicional criado, a partir da concentração da força mitigadora capaz de solucionar determinada celeuma concentra-se nas mãos de um terceiro imparcial, apto a materializar o direito por meio de uma sentença judicial pautada no poder coercitivo, característico do Poder Judiciário.

Ao longo do processo judicial as partes interagem através de seus procuradores, quais sejam, advogados particulares ou, alternativamente, defensores públicos ou membros de escritórios de assistência jurídica, para indivíduos com condição financeira hipossuficiente, que visam proporcionar o acesso à justiça de forma efetiva.

Ante o exposto, diversos questionamentos insurgem de forma silenciosa e atormentadora, tamanha a necessidade de desenvolvimento de novas formas de tratamentos de conflitos que transpassem os limites comunicativos que imperam no Judiciário, qual seja, a eterna necessidade de transferir o poder de palavra a outrem por meio de uma procuração, a fim de que este resolva os conflitos externos, interpretando e esmiuçando a letra

da lei de forma a conquistar determinada finalidade. A real solução para determinado conflito passa por um processo de construção, haja vista que somente a comunicação clara é capaz de esclarecer fatos geradores de mágoas.

Ao longo da explanação percorrer-se-á um longo caminho, a fim de ilustrar teorias interligadas ao surgimento da sociedade e sua importância no que concerne à liberdade das partes em aderir ou não ao procedimento da mediação. Frise-se o fato de que, por meio de breve análise acerca do cenário judicial, buscar-se-á descrever a mediação como um tratamento de conflitos, pautado, primordialmente, no diálogo e na constante busca pelo entendimento mútuo, característica ligada à Teoria Comunicativa de Habermas que embasa a construção de uma nova visão sobre o conceito do efetivo acesso à justiça pautado no ativismo dos cidadãos em busca da humanização do Poder Judiciário.

2 BREVE ANÁLISE ACERCA DAS TEORIAS DE SURTI- MENTO DA SOCIEDADE

Hodiernamente, de suma importância apresenta-se a realização de estudo relacionado as teorias de surgimento da sociedade, intituladas: Teoria Naturalista e Teoria Contratualista. Como dantes citado, consoante pensamento Aristotélico parafraseado por Dallari, o “homem é naturalmente um animal político” (2007, p. 10), que necessita da vida em sociedade, já que:

Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecê-la, o que não ocorre com os irracionais, que se agrupam por mero instinto e, em consequência, de maneira uniforme, não havendo aperfeiçoamento. (DALLARI, 2007, p. 12)

Conforme linha de pensamento naturalista “[...] a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana” (DALLARI, 2007, p. 12), ou seja, o ser humano, *in natura*, carrega em si um sentimento que o impulsiona a buscar a vida em sociedade,

contudo, tal sentimento, isoladamente, não basta para a concretização de tal ideal sendo necessária a adição da vontade humana, ou seja, a vontade de viver em sociedade, de sentir-se parte de um conjunto de seres humanos a fim de sentir-se protegido, acolhido, a fim de beneficiar-se com o convívio social. Por outro lado, a Teoria Contratualista nega, expressamente, a existência do impulso associativo natural, ponto basilar da teoria Naturalista. Os contratualistas afirmam que

[...] apenas a vontade humana justifica a existência da sociedade, o que vem a ter influência fundamental nas considerações sobre a organização social, sobre o poder social e sobre o próprio relacionamento dos indivíduos com a sociedade. (DALLARI, 2007, p. 12).

Alguns filósofos que defenderam tal teoria foram Hobbes e Rousseau. Como dantes mencionado Hobbes afirmava que o homem é um ser mal por natureza, e que vive numa constante ‘guerra de todos contra todos’; contudo, como afirma Dallari, essa guerra possui como ponto inicial a natural igualdade entre os homens, visto que o ser humano receia que outrem cause-lhe alguma espécie de mal, tal fato torna os indivíduos temerosos, o que acarreta a agressão inicial como um mecanismo de defesa diante da mera expectativa da concretização de uma conduta maliciosa (DALLARI, 2007, p. 12). Cabe salientar que

A crítica filosófica e jurídica fizera sempre sérios reparos à doutrina contratual de Rousseau, que legitimava a vinculação do indivíduo ao Estado num pacto social. Mostrou-se a ausência de verificação histórica desse sentimento. Como contrato social empírico, a ideia rousseauiana foi reputada irracional, pois não explicava a dependência a que, celebrado o pacto, ficavam sujeitas as gerações subsequentes, cuja vontade não se logaria consultar (BONAVIDES, 2012, p. 163)

Ao enfocar-se a questão de tratamento de conflitos pode-se afirmar que, a partir do surgimento da sociedade e do Estado - saliente-se o fato de que, nas palavras de Dallari “pode-se afirmar que, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas” (2007, p. 18) – e

levando-se em consideração a ideia de Hobbes, de que o homem sente-se acuado e temeroso de que outrem acarrete o mal tomando como postura defensiva o ataque, tal conduta fora substituída pela atuação do Estado e pela criação da Jurisdição como forma de solucionar contendas tendo por base a atuação de um terceiro. Atuação essa que será desenvolvida amiúde no próximo tópico.

3 A JURISDIÇÃO ENQUANTO FORMA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS DE CONFLITOS E O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

O poder de tratar conflitos, concentrado em mãos das partes, na autotutela, foi transferido ao Estado. Criou-se um sistema no qual leva-se em consideração as leis previamente positivadas, um terceiro imparcial as analisa e aplica o direito ao caso concreto, sentencia uma solução plausível para a situação, o qual recebeu a denominação de Jurisdição, e pode ser conceituada como:

[...] a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/ efetivando/ protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER, 2015, p. 153)

Pauta-se na atuação de um terceiro imparcial que por meio de um poder coercitivo aplica normas e princípios norteadores do sistema legal pátrio e visa, primordialmente, a proteção a determinado bem jurídico. Contudo, o presente sistema encontra-se saturado pelo enorme número de contendas, o que dificulta, em demasia, o efetivo acesso à justiça, haja vista que o procedimento utilizado pela jurisdição, apesar da garantia constitucional ao devido processo legal e a celeridade, resta prejudicado pelo trabalho excessivo, ou seja, o número exacerbado de processos acaba por fazer com que diversas pessoas afastem-se

do manto jurisdicional, a este fato acrescentam-se questões relacionadas as custas processuais que, apesar dos diversos mecanismos criados para diminuir seus respectivos efeitos, ainda influenciam na questão relacionada ao acesso à justiça, como afirma Cappelletti e Garth:

Finalmente, como fator complicador para atacar as barreiras ao acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas do acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. (2002, p. 29)

Em que pese a busca pelo acesso à justiça, bem como um tratamento hábil a, efetivamente, solucionar a contenda, fazem-se necessárias medidas ponderadas. Nesse trilhar, Lília Sales afirma que:

O Poder Judiciário, incontestavelmente, apresenta inúmeras mazelas que prejudicam a efetividade da tutela jurisdicional. Entre essas, podem ser destacadas a demora processual, as custas processuais e o descompasso entre as decisões judiciais e a realidade social dos indivíduos. (2004, p. 61)

O contexto social em que estão inseridas as partes também contribui para o afastamento dos indivíduos do sistema jurisdicional, já que, nas palavras de Boaventura de Souza Santos, “[...] os cidadãos de menores recursos financeiros tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldade em reconhecer um problema que os afeta [...]” (2013, p. 208).

Ante o exposto faz-se de suma importância uma visão ampla despendida por parte do magistrado e destinada ao contexto social em que os fatos aconteceram; contudo, na visão de Fabiana Spengler a lei possui supremacia absoluta, presente está a explicação para tal afirmação na “[...] formação do Estado da modernidade baseado no Direito legislado, critério único e exclusivo para valoração do comportamento social do homem [...]” (SPENGLER, 2010, p. 38).

Os conflitos que chegam ao Judiciário, apesar de possuírem características simples, apresentam significado especial

para os envolvidos, visto que, por detrás da lide, sentimentos e emoções mesclam-se a esperança de que um se sobressaia sobre o outro, para tanto, um olhar solidário deverá ser voltado a questão, um olhar atento que consiga fazer com que as partes coloquem-se uma no lugar da outra e consigam conversar.

4 A QUALIDADE DAS SENTENÇAS JUDICIAIS

Buscar o auxílio do Poder Judiciário para resolver uma contenda apresenta-se à população como uma maneira segura de reivindicar um direito. Diante do cenário supramencionado, grande importância demonstra a realização de uma análise criteriosa quanto a atuação judiciária e sua eficácia no âmbito material, vez que

[...] o Judiciário representa uma instituição garantidora de segurança em espaço e tempo precisos, restabelecendo a ordem jurídica mediante expedientes racionais/ legais definidores de padrões meramente formais decidindo sobre conflitos reais sem valorizar seu conteúdo. (SPENGLER, 2010, p. 26)

No que se refere a qualidade das sentenças judiciais, entende-se que este representa um dos obstáculos mais preocupantes. O ensino jurídico brasileiro, marcadamente, formalista e eminentemente técnico, que reconhece na lei a única expressão do Direito, torna os juízes distantes da sociedade e suas decisões meramente aplicações da lei (SALES, 2004, p. 62).

Como mencionado no item anterior, o judiciário está saturado devido ao número exacerbado de litígios e, há que frisar-se o fato de que buscar o auxílio do Poder Judiciário para resolver uma contenda apresenta-se à população como uma maneira segura de reivindicar um direito. Contudo, o sistema padece de mazelas que interferem na sua atuação e impedem, parcialmente, que o mesmo alcance total eficácia. Dentre as principais mazelas que acometem a jurisdição pode ser citada a morosidade processual, tal que em decorrência do enorme número de indivíduos que batem as portas do Judiciário diariamente uma decisão

célere e satisfativa para ambas as partes, que proporcione a resolução total do conflitos, por parte dos magistrados, apresentase como uma utopia, como uma realidade idealizada pelos cidadãos que desejam presenciar a concretização da justiça por meio do deferimento ou indeferimento dos pedidos presentes nas petições redigidas e endereçadas às varas competentes,

É quase impossível proferir sentenças de qualidade quando os juizes não possuem tempo para debruçar-se cuidadosamente nas questões de que tratam. Como consequência, o Judiciário apresenta-se para a sociedade como instituição morosa, cara e de pouca qualidade [...] Todas essas mazelas do processo judicial desaguam em uma crise de confiança por parte dos cidadãos em relação ao Poder Judiciário. (SALES, 2004, p. 64)

A partir do momento em que a população passa a descrever na jurisdição, um processo crítico instaura-se vez que tal fato influi, significativamente, sobre o acesso à justiça. Além de ser um direito constitucionalmente previsto, trata-se de garantia que acarretaria a concretização dos demais direitos, haja vista que pode ser considerado, nas palavras de Boaventura, como um direito charneira (2013, p. 163).

Portanto, o processo judicial que possui como ato final uma sentença definitiva que tende a transitar em julgado e, conseqüentemente, fazer coisa julgada, teoricamente, deveria ser norteada por uma série de princípios e normas que garantissem a análise eficaz do caso concreto, tendo em vista o fato de que o juiz não será neutro, vez que

O mito da neutralidade funda-se na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente; predominar no processo o interesse das partes e não o interesse geral de administração da justiça; que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução. Ninguém é neutro porque todos tem medos, traumas, preferências, experiências, etc [...] O juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade, zelando pelo contraditório em paridade de armas (art. 7º, CPC): isso é ser imparcial. (DIDIER, 2015, p. 155)

Contudo, quando o caso concreto não recebe a atenção devida, devido a fatores como, por exemplo, o abarrotamento de

processos nos cartórios das varas, a tomada de novos caminhos a fim de, efetivamente, resolver o conflito faz-se necessária.

Diante desse cenário a mediação apresenta-se como uma possibilidade de construção de um Poder Judiciário mais humanizado, tal que o mediador faz uso de sua sensibilidade para dissolver o conflito e conseguir manter-se imparcial, ou seja, não enunciar uma possível solução às partes e deixar que as mesmas tomem as rédeas da situação.

5 A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MEDIADOR NO PROCEDIMENTO MEDIÁTICO PARA A REALIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO BEM COMO PARA O RESTABELECIMENTO DE LAÇOS

Inicialmente, cabe salientar que a mediação não deve ser encarada apenas como uma forma de diminuir os índices de processos que adentram as portas do Judiciário, no presente trabalho o enfoque se dá na mediação extrajudicial que visa proporcionar as partes o *tratamento* à relação conflituosa e não apenas a busca pela resolução de uma contenda.

A mediação tem no homem o seu objeto (SALES, 2004, p.89), as relações que esse estabelece ao decorrer de sua vida, em determinadas ocasiões, serão conflitivas, tal que o conflito é algo inerente ao ser humano (SALES, 2007, p.23) e será pendente, em demasia, da forma como for encarado pelos envolvidos e pela sociedade como um todo.

Para tanto a mediação, enquanto forma de tratamento pacífico de controvérsias, pautada no trabalho de um terceiro imparcial que visa auxiliar os litigantes à, por meio do diálogo e do profundo questionamento acerca das divergências e dos diversos pontos interligados ao celeuma originário, construir uma solução que resulte em consequências positivas para todos os envolvidos. A imparcialidade aqui mencionada difere da imparcialidade do magistrado no processo judicial, como supracitado,

nas palavras de Didier a neutralidade seria algo utópico (DIDIER, 2015, p. 155), contudo a forma de agir do mediador é diferenciada, ele não opinará, suscitará ou indicará a solução, apenas questionará as partes a fim de que, por meio das respostas, consigam, por si sós, chegar a um acordo, a fim de que solucionem o ponto germinativo do conflito que o originou.

A intervenção do mediador será uma intervenção velada pelo cuidado aos interesses e anseios de ambas as partes, vez que

O mediador intervém com o intuito de facilitar a comunicação entre as partes, de ajuda-las a descobrir quais são seus verdadeiros interesses, as reais necessidades e desejos que se encontram sob as posições que sustentam originariamente as partes. (WARAT, 1999, p. 100)

O mediador fará uso do constante questionamento às partes sobre questões relativas a relação existente entre os conflitantes a fim de que possa, inicialmente, determinar qual o ponto que demonstra o conflito real, vez que, por diversas vezes, o conflito que leva os indivíduos a procurarem auxílio de terceiro, seja pela via judicial, seja por meios extrajudiciais, expressa mágoas e ressentimentos guarnecidos no âmago de cada indivíduo.

Imagine-se uma linha temporal na qual exista um conflito inicial e, posteriormente, um período de silêncio em que as partes apenas remoem o acontecido e suprimem os sentimentos de amargor, guardando para si suas impressões e seus pesares, após, a ocorrência de um fato externo os coloca frente a frente novamente, o fato que leva-os a isso não se apresenta como grave; contudo, embalados pelos rancores do passado o novo embate, mesmo que de significância inferior, faz com que o conflito seja renovado e os motivos mesclam-se ao do conflito originário. O conflito derivado resulta da falta de tratamento adequado destinado às partes envolvidas no conflito. Resolveu-se o conflito, mas o cerne do mesmo não recebera tratamento, é como um resfriado que, aos poucos, devido a inércia do paciente que percebe a doença mas faz uso de automedicação ao invés de consultar um médico para, efetivamente, tratá-la e curar as raízes do

problema.

A figura do mediador consiste no uso do diálogo para fazer com que as partes evidenciem e resolvam o litígio de uma maneira satisfatória para ambos. Nesse caso “Provocar-te, estimular-te, para te ajudar a chegar ao lugar onde possas reconhecer algo que já estava ali (ou em ti). Esse é o papel do mediador” (WARAT; 2004, p. 13).

Provocar consiste em provocar um olhar profundo para si mesmo e suas atitudes, esta é uma das possibilidades que o mediador apresenta aos cidadãos. Quando somos capazes de perceber nossos erros tornamo-nos capazes de admiti-los perante pessoas estranhas ao nosso cotidiano. O questionar abre possibilidades, faz com que urja uma autoavaliação dos indivíduos diante de determinada situação tempestuosa. Entretanto, o tratamento mediático trabalha com os sentimentos das pessoas, com suas expectativas, com suas emoções. A interferência de um terceiro imparcial como uma forma de tratamento de conflitos que utiliza, essencialmente, a comunicação, pode ser amplamente utilizada na sociedade como um todo, visto que afasta a enorme burocracia e significativo dispêndio de gastos referentes às custas processuais, configurando um rito célere, uma alternativa diante do receio que algumas pessoas possuem de procurar o Poder Judiciário, uma forma capaz de tratar as chagas presentes nas relações humanas que levam ao conflito negativo.

6 A MEDIAÇÃO HUMANIZADORA E SEU VIÉS PRINCIPOLÓGICO: OLHAR DESTINADO AO SER HUMANO EM BUSCA DO EFICAZ TRATAMENTO AOS LITÍGIOS BASEADO NA COMUNICAÇÃO: A TEORIA COMUNICATIVA DE HABERMAS

Enquanto meio de tratamento de conflitos, a mediação apresenta-se como uma forma diferenciada, eficaz na dissolução dos mesmos, vez que atua sobre o conflito real e visa o

contentamento de ambas as partes. Cria, por fim, uma relação ganhador-ganhador (SALES, 2007, p.26), construída a partir do diálogo e pode ser vista como “[...] uma atitude geral diante da vida, como uma visão de mundo, um paradigma ecológico e um critério epistêmico de sentido” (WARAT, 1999, p. 05). Nesse trilhar, afirma Habermas:

[...] uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma. (HABERMAS, 1989, p. 86)

Essa convicção comum será o acordo firmado entre as partes durante o tratamento mediático, no qual a intervenção levará em consideração os sentimentos das partes e o contexto social em que estão inseridas, “Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas” (WARAT, 2004, p. 26), essa é a característica humanizadora da mediação, a sensibilidade destinada ao tratamento do conflito juntamente com os objetivos da mesma, visto que, diferentemente dos demais meios de resolução de conflitos, a mediação busca mais do que o acordo a

[...] solução dos problemas (pela visão positiva do conflito e da participação ativa das partes via diálogo, configurando a responsabilidade pela solução), prevenção de conflitos, inclusão social (conscientização de direito, acesso à justiça) e paz social. (SALES, 2004, p. 27).

A mediação humaniza à medida que cria elos entre as partes pautadas não somente no sistema legal mas também nos sentimentos dos envolvidos que, por meio do diálogo, chegam ao ponto comum, ou seja, descobrem que são capazes de construir uma nova história, diferente da que estão acostumados, apoiada, basilamente, na fala e na escuta do outro, ou seja, na ação comunicativa, na troca de informações, no acesso à justiça por meio diverso do Poder Judiciário e eficaz na incessante busca pelo tratamento de conflitos.

A mediação pauta-se num rol de princípios norteadores,

dentre os quais, a liberdade das partes, inicialmente, para aderir à técnica, e, posteriormente, em firmar ou não determinado acordo. Contudo, frise-se o fato de que:

A liberdade de escolha é acompanhada de imensos e incontáveis riscos de fracasso. Muitas pessoas podem considerá-los insustentáveis, descobrindo ou suspeitando que eles possam exceder sua capacidade pessoal de enfrentá-los. Para a maior parte das pessoas, a liberdade de escolha continuará sendo um espectro impalpável e um sonho infundado, a menos que o medo da derrota seja mitigado por uma política de seguro lançada em nome da comunidade, na qual possam confiar e com a qual possam contar em caso de infortúnio. (BAUMAN, 2007, p. 71)

É de suma importância que as partes desejem conversar, queiram estabelecer um vínculo comunicativo. Nessa seara, o mediador assume o papel de terceiro imparcial, cuja principal função é a de auxiliar as partes a dialogarem. Ressalte-se o fato de que o conflito não deve ser encarado como algo negativo, ao contrário, é uma possibilidade de aprendizado, de crescimento,

Kenneth Boulding define o conflito como "uma situação de concorrência, onde as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais, e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra. (VEZZULLA, 1994, p. 18)

O conflito possui duas faces, a face que representa o que realmente levou os indivíduos a litigarem, ou seja, que representa o cerne da questão, o ponto que faz com que as partes sofram, e a face externada pelos cidadãos, ou seja, a forma como o conflito é exposto no mundo fático, mas que não representa os reais anseios, sendo, apenas, uma fantasia criada para conflitar. Vezzulla aduz ao tema da seguinte forma:

Para nós mediadores, também é interessante a definição de Deutsch 4 que diz poder o conflito se manifestar de duas maneiras: o conflito manifesto, que é aberto, ou explícito, e o conflito oculto, que implícito, oculto ou negado. Esse autor introduz o conceito de conflito oculto que necessariamente deverá ser estudado, considerando-se as limitações pessoais em reconhecer ou perceber o conflito real. (VEZZULLA, 1994, p.20)

Ora, para que o mediador consiga perceber o conflito real, ou seja, desvendar os mistérios que rodeiam o conflito manifesto, consoante as palavras de Vezzulla, fará uso de sua sensibilidade, através dela e de um intenso questionamento acerca das circunstâncias do conflito e sobre as perspectivas e anseios dos litigantes o mediador conseguirá auxiliar as partes a construir uma solução para o problema,

A mediação como processo que recupera a sensibilidade, ainda que leve ao crescimento interior na transformação dos conflitos e pretenda suprimir as neuroses da bifurcação entre a mente e os sentimentos, não pode ser percebida como uma mediação tântrica. Existem diferenças consideráveis. O Tantra, no que aqui unicamente me interessa ressaltar, nega todo o valor positivo aos conflitos, recomenda não estar contra nada, eliminar todo tipo de diferença, na medida em que o conflito seria algo destrutivo para atingir nossa unidade essencial (o que eu chamo de reserva selvagem). A mediação que realiza a sensibilidade, ainda que muito próxima do Tantra tem uma atitude diferente diante da vida e dos conflitos. (WARAT, 2001, p 38)

A comunicação abrange dois pontos de destaque, quais sejam, o da interpretação e da compreensão. De forma simplificada, pode-se afirmar que o ser humano, primando pela compreensão, interpreta, num primeiro momento, e, após a exata interpretação, consegue efetivamente compreender o que lhe foi dito. Ao referenciar as chamadas ações comunicativas, há que frisar-se o fato de que, mediante tais ações ou interações passa-se a compreender os significantes proferidos de forma constante,

Toda expressão dotada de sentido – seja um proferimento (verbal ou não verbal), um artefacto qualquer como, por exemplo, um utensílio, uma instituição ou um documento – pode ser identificado, numa perspectiva bifocal, tanto como uma ocorrência observável, quanto como a objetivação inteligível de um significado. Podemos descrever, explicar ou predizer um ruído que equivalha ao proferimento vocal de uma frase falada, sem ter a menor ideia do que esse proferimento significa. Para captar (formular) seu significado, é preciso participar de algumas ações comunicativas (reais ou imaginadas) no curso das quais se empregue de tal modo a frase mencionada que ela seja

inteligível para os falantes e ouvintes e para os membros eventualmente presentes da mesma comunidade linguística. (HABERMAS, 1989, p. 40)

A Teoria Comunicativa de Habermas pauta-se, primordialmente, na linguagem, na comunicação, no entendimento mútuo. Nas palavras de Marilena Chauí, “A linguagem é, assim, a forma propriamente humana da comunicação, da relação com o mundo e com os outros, da vida social e da política, do pensamento e das artes” (2005, p. 148), e pode ser considerada a característica que distingue o ser humano das outras espécies.

Nos processos comunicativos, duas são as figuras evoluídas que podem ser citadas: o observador e o intérprete. O Observador não participa das ações, lado outro, o intérprete interage, ou seja, “[...] os intérpretes renunciam à superioridade da posição privilegiada do observador, porque eles próprios se vêem envolvidos nas negociações sobre o sentido e a validade dos proferimentos” (HABERMAS, 1989, p. 43). Quando fala-se em resolução de conflitos há que salientar-se o fato de que “O processo de mediação com sensibilidade é um estado de amor” (WARAT, 2001, p. 39), apesar de tal afirmação parecer utópica, para que o mediador, enquanto terceiro imparcial, com a função de auxiliar as partes a construir uma solução que origine efeitos positivos para ambas as partes envolvidas no conflito, consiga efetivamente auxiliar os envolvidos em uma contenda, terá um trabalho árduo, pautado, primordialmente, na paciência e compreensão, haja vista que trabalhar com sentimentos é tarefa de subjetivismo exacerbado. Como dantes mencionado a vontade das partes em participar das sessões é de suma importância, haja vista que

É fundamental para um mediador ter absolutamente clara essa diferença, pois, normalmente, a escalada de violência, a confusão dos reais interesses de cada parte, e a confusão entre os verdadeiros problemas e as pessoas entre as quais esses problemas existem, contêm sempre distorções originadas na falta de comunicação ou por falhas na escassa comunicação existente entre as partes. Por isso é importante que o mediador domine

os conceito da teoria da comunicação e saiba da importância da clareza na emissão da mensagem e as dificuldades que o ser humano tem de escutar mensagens tal como foram emitidas. (VEZZULLA, 1994, p. 24)

Destarte, ao explicar sobre o agir comunicativo, objeto de sua teoria, consigna que [...] falo em agir comunicativo quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a negociar sobre a situação e as consequências esperadas. (HABERMAS, 1989, p. 165). Tal agir pauta-se no agir voltado para o entendimento mútuo (HABERMAS, 1989, p. 165), e torna-se possível mediante à exata interpretação e posterior compreensão, bem como ao princípio da liberdade das partes e a importância que a vontade dos litigantes assume no cenário ora ilustrado, haja vista que “O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validade em princípio crítico” (HABERMAS, 1989, p. 165).

Nesse trilhar, ao comentar a perspectiva sociológica presente na Teoria criada por Habermas, Lília Sales menciona os tipos de ações criadas por Habermas. Como a ação comunicativa, já descrita anteriormente que

[...] prevalece em esferas da sociedade onde existe a interação linguisticamente mediada, ou seja, comunicação entre os membros da sociedade voltada para o entendimento e harmonia entre seus membros. A interação por meio do diálogo busca o entendimento e o bem-estar de cada um. (SALES, 2004, p. 173)

Pois bem, o entendimento mútuo resulta na solução efetiva de determinada contenda, visto que possibilita a retomada da sensibilidade das relações e desmistifica os conflitos ocultos e aparentes ao criar elos comunicativos entre os litigantes. Eis que, “Ao se entenderem mutuamente na atitude performativa, o falante e o ouvinte estão envolvidos, ao mesmo tempo, naquelas funções que as ações comunicativas realizam para a reprodução

do mundo da vida comum” (HABERMAS, 1989, p. 12). Uma sintonia é criada e cultivada entre os indivíduos, dessa forma o tratamento ao conflito é facilitado o que torna possível a restauração de laços.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, garante aos indivíduos a garantia fundamental ao acesso à justiça. Consoante alegações descritas na parte inicial do presente trabalho, as teorias de surgimento da sociedade evidenciam a análise, bem como a importância da vontade dos cidadãos na formação da sociedade.

Ao longo da pesquisa realizada pôde-se depreender que, diante da morosidade processual, bem como demais chagas que atingem o Poder Judiciário, ente responsável pela materialização no âmbito fático de direitos constitucionalmente estabelecidos, a qualidade das sentenças judiciais resta prejudicada.

Realizou-se análise do procedimento mediático, ou, sob outro óbice, o tratamento mediático, haja vista que a mediação, ao levar em consideração a liberdade das partes confere autonomia aos envolvidos para que, por meio do restabelecimento do diálogo, construam uma solução plausível para ambos mediante a interpretação e compreensão das palavras proferidas pelo outro. A técnica alternativa de resolução de conflitos traz o humano para dentro do Poder Judiciário, haja vista que trabalha sentimentos e mágoas, sentimentos e medos.

O medo pode ser o carro alegórico cuja atração principal é o conflito em seu ponto negativo, visto que o medo é tão traiçoeiro que pode criar uma bravura ao redor de si; uma bravura indeterminada contra o mundo que é um simulacro de enfrentamento do conflito. Uma bravura sem endereço: uma bravura que, unicamente, serve para nos escondermos do mundo que nos tocou enfrentar para sermos os mesmos [...]. (WARAT, 2001, p.

27)

Ora, parte-se do pressuposto há muito afirmado por Aristóteles de que o ser humano é um animal político, ou seja, necessita da vida em sociedade. Ocorre que, por vezes, a convivência com ideologias e crenças diversas resulta em conflitos. Tais conflitos acabam por adentrar as Portas do Poder Judiciário. Cabe salientar o fato de que nem todas as contendas poderão ser mediadas, entretanto, um percentual significativo de conflitos sim. Diante do cenário exposto, o mediador possui o papel de incitador ao pensamento crítico, incitador ao diálogo e deve, constantemente questionar as partes a fim de que respondam e construam a solução que melhor se adequa ao caso em concreto. Pode-se afirmar que tal posicionamento faz com que as partes sejam donas de seu destino, ou seja, torna-as ativistas, as principais responsáveis pela construção de um diálogo em que o entendimento seja recíproco, haja vista que exerceram seu direito de liberdade em aderir ou não ao procedimento e exercerão seu direito à liberdade de acordar e solucionar o conflito que as acomete ou não.

A incidência da Teoria Comunicativa de Habermas torna-se inevitável, à medida que Habermas orienta o agir em busca do mútuo entendimento, ou seja, à medida que A interage comunicativamente com B e busca compreender as palavras proferidas por B, tendo em vista os posicionamentos de mero observador e intérprete, ocorrerá a desmistificação do medo. O indivíduo receberá autonomia para buscar entender a si mesmo e ao outro por meio de um posicionamento solidário, ao colocar-se no lugar do outro.

Portanto, à medida que as partes atuam de forma ativista, construindo a solução que entendem melhor para si e para os demais envolvidos, o Judiciário assumirá o papel de *última ratio*. Humanizar-se-á o Poder Judiciário no momento em que cultivar-se a cultura do diálogo e buscar-se efetivamente o tratamento de uma contenda por vias pacíficas, minimizando a

atuação do Estado e maximizando a liberdade de atuação das partes, guiadas pelo mediador. A mediação é mais do que apenas uma forma de resolução de conflitos, a mediação é uma forma de exercer cidadania.

8 REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. *Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13ª. ed. São Paulo: Afiliada, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIDIER, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil I*. São Paulo: Juspodvim, 2015.
- HABERMAS, Jurgen. *Consciência Moral e o Agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: Por uma outra Cultura no Tratamento de Conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.
- VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Instituto de Mediação, 1994.

- WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio: Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Editora Jumen Iuris, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *Em Nome do Acordo A Mediação no Direito*. 2^a . ed. Argentina: Angra Impressiones, agosto de 1999.
- WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Vol. I. Florianópolis: Habitus 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.