

**XII CONGRESO NACIONAL Y II CONGRESO LATINOAMERICANO DE
SOCIOLOGIA JURÍDICA**

Comisión de Trabajo nº6: Organización judicial. Política judicial. Acceso a la Justicia.

**LA MEDIACIÓN BASADA EM LOS PRINCIPIOS DE HABERMAS: ODA A LA
COMUNICACIÓN**

**A MEDIAÇÃO BASEADA NOS PRINCÍPIOS DE HABERMAS: ODE À
COMUNICAÇÃO**

Fabiana Alves Mascarenhas¹

Maria Clara Castellain Mayworm²

Pedro Paulo Vieira da Silva Júnior³

Delton R. S. Meirelles⁴

¹Graduada em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG. Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior – Juiz de Fora/MG. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP/ UFF – Niterói/RJ (famascarenhas@live.com)

²Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (Niterói/RJ).

³Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (Niterói/RJ). Graduando em Letras pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

⁴Doutor em Direito pela UERJ – Rio de Janeiro/RJ. Coordenador de graduação do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense – Niterói/RJ. Coordenador do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP/UFF – Niterói/RJ.

RESUMEN

Vivimos en un contexto existencial delicado, y en medio a las tensiones dialécticas de la modernidad occidental y de la crisis que las atraviesa, resta poco espacio para la apreciación del material humano, surgiendo el problema de como hacer los derechos humanos un recurso político, al mismo tiempo cultural y global. A partir de este contexto, el siguiente ponencia se propone a a el establecimiento de la mediación como una herramienta importante para resolver los conflictos, y aborda la dificultad del instituto ser incorporado al ordenamiento jurídico brasileño. Para reforzar los argumentos para su aplicación, se utiliza la teoría de la acción comunicativa de Habermas, ya que, basándose en los principios ideales del discurso y de la comunicación, se concluye que hay una posibilidad real de ejecutar y aplicar adecuadamente la práctica de la mediación. La hipótesis es que la práctica estimule este acto en una sociedad marcada por el individualismo, por el conflicto, las relaciones adversariais y competitivas, en otras palabras, la predominancia de la acción instrumental. Se sugiere cambiar el énfasis de la solución del conflicto en el Poder Judicial brasileño a los sujetos de la relación, con la cultura de los marcos teóricos de la paz, la democracia constitucional de deliberación y el principio de intervención mínima del Estado, y la máxima cooperación entre las partes. Tornar la justicia posible para los ciudadanos es la mejor manera de hacerla valorada y perseguida pelos mismos, creando así la consolidación de un verdadero Estado Democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Mediación de Conflictos; Habermas; Comunicación.

RESUMO

Subsiste-se um contexto existencial delicado, e em meio às tensões dialéticas da modernidade ocidental, e da crise que as atravessa, sobra pouco espaço para a valorização do material humano, emergindo o problema de saber como tornar os direitos humanos um recurso político ao mesmo tempo cultural e global. A partir deste contexto, o seguinte trabalho propõe a instituição da mediação como grande ferramenta de solução de conflitos, e aborda a dificuldade do instituto em ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Para reforçar os argumentos a favor de sua implantação, é utilizada a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, uma vez que, baseado em princípios de ideal de fala e de comunicação, conclui-se que há real possibilidade de executar e pôr em prática adequadamente a prática da mediação. A hipótese é de que a prática estimule este agir em uma sociedade marcada pelo individualismo, pelo conflito, pela relação adversarial e competitiva, ou seja, do predomínio do agir instrumental. Sugere-se o deslocamento da ênfase da solução do conflito do Poder Judiciário Brasileiro para os próprios sujeitos da relação, tendo como marcos teóricos a cultura da pacificação, a democracia constitucional-deliberativa e o princípio da intervenção mínima do Estado e da máxima cooperação entre as partes. Tornar a justiça atingível aos cidadãos é a melhor maneira de fazer com que a mesma seja valorizada e perseguida pelos mesmos, consolidando um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação de Conflitos; Habermas; Comunicação.

INTRODUÇÃO

Subsiste-se um contexto existencial delicado, com a eclosão de uma globalização desenfreada, onde barreiras geográficas são suprimidas devido à velocidade com que os dados circulam, tendências são disseminadas à razão de segundos, a informação por vezes se torna mais poderosa que os bens materiais e o poder político é por vezes utilizado beirando o totalitarismo.

Neste enredo, entre as tensões dialéticas da modernidade ocidental, e da crise que as atravessa, sobra pouco espaço para a valorização do material humano, e coloca-se o problema de saber como tornar os direitos humanos um recurso político ao mesmo tempo cultural e global, efetivando a inclusão do outro, dirimindo as diferenças e instituindo o diálogo como instrumento de emancipação social.

Graças ao exposto, a vida em sociedade tem se tornado mais complexa e as relações humanas mais latentes, logo, os dissensos são acentuados, e o aparato estatal não encontra vazão para garantir, com eficiência, a pacificação social.

É baseado neste pano de fundo que este artigo pretende justificar a consolidação do uso dos métodos alternativos de solução de conflitos, neste caso específico, a mediação, prática ainda não regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, destarte nutra um grande potencial capaz de auxiliar na construção de uma sociedade mais consciente e hábil a perseguir o ideal de seus direitos.

Será feita uma abordagem, dentro de nossa atual crise no sistema judiciário, dos benefícios da instituição da mediação e suas características, especialmente na seara do Direito de Família, tomando o conceito de “agir comunicativo”, de Habermas, como legitimador de uma relação entre sujeitos iguais no diálogo, no sentido da construção de um espaço público democrático.

Na esteira desta temática, lança-se o olhar sobre as dificuldades do instituto em ser devidamente regulado através da análise crítica ao recente veto presidencial à mediação na sanção da Lei da Alienação Parental.

Precisa-se acreditar que o diálogo consiste no instrumento verdadeiramente eficaz para garantir a prática da cidadania, pois tornar a justiça atingível aos cidadãos é a melhor maneira de fazer com que a mesma seja valorizada e perseguida pelos mesmos, criando, assim, a consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Observa-se um momento de aguda crise em nosso sistema Judiciário. Há uma efetiva sobrecarga de demandas frente ao número de juízes e auxiliares, além de se contar com um processo muito complexo, que de tão formal acaba se distanciando do cidadão comum. As decisões “por atacado”, muito mais amparadas nas jurisprudências do que na análise dos casos em concreto, juntamente à morosidade da Justiça têm como consequências a perda da efetividade das decisões jurídicas, a impunidade, a sensação de injustiça e a descrença gradativa nas instituições jurídicas como promotoras de estabilidade social, requisitos estes que obstam o exercício efetivo da democracia, uma vez que o garantidor da realização dos direitos individuais é o Estado, através do próprio Judiciário.

Este é o ponto de partida para entender a aclamada crise da jurisdição a partir da crise do próprio Estado, onde incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais co-ativo e um nível infranacional que procura libertar-se de sua tutela, este se encontra em uma crise de legitimidade.⁵

E é neste cenário que surge a necessidade de uma reestruturação do acesso à Justiça. Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

(...) acesso à justiça quer dizer “acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à manifestação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.”⁶

O ponto é que não há como desafogar o Judiciário por atos administrativos, de gestão ou de disponibilidade de verbas. É preciso admitir que se faz necessária uma substancial mudança de mentalidade acerca desta realidade, definida como consciência de que os problemas são todos ligados numa rede subjacente global, e por isso, de maneira alguma constituem fatos isolados autônomos.⁷

Hoje em dia não há como se falar em acesso à Justiça sem vislumbrar a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos, visando assegurar e garantir a aplicação dos direitos ameaçados em questão, uma vez que cada vez mais o Judiciário vem sendo atravessado pelas justças emergentes, nos âmbitos nacionais e internacionais, representadas por formas extra oficiais de tratamento das demandas. Não significa negar a prestação jurisdicional por parte do Estado, mas propor alternativas porventura até menos onerosas e mais rápidas para a satisfação das controvérsias, com métodos mais humanísticos, que garantam, com maior qualidade, a obtenção da justiça.

⁵ ROTH. *O Direito em crise: fim do Estado Moderno?* in: FARIA. *Globalização econômica: implicações e perspectivas*.

⁶ MARINONI. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. p. 28.

⁷ BARBOSA. *Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário*. In: PEREIRA. *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. p. 387.

No rol destes métodos alternativos de solução de conflitos, destaca-se o instituto da mediação, que nas palavras de Marilene Marodin e John Haynes:

(...) é o processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.⁸

Logo, não há parte vencedora ou parte perdedora. É composto um acordo pela flexibilização de ambas as partes, tendo o diálogo como instrumento facilitador, incitado pela figura do mediador.

É possível observar que o principal objetivo da mediação é o restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, uma vez que esta, em meio a um conflito, fica prejudicada, tensa, acabando por aumentar a intensidade do mesmo. O papel do mediador é melhorar a capacidade de comunicação entre os mediandos na busca de uma solução conjunta para o problema.⁹

Justamente por esta característica da promoção da comunicação, a mediação encontra terreno fértil nas questões de âmbito familiar, onde há preocupação fundamental com a preservação emocional das partes. Ao reconhecer e atuar no universo sentimental das crises envolvendo a família, o processo da mediação permite o reconhecimento, por meio das partes, de que as emoções são tanto parte do problema como de sua solução, e que uma vez encaradas e clareadas, facilitam a reorganização das funções, papéis e obrigações da família. Neste sentido, Águida Arruda Barbosa enfatiza:

(...) A mediação é uma estrutura que se apóia na dicotomia *pensamento/sentimento*, exigindo mudança de mentalidade para se valer desta prática, pressupondo estudos que contemplam o entendimento da essência da efetiva demanda jurisdicional, que vem a ser o reconhecimento do valor maior da vida em sociedade – a cidadania – que promove a inserção do homem enquanto ser social, porém, a inovação a ser agregada é a consciência de que o humano é, sobretudo, um ser afetivo.¹⁰

Ainda nessa esteira, nas palavras de Carreira Alvim:

(...) o direito só se transforma em justiça quando passa pela alma, pelo sentimento de quem julga. A lei, dizia São Tomás de Aquino, “padece do pecado original”, que é ser uma “regra geral a aplicar-se a casos particulares”. É uma roupa que não serve em todos os corpos, a não ser que haja um “costureiro habilidoso”, para fazer com que ela sirva, tanto nas pessoas grandes, como nas pequenas; tanto nos ricos como nos pobres. Aí teremos, então, justiça. E é por isso que justiça não é privilégio de juiz togado. Aliás, a verdadeira justiça é aquela feita com base nos princípios da equidade; aquela que é feita para cada caso; aquela que, ainda que moldada

⁸ HAYNES; MARODIN. *Fundamentos da Mediação Familiar*. p. 11.

⁹ OSTERMEYER. *Realizar La Mediación*. In: DUFFY; GROSCHE; OLCZAC. *La Mediación y sus contextos de aplicación – una introducción para profesionales e investigadores*.

¹⁰ BARBOSA. *Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário*. In: PEREIRA. *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. p. 387.

na lei, atende às circunstâncias peculiares, específicas, de cada caso concreto.¹¹

Apesar do movimento global que abraça tanto a mediação como os outros métodos alternativos de solução de conflitos, estes institutos não têm encontrado muita aceitação ao ingressar em nossas fronteiras.

CULTO À COMUNICAÇÃO E AO DIÁLOGO

A sociabilidade é condição inerente à própria essência humana. De acordo com Sartre, os homens estão condenados a serem livres por não poderem abdicar de sua liberdade sem abrir mão de sua condição humana, lógica esta que se reflete no tocante à convivência com seus iguais.

Decorrente da necessidade de conviver e de se envolver com o outro, também se mostra inevitável à realidade humana a existência dos conflitos, situações naturais das relações humanas, provocados por desgastes de relacionamentos, construção de interesses específicos, divergências de expectativas, dentre outros.

A sociedade sempre buscou, de alguma maneira, resolver estes conflitos, seja da forma litigiosa ou consensual. A própria prática da mediação, como meio de atingir a finalidade da pacificação, remonta aos idos de 3000 a.C. na Grécia.¹²

Na cultura cristã, pode-se verificar este intento no texto bíblico concernente à correção fraterna:

(...) Se o seu irmão pecar, vá e mostre o erro dele, mas em particular, só entre vocês dois. Se ele der ouvidos, você terá ganho seu irmão. Se ele não lhe der ouvidos, tome com você mais uma ou duas pessoas, para que toda questão seja decidida sob a palavra de duas ou três testemunhas. Caso ele não dê ouvidos, comunique à Igreja.¹³

A mediação segue também firmemente amparada pelos Direitos Humanos, na medida em que se tem resguardado pela Constituição Federal os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, conforme preleciona Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama

¹¹ ALVIM. *Arbitragem e o Poder Judiciário: convergências e divergências*. in: 1º Seminário Internacional sobre Direito Arbitral.

¹² CACHAPUZ. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. p. 24.

¹³ Mateus 18, 15-17.

que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas, ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).¹⁴

A implementação das práticas discursivas e narrativas da mediação convergem diretamente ao pensamento de Habermas, para quem “sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos”. Estes cidadãos, por sua vez, só poderão ter consciência de sua autonomia pública, na medida em que esteja assegurada sua autonomia privada. Neste sentido, “uma autonomia privada assegurada serve como garantia para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como garantia para a emergência da autonomia privada.”¹⁵

Perseguindo este ideal de autonomia privada, o indivíduo se torna sujeito de suas relações, sejam elas conflituosas ou não, tornando-se interlocutor direto das mesmas. Daí Habermas, em sua Teoria do Agir Comunicativo, propõe uma estrutura dialógica, dando ao indivíduo condições de se orientar para um acordo, para o entendimento mútuo que leva ao consenso, permeado por um diálogo aberto, chamando especial atenção para o importante papel da linguagem na interação humana:

(...) no caso da ação comunicativa a linguagem se constitui num meio capaz de possibilitar inteiramente o entendimento mútuo. A linguagem se apresenta, então, como motor da integração social, tendo a comunicação como o veículo de construção de uma identidade comum entre indivíduos... aí reside a possibilidade de que os indivíduos em interação sejam capazes de discernir e fundamentar, com base em uma formação da vontade autônoma, as questões éticas e morais que se colocam a partir da vivência social. A verdade deixa de ser uma certeza absoluta e passa a ser um procedimento para se chegar a um acordo coletivo. A consequência imediata de um pensamento desenvolvido sobre estas bases é bem clara: a comunicação pode retornar ao âmbito da esfera pública, tornando-se seu princípio constitutivo central.¹⁶

Há uma enorme simplicidade nas normas que comandam o agir comunicativo e o discurso de Habermas, que visa o entendimento mútuo. Elas fazem parte do bom senso do dia-a-dia, sempre que se busca o entendimento: a universalidade, o respeito pelo outro, a veracidade, a sinceridade e o respeito pela verdade que excluem qualquer artifício que possa distorcer o processo do diálogo e da busca pelo verdadeiro e o justo, e, finalmente, a renúncia a todas as formas de violência e coação. Em

¹⁴ SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. p. 52-53.

¹⁵ HABERMAS. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. p. 146.

¹⁶ COUTINHO. *A Recepção como 'Pragmática Argumentativa' – uma visita ao conceito pelo olhar habermasiano*. in *Perspectiva Teleológica* n. 37. p. 345.

prol da integração social, e consequentemente, da democracia e da cidadania, possibilitariam a resolução dos conflitos vigentes na sociedade não com uma simples solução, mas com a melhor solução, resultado do consentimento de todos os concernidos.

A Ética do Discurso, graças a sua própria essência linguística-pragmática, implica intersubjetividade, capacidade de convivência, diálogo, busca de unidade na diversidade de posturas frente à existência. Não significa intentar uma unidade de convicções, mas buscar um mínimo racional capaz de permitir a produtiva convivência em sociedade, promovendo através da pluralidade de experiências, e do respeito mútuo, uma dinâmica mais rica do tecido social como um todo.

Cumprе ressaltar ainda que, o instituto da mediação, quando equivocadamente respaldado fora de sua verdadeira essência, pode vir a representar tão somente mais uma estratégia política, propagandista, ou mera demanda de mercado. Ao ser interpretado pela ótica de uma racionalidade instrumental como uma tentativa de trazer mais agilidade para as decisões judiciais e desafogar os operadores do direito, desvirtua-se de seu verdadeiro objetivo de ferramental favorável ao resgate das instâncias de deliberação intersubjetiva do mundo da vida e da promoção de uma cidadania eticamente balizada em procedimentos democráticos.

PANORAMA BRASILEIRO

É possível afirmar que a vida social gera suas próprias relações. Assim sendo, nosso Poder Judiciário não se encontra preparado, hoje, para lidar com a multifacetada lógica da economia e da vida globalizadas. Nesta perspectiva, o tempo do processo judicial não se coaduna com o do mercado, tempo este da simultaneidade. Logo, abrem-se as brechas para a necessidade de implementação de procedimentos jurisdicionais alternativos, como a conciliação, negociação, arbitragem e a mediação, visando alcançar rapidez, informalização e pragmatismo.

Porém, há a tendência cultural, na explicação de José Murilo de Carvalho, de confundir cidadania com *estadania*.¹⁷ Nesta, a sociedade se molda a partir da vontade do Estado, em profundo contraste com a verdadeira essência do termo cidadania. Como reflexo, temos a postura instalada em nossa sociedade civil organizada de que cabe somente ao Estado, através do Judiciário, a solução dos conflitos.

Ainda sobre o tema, discorre César Fiuza:

(...) A cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado brasileiro as figuras do

¹⁷ CARVALHO. *Cidadania no Brasil, o longo caminho*. 3. ed.

bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios.¹⁸

Frente a esta realidade, a solução que vem sendo proposta pelo Estado seria, ao invés de criar movimentos alternativos ao judiciário estatal, conduzir reformas no processo a fim de que estes consensos sejam atingidos dentro do mesmo, ou seja, que a flexibilização pretendida ocorra dentro do próprio Judiciário.

O risco assumido ao enveredar por esse caminho é o de restringir a aplicação do instituto alternativo a somente um nicho do mercado, como aconteceu com a arbitragem. Esta, por questões culturais, teve sua utilização condicionada às relações empresariais, originalmente mais dependentes de uma ideologia global do que nacional, fatalmente optantes por abrir mão de um Judiciário lento, caro e imprevisível.

No Brasil, a recomendação das formas alternativas de conflitos já pode ser constatada dentro do Direito do Trabalho, das disposições do Sistema de Financiamento Imobiliário, e igualmente dentro das disposições dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dentre outros exemplos. Porém, ao entrar na seara da família, grandes barreiras são erguidas.

(...) A valorização excessiva da norma jurídica ainda é uma realidade que impede colocar sob proteção a família e seus conflitos, em razão da impossibilidade de o direito positivo regulamentar as singularidades de cada arranjo familiar.¹⁹

E assim se deu com o trâmite do Projeto de Lei 4.053, de 2008, que originou a Lei 12.318, de 2010, dispondo sobre a Alienação Parental, que teve vetado o dispositivo que previa a prática da mediação, antes ou no curso do processo judicial. No discurso sobre as razões do veto, o então Presidente Luis Inácio Lula da Silva alegou ser o direito da criança e do adolescente à convivência familiar indisponível, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, e ainda citou o princípio da intervenção mínima, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável.

Muitas são as suposições que pode-se fundar a respeito dos reais motivos que poderiam estar por trás deste veto. O fato é que as duas razões apresentadas são de sustentação frágil e conteúdo incoerente. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

(...) de forma mais que desarrazoada foi vetado um procedimento dos mais salutares. A referida lei, que vem com absoluto vanguardismo, deixa de

¹⁸ FIUZA. *Teoria Geral da Arbitragem*. p. 217.

¹⁹ BASTOS. *Uma Visão de Mediação Familiar*. p. 142.

incorporar prática que vem se revelando como a mais adequada para solver conflitos familiares.²⁰

A primeira explicação apresentada leva a crer que possa ter havido uma confusão entre indisponibilidade e impossibilidade de negociação. Direito indisponível é aquele que, a princípio, não se pode abrir mão, e conecta-se ao conceito de direito fundamental.

Há um grande descompasso quando se tenta definir os direitos indisponíveis, mas vale ressaltar que, em alguns casos, é extremamente pertinente algum tipo de flexibilização, guardando relação razoável com a finalidade que se tem em vista com a renúncia. Sobre esta asserção, preleciona Canotilho:

(...) As normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém, um padrão ou critério de solução de conflitos de direitos válidos em termos gerais e abstractos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas, uma necessidade ineliminável.²¹

Ainda neste sentido, nas palavras de Gilmar Mendes:

(...) A respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, é de assinalar que, se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional. São frequentes – e aceitos – atos jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim legítimo.²²

O segundo ponto abordado em questão é ainda mais surpreendente. Não há sentido algum o temor de que um terceiro possa intervir no conflito, uma vez que é princípio basilar do instituto da mediação o acordo resolvido unicamente pelas partes, sem qualquer interferência do mediador, que serve apenas de propulsor do diálogo. Resumindo os princípios intrínsecos à mediação, Walsir Edson Rodrigues Junior aponta:

(...) a neutralidade e imparcialidade do mediador, além de sua credibilidade, compõem o rol dos cinco princípios da mediação, sendo os demais o seu caráter voluntário, que reside na liberdade das partes na escolha de sua utilização para a resolução do conflito; a não-adversariedade; a flexibilidade e informalidade do processo, dada a possibilidade de as partes, auxiliadas pelo mediador, estabelecerem as regras e a mecânica do procedimento; e a confidencialidade do processo, que é a garantia dada às partes envolvidas, de

²⁰ DIAS. *Manual de Direito das Famílias*. 7 ed. p. 454.

²¹ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1289.

²² MENDES. *Curso de Direito Constitucional*. p. 244.

que as informações, de qualquer natureza, passadas ao mediador, não serão repassadas a terceiros alheios ao processo.²³

Resta-nos a conclusão de que há uma inequívoca confusão sobre a verdadeira essência que norteia a prática da mediação, somada a uma nítida necessidade estatal de manter sob sua égide toda e qualquer relação conflituosa, conforme abordado anteriormente. Neste diapasão, Águida Arruda Barbosa conclui:

(...) Esta confusão conceitual reprime o desenvolvimento da mediação familiar, cujo potencial pode trazer toda a sustentabilidade à Reforma do Judiciário, seja como *práxis*, seja como mentalidade renovada pelo eixo da fórmula *pensamento/sentimento*, que tem sido tratada pelos franceses e canadenses de língua francesa como *Espírito da Mediação*.²⁴

Já o projeto de lei específico que versa sobre o conteúdo da mediação, o PL 4.827, encontra-se em tramitação há mais de dez anos, tendo recebido diversas redações e suscitado um interminável debate sobre o instituto em meio a vários nichos da sociedade civil.

À guisa de conclusão, o grande desafio a ser proposto, que vai além da efetivação do instituto da mediação no ordenamento jurídico brasileiro, segue no intento de promover uma mudança de paradigma acerca do limite da interferência estatal no universo dos conflitos humanos, estimulando um alargamento da consciência das partes e dos próprios operadores do Direito, no sentido de permitir e incentivar a prática da mediação dentro dos moldes de proteção que uma Constituição garantista deve ser capaz de exercer, tornando-se verdadeiramente equivalente ao processo judicial enquanto forma legítima de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo o exposto, urge que se movimente a sociedade no sentido de assumir a discussão sobre as benesses da mediação, a fim de que esta obtenha finalmente seu espaço, incitando-se, assim, a legitimação do instituto pelo Estado.

A proposta apresentada pela mediação converge no sentido da teoria habermasiana, como meio hábil que possibilita a emancipação do indivíduo e da comunidade na qual se insere, insurgindo nos sujeitos a responsabilidade pela solução de suas próprias demandas, fortalecendo seus princípios de cidadania, bem como, ao propor o deslocamento do paradigma da relação adversarial para uma relação dialógica, rumo ao objetivo primordial da pacificação social.

²³ RODRIGUES JUNIOR. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*.

²⁴ BARBOSA. *Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário*. In: PEREIRA. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Anais do IV Congresso Brasileiro do Direito de Família. p. 389.

Na seara da família, onde as relações obrigatoriamente se prolongam no tempo, devido aos vínculos que são criados, é imperativo que se converta a relação adversarial em tentativa eficaz de solução dos problemas a partir de um diálogo franco, a fim de que sejam minimizadas as consequências negativas do conflito e sua repercussão no âmbito dos envolvidos.

É preciso forçar uma conscientização a favor da responsabilidade de fazer o direito e os remédios legais refletirem a real necessidade da sociedade e do atual momento histórico. Não há mais como se render ao injustificado temor do sistema dominante de perder as rédeas do controle, é urgente que se efetive o dever de encontrar alternativas que respondam às demandas sociais.

Nesta lógica, os mecanismos da oralidade, informalismo e conciliação, presentes na mediação, se coadunam fazendo frente à concretização de novos direitos, aproximando a justiça de seus demandantes, permitindo o exercício da cidadania.

Quando o Judiciário atua, este processa um conflito social, mas não significa, necessariamente, que sane uma relação social. Este ato apenas encerra uma relação, mas não impede que outras tantas semelhantes apareçam posteriormente. Assim, ele funcionaliza os dissensos, mas não a própria vida. A paz do direito pode até vir a funcionar pela capacidade coercitiva da atividade jurisdicional, mas isto não significa que as partes estejam satisfeitas, nem que a essência do conflito tenha sido solucionada. Não pode restar ao direito o simples alívio de um sintoma, enquanto o verdadeiro mal ainda persistir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Arbitragem e o Poder Judiciário: convergências e divergências*. in: 1º Seminário Internacional sobre Direito Arbitral. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais. 2003.

BARBOSA. Águida Arruda. *Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte. 2006.

BASTOS, Eliene Ferreira. *Uma Visão de Mediação Familiar*. in: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá. 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina. 1986.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil, o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002.

COUTINHO, Sérgio. *A recepção como 'pragmática argumentativa' – uma visita ao conceito pelo olhar habermasiano*. in *Perspectiva Teleológica*. n. 37. 2005.

DELGADO, José. *Constitucionalidade da Mediação*. Série Cadernos do CEJ – *Seminário Mediação: Um Projeto Inovador*. CHAVES, Erlanda s. (Trad.). Brasília. v. 22. 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Incesto e o mito da família feliz*. in: Dias, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça não quer ver*. São Paulo: RT. 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da Mediação Familiar*. ASSUMPÇÃO, Eni; MARODIN, Fabrizio Almeida (Trad.). Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem – Alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.

OSTERMEYER, Melinda. *Realizar La Mediación*. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W; OLCZAC, Paul V. *La Mediación y sus contextos de aplicación – una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós. 1996.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

ROTH, André-Noel. *O Direito em crise: fim do Estado Moderno?* in: FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.