

Conflitualidade Imanente e Resolutividade Construída: Perspectivas da Lei de Mediação sob as Lentes da Oralidade

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios.
2. A Conflitualidade Imanente à Condição Humana.
3. A Resolutividade Construída pelo Mediador. Epílogo. Referências Bibliográficas.

Resumo

A condição humana, em que sobressai a racionalidade, é essencialmente conflitual, o que se torna particularmente acentuado nas sociedades contemporâneas, nas quais o pluralismo floresce com grande intensidade. Da conflitualidade surge a litigiosidade, que não só sobrecarrega a estrutura judiciária como contribui para a desagregação social. É com os olhos voltados a essa constatação que surge a necessidade de serem desenvolvidos mecanismos alternativos para a solução dos conflitos, do que é exemplo a *Lei de Mediação*. A aplicação desse diploma normativo é direcionada por diversos princípios, com especial ênfase para o princípio da oralidade, que assume vital importância para que o mediador auxilie as partes na obtenção de uma solução consensual. O objetivo deste estudo é justamente o de analisar o caráter instrumental da oralidade nesse processo.

Palavras-chaves: Conflitualidade. Pluralismo. Mediação. Princípios e oralidade.

1. Aspectos Introdutórios

A mediação, em seus contornos mais basilares, é um processo consensual de resolução de conflitos em que terceira pessoa, neutra e imparcial, o mediador, auxilia as partes na obtenção voluntária da melhor solução para a disputa que polariza os seus interesses. O mediador não impõe uma decisão às partes, o que denota atividade ontologicamente distinta daquela desempenhada pelo árbitro, escolhido justamente

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

com esse objetivo. Diversamente ao que se verifica quando se submete o litígio à apreciação do Poder Judiciário ou à arbitragem, não se verifica a *substitutividade*,¹ já que, a exemplo do que ocorre na conciliação, as partes continuam a conduzir o processo decisório².

Em certos aspectos, a mediação também se distingue da conciliação, na qual o conciliador costuma propor soluções diretas, não estando necessariamente comprometido com um processo de construção voluntária de alternativas para a superação do problema.³ O mediador “é um conciliador mais intervencionista”,⁴ participando intensamente do processo de construção da solução adequada. A diferença entre as figuras, portanto, reflete mais uma questão de atitude que de essência.

Em razão de suas próprias características, a mediação exige o desenvolvimento de concepções ideológicas, científicas e pragmáticas voltadas a esse objetivo, de modo a facilitar a compreensão mútua e a solução compartilhada de problemas.⁵

É nítida a vantagem oferecida pela mediação em termos de pacificação social, já que as próprias partes são direcionadas à obtenção da solução que mais se aproxima dos seus interesses. Cedem naquilo que entendem conveniente ceder. Insistem naquilo que descaracterizaria a própria essência do seu direito. Não é por outra razão que muitos Estados contemporâneos não só estimulam a mediação como criam estruturas orgânicas destinadas a esse objetivo.⁶ No plano internacional, a mediação é historicamente utilizada como um meio de solução pacífica dos conflitos.⁷⁻⁸

¹ A substitutividade denota que alguém exerce atividade inerente a outrem. Cf. CHIOVENDA, 1969: 10-11. Se a atividade de substituição desempenhada pelo Poder Judiciário é ampla, projetando-se nos momentos cognitivo, decisório e executório, tal não se verifica, em relação ao árbitro, no momento executório. Apesar de sua decisão, pela sistemática legal brasileira, ter a natureza de título executivo judicial, os atos de coerção serão sempre praticados por órgão jurisdicional.

² Alguns veem a mediação como um *subproduto* da conciliação. Cf. ANTAKI, 1993: 3.

³ A participação das partes na busca voluntária da solução do litígio também é considerada uma das características essenciais do processo de mediação pela Seção 2 (1) do *Uniform Mediation Act*, de 2001, que busca orientar a uniformização da temática nos âmbitos dos Estados-Membros da Federação norte-americana. No mesmo sentido, tem-se o § 1º, Abs 1, da *Mediationsgesetz*, de 21 de julho de 2012, que regula a matéria no direito germânico (“*Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben*”); e o § 1º, Abs. 1, da *Bundesgesetzes über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG)*, que disciplina a temática na Áustria.

⁴ ANTAKI, 1993: 7.

⁵ Cf. BLACK, 1990: 981.

⁶ No direito norte-americano, merece referência o *Mediation and Conciliation Service*, órgão independente do governo federal, com competência para resolver os conflitos decorrentes de relações de trabalho mediante conciliação e mediação. Vide: 29 *U.S.C.A.*, § 172 e ss.

⁷ Os meios de resolução pacífica de controvérsias no plano internacional são (1) a negociação direta, em que as partes, diretamente, chegam a um acordo; (2) o inquérito, no qual uma comissão é instituída para a apuração dos fatos; (3) os bons ofícios, em que outro sujeito de direito internacional busca aproximar as partes; (4) o grupo de contato, que tem o objetivo de obter informações a respeito do interesse das partes em negociar; (5) a mediação, em que um terceiro Estado participa das negociações, auxiliando na composição entre as partes; (6) a conciliação, na qual uma comissão desvinculada das partes propõe uma solução; (7) a arbitragem, em que um terceiro, de natureza singular ou colegiada, decide a questão; e (8) a decisão judicial, na qual um tribunal permanente, cuja jurisdição é reconhecida pelas partes, resolve a questão. Cf. MIRANDA, 2002: 262-263.

⁸ Sobre a evolução histórica dos meios de resolução alternativa de conflitos, vide o interessante trabalho de BARRET: 2004.

No direito brasileiro, a Constituição de 1988, logo em seu preâmbulo, afirma o seu comprometimento, “na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. No plano infraconstitucional, a conciliação e a arbitragem há muito foram incorporadas à nossa realidade. Especificamente em relação à mediação, apenas em 2015 o instituto passou a receber tratamento legislativo autônomo.⁹

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que veiculou o Novo Código de Processo Civil (NCPC) e cuja *vacatio legis* estendeu-se por um ano, a contar da sua publicação,¹⁰ tratou da conciliação e da mediação em seus arts. 165 a 175. O conciliador atuará, preferencialmente, nas situações em que não haja vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio. O mediador, por sua vez, atuará, preferencialmente, nos casos em que haja um vínculo anterior entre as partes e buscará conduzi-las à compreensão recíproca e à construção da solução adequada. Também foi prevista a criação, pelos entes federativos, de câmaras de mediação e conciliação, destinadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. O seu art. 175, por sua vez, dispõe que “[a]s disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”. Previu-se, assim, a possibilidade de maior detalhamento desses institutos em lei própria.

Em momento posterior, foi promulgada a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispôs sobre a mediação. Esse diploma normativo estabeleceu os princípios estruturais do instituto; o critério de escolha e a postura esperada dos mediadores extrajudiciais e judiciais; e o procedimento a ser seguido. Dispôs, ainda, sobre a autocomposição de conflitos em que figure como parte pessoa jurídica de direito público, cujo objetivo básico é o de estimular a resolução de disputas, individuais ou coletivas, judicializadas ou não, a partir da atuação de estruturas orgânicas criadas no âmbito da Administração Pública com esse objetivo específico.

A mediação pode ser vista como mais uma das pontes criadas pela ordem jurídica com o objetivo mor de estimular a consensualidade entre as partes e evitar que a disputa seja resolvida pelo Poder Judiciário, ator independente e cuja escolha é estranha à liberdade valorativa dos interessados. O acesso a essa ponte ocorre por duas entradas distintas, a mediação judicial e a extrajudicial, conforme a questão esteja, ou não, judicializada, e o caminho é pavimentado pelos princípios, expressos ou implícitos, afetos a essa seara.

A dogmática contemporânea¹¹ tem reconhecido o caráter normativo dos princípios e a necessidade de serem sempre considerados pelo operador do direito

⁹ Os instrumentos de solução consensual de controvérsias estão incluídos na *terceira onda* de acesso à concepção material de justiça, sendo as duas primeiras integradas pela assistência judiciária e pela tutela dos interesses difusos. Cf. CAPPELLETTI e GARTH, 1988: 31 e 81; e CÂMARA, 2002: 9.

¹⁰ NCPC, art. 1.045.

¹¹ Vide, de nossa autoria, *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 226-228; e *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86 e ss.

ao delinear a solução do caso concreto. Apresentam maior abertura semântica, o que possibilita a compressão ou o elástico do seu conteúdo com relativa facilidade, observando-se, sempre, os influxos sociais, e possuem uma natureza essencialmente conflitual, sendo relativamente comum que uma pluralidade de princípios colidentes se projete sobre a mesma situação concreta, de modo que o princípio prevalecente será identificado conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes ao caso.

A doutrina, ademais, costuma atribuir aos princípios uma funcionalidade bem diversificada. Podem assumir, por exemplo, as funções (1) interativa, de modo a permitir a penetração da moral no direito, com o correlato afastamento dos dogmas do positivismo clássico; (2) interpretativa, contribuindo para o delineamento do significado a ser atribuído aos enunciados normativos e facilitando a sua contínua adequação aos valores socioculturais; (3) integrativa, atuando no aperfeiçoamento do conteúdo de outros padrões normativos ou colmatando as lacunas existentes; e (4) ordenatória, fixando diretrizes comportamentais e servindo de paradigma para a aferição da juridicidade dos atos praticados no ambiente sociopolítico, o que exige a valoração simultânea dos fatos à luz das regras e dos princípios que lhes são subjacentes. De modo mais sintético, também é possível falarmos em funções positiva, em razão da influência que exercem na forma e na essência das decisões jurídicas, e negativa, por excluírem os valores colidentes e as normas que os prestigiem.¹²

Com os olhos voltados à importância assumida pelos princípios jurídicos, é fácil concluir que nenhuma atividade intelectual voltada à individualização da norma de conduta e à sua conseqüente projeção na realidade pode desconsiderá-los. E com a mediação, instrumento destinado à solução consensual de conflitos, não poderia ser diferente. Nesse particular, o NCPC estabeleceu, em seu art. 166, *caput*, um conjunto de princípios comuns à conciliação e à mediação, que são os “da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. Pouco depois, o art. 2º da Lei nº 13.140/2015 estatuiu um rol específico de princípios direcionado à mediação, o qual não reproduz, em sua literalidade, o anterior, *verbis*: “I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé”. Como se percebe, somente o NCPC faz menção aos princípios da independência e da decisão informada, enquanto a Lei nº 13.140/2015 inova com os princípios da isonomia entre as partes, da busca do consenso e da boa-fé. Ainda que cada um desses princípios contribua para a melhor compreensão da mediação, é factível que alguns princípios expressos já estariam implícitos no próprio sistema, não sendo propriamente uma inovação.

Na medida em que o NCPC dispôs, em seu art. 175, que a disciplina geral por ele veiculada não excluía a possibilidade de regulamentação específica, é evidente que todos os princípios enunciados coexistem. Afinal, não colidem entre si. A partir dessa constatação, direcionaremos nossa breve abordagem ao princípio da oralidade, mais

¹² Cf. LARENZ, 2001: 33 e ss.

especificamente à sua inegável importância na operacionalização de todos os demais. Trata-se do princípio que instrumentaliza o processo de comunicação entre o mediador e as partes. E sem comunicação simplesmente não há mediação possível.

Se a oralidade é o cerne da mediação, espera-se que o mediador seja extremamente hábil ao manejá-la. Essa sentença é justificável ao constatarmos que a condição humana é, na essência, conflitual. Caberá ao mediador insurgir-se, em primeiro lugar, contra esse *standard* comportamental inato e, ato contínuo, construir as condições adequadas à resolutividade do problema, momento em que deverá estar atento a todas as nuances da linguagem. Para que esses objetivos sejam alcançados, é necessário que o mediador seja “treinado em técnicas de negociação e de facilitação,”¹³ compreendendo, acima de tudo, a psicologia do agir humano e o modo como as pessoas interagem. Nesse treinamento, não podemos ignorar a advertência de Neuvians (2011: 177), no sentido de que “a mediação está fática e normativamente integrada ao plano de trabalho dos juristas”, o que significa dizer que um mediador deve ter amplos conhecimentos da sistemática jurídica para que possa contribuir para a construção de uma solução que seja não só justa como também válida e exequível.

2. A Conflitualidade Imanente à Condição Humana¹⁴

A capacidade intelectual e a racionalidade inerentes à espécie humana, ao conferirem características específicas ao ser e ao agir de cada indivíduo, tornam-se o estopim para o surgimento da conflitualidade, que se integra à própria rotina da convivência humana.¹⁵ A pluralidade de racionalidades é naturalmente contrária à unidade de pensamentos. As zonas de convergência, conquanto existam, são sempre relativas, o que também assegura um amplo campo para o surgimento dos conflitos.

As zonas de conflito podem ser concebidas em diversos planos, principiando pelas relações intersubjetivas de base, envolvendo apenas duas pessoas com interesses antagônicos e estendendo-se até alcançar contornos mais amplos, contrapondo Estados, conjuntos de Estados ou organizações internacionais, culminando no surgimento de situações de divergência entre esferas de poder totalmente autônomas entre si.¹⁶

As sociedades pluralistas contemporâneas, marcadas pela tolerância com as opiniões alheias, estimulam o conflito de individualidades,¹⁷ o que decorre da constante tensão dialética entre os referenciais de identidade, imprescindível à coesão social, e diferença, não menos importante ao evoluir da sociedade,¹⁸ mutável por excelência, sempre direcionada pelas novas ondas da cultura.

¹³ GUMBINER, 2000: 6. A *Mediationsgesetz* alemã, de 21 de julho de 2012, dispõe, em seu § 5º, que o mediador deve receber treinamento regular e contínua atualização, de modo a ter conhecimento teórico e experiência prática que o habilitem a conduzir as partes no processo de mediação.

¹⁴ As ideias aqui expostas seguem o que afirmamos em Interpretação Constitucional (...), p. 12 e ss.

¹⁵ Cf. BEATY, 2004: 1.

¹⁶ Cf. FISCHER-LESCANO e TEUBNER, 2006: 72 e ss.

¹⁷ Cf. FISCHER-LESCANO, 2009: 84-85.

¹⁸ Cf. ROSENFELD, 2010: 177 e ss.

De um modo tanto quanto paradoxal, apesar de a conflitualidade ser um padrão de oposição, não de convergência, ela não é necessariamente um fator de desagregação social. A divergência, em verdade, pode ser o primeiro passo para a convergência, sendo um fator de grande importância para o desenvolvimento social. Bobbio (2007: 426, § 1º) já observara, em relação ao costume, que sua gênese está nos conflitos sociais existentes em dada sociedade, que, pouco a pouco, possibilitam o surgimento de zonas de consenso.

No âmbito das estruturas estatais de poder, os conflitos podem estar associados à dinâmica das relações institucionais, contribuindo para o exercício equilibrado e plenamente jurígeno do poder estatal. Essa, aliás, é a essência da própria teoria da divisão das funções estatais.

A racionalidade é indicativo de que cada ser humano está apto a concordar ou discordar, construir, obstar ou desconstruir. Em ambientes pluralistas, é uma individualidade com igual voz e importância, sendo impulsionado justamente por essa pluralidade, que surge a partir das inúmeras individualidades reunidas e enseja o surgimento de uma identidade coletiva. O respeito à diversidade é um pressuposto de revitalização do ambiente sociopolítico, que não permanece totalmente estagnado na cega observância a dogmas infalíveis e imutáveis. Esse respeito, à evidência, embora não exclua a plena aceitabilidade da crítica às opções alheias, é de todo infenso ao puro e simples desrespeito ao agir e ao pensar de outrem.¹⁹

Ao pluralismo encontra-se conectada uma imagem mais complexa de verdade, que tende a acompanhar as divergências inerentes a cada individualidade. Com isso, é reconhecido o caráter relativo da verdade, que passa a ser vista como um referencial de convergência, não de unidade, que pode ser alcançado por uma multiplicidade de percursos distintos.²⁰

Desdobramento natural da racionalidade e da divergência, o conflito de interesses pode ser visto como a “incerteza fundamental da espécie humana.”²¹ Em inúmeras ocasiões, não é possível saber, *a priori*, o interesse preferente, o que enseja o surgimento de um estado de dúvida a respeito de cada individualidade e do próprio evoluir do ambiente sociopolítico.

O conflito pode ser analisado numa perspectiva vertical ou horizontal.

No plano vertical, temos as relações entre indivíduo e poder, as quais, em ambientes democráticos, se manifestam tanto na formação como na coexistência entre essas figuras: no primeiro caso, na escolha daqueles que exercerão o poder em nome do povo; no segundo, no delineamento de direitos e deveres, de ações e abstenções. Nessas relações, é natural a existência de opiniões divergentes e, consequentemente, de conflitos.

Ainda no plano vertical, constata-se, na seara econômica, a ampla predominância do capitalismo e, por via reflexa, da livre iniciativa, o que torna inevitável a irrupção de

¹⁹ Cf. VOSSKUHLE, 2010: 540.

²⁰ Cf. COSTA, 2008: 365, § 21.

²¹ DAHRENDORF, 1974: 256-257.

conflitos entre a regulação estatal e a liberdade almejada pelos detentores dos meios de produção, os quais, não raro, estão em conflito entre si, com a classe operária e os próprios consumidores. As relações econômicas não só são o meio propício para conflitos como, em situações extremas, podem conduzir a rupturas, daí a constante preocupação com políticas de manutenção e inserção social, em especial para as classes menos favorecidas, que permanecem à margem do processo produtivo.

No plano horizontal, marcado pela linearidade das posições fático-jurídicas, o conflito põe em oposição individualidades marcadas pela racionalidade e que estão ao amparo da ordem jurídica. Aqui, a preeminência está restrita à maior envergadura dos argumentos e dos meios de prova apresentados, não à superioridade de um dos contendores em relação ao outro.

A necessária coexistência entre *pluralismo* e *divergência* torna frequentes os debates a respeito do modo de convivência entre ideias e pensamentos colidentes e entre maiorias e minorias,²² o que, a depender dos balizamentos existentes, pode intensificar ou diminuir as situações de conflito. O pluralismo indica que não existem, na sociedade, critérios objetivos de bem, verdade e justiça. A realidade é mutável e mutável é, igualmente, o juízo valorativo que cada indivíduo faz ao seu respeito e a respeito da sociedade. É natural que cada grupo social tenda a privilegiar interesses específicos, bem como que uma pessoa normal tenha interesses comuns com grupos bem diferentes entre si.²³ É justamente dessa interação que deriva a estabilidade do ambiente sociopolítico e a conseqüente harmonia existencial entre interesses divergentes e aparentemente inconciliáveis.

O pluralismo deve ser reconhecido sob uma pluralidade de pontos de vista (artístico, religioso etc.), tendo especial relevo, para o ambiente democrático, em sua feição política.²⁴ Nesse particular, o pluralismo político é o alicerce estrutural de qualquer regime liberal, no qual inexistente uma verdade oficial, havendo, apenas, uma opinião majoritária, fruto da igual manifestação e consideração de todas as opiniões exaradas por cada individualidade. Deve-se lembrar que o livre aflorar de opiniões contribui para dinamizar a interação recíproca entre os grupos de interesses e o Estado, que atuam como participantes do discurso político,²⁵ impedindo a estagnação do debate.

Para que seja possível o reconhecimento e a correlata compatibilização das liberdades, inerentes à concepção de pluralismo, é necessária uma visão específica a respeito das distintas práticas existentes, tanto por parte dos contendores como pelo observador externo. Esse especial modo de ver a diversidade costuma ser retratado pelos referenciais de *neutralidade* ou de *tolerância*.

A neutralidade denota imparcialidade, impedindo a adesão explícita ou o apoio a qualquer dos posicionamentos existentes. A tolerância, por sua vez, assume contornos menos radicais, partindo da premissa de que a sociedade é integrada por

²² Cf. HWANG, 2007: 452-455.

²³ Cf. CRAIG, 1990: 60.

²⁴ Cf. DEBBASCH, BOURDON, PONTIER e RICCI, 1990: 197.

²⁵ Cf. JANOSKI, 1998: 117.

inúmeras esferas existenciais, formadas por ideias e comportamentos, que não podem ser identificados a partir de um entendimento pré-concebido.²⁶

A tolerância apresenta contornos essencialmente negativos. Denota uma postura de abstenção em relação às posições divergentes,²⁷ mas não obsta a adesão àquelas consideradas convergentes. A neutralidade não só exige a abstenção como veda a adesão. No âmbito das estruturas estatais de poder, é comum a oscilação entre esses dois extremos: enquanto as questões religiosas costumam ser tratadas com neutralidade, de modo a prevalecer a laicidade do Estado, as econômicas, ainda que seja reconhecida a livre iniciativa, não costumam obstar a intervenção do Estado em setores específicos do mercado ou, mesmo, o aprimoramento da infraestrutura, oferecendo tratamento diferenciado aos setores considerados prioritários para a economia do País. Apesar de o pluralismo se compatibilizar com ambas, é preciso verificar, com cuidado, a funcionalidade de cada comportamento. Mediadores, conciliadores e árbitros, no exercício da função, hão de ser neutros, não meramente tolerantes, isso sob pena de não terem a imparcialidade indispensável ao exercício da função.²⁸

Identificar corretamente os diversos grupos representativos da sociedade; compreender os respectivos referenciais de identidade e aspiração; e adotar práticas normativas e sociais, que permitam a sua integração e efetiva participação no espaço público, são indispensáveis para que a conflitualidade associada à sua existência seja apenas um antecedente à agregação e ao aperfeiçoamento sociais, não um fator de desagregação.²⁹ A preservação da diversidade não prescinde de opções e ações políticas que reconheçam a sua existência e, além disso, estimulem o seu desenvolvimento, daí falarmos numa “política de reconhecimento cultural”.³⁰ Sem o reconhecimento dessa natureza, que é dinâmica e flexível,³¹ não há tolerância e muito menos proteção. Acresça-se que a não inserção de certos grupos ou práticas no universo da cultura tende a marginalizá-los, comprometendo a sua própria existência.

Rawls (2000: 266) há muito observara que o “ideal de cidadania” impõe o dever moral, verdadeiro “dever de civilidade”, de estar disposto a ouvir os outros e de ser equânime ao decidir se é possível realizar ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os demais. Dessa maneira, será possível formar uma “esfera de confiabilidade”³² no ambiente social, de modo que cada indivíduo possa ver os demais como semelhantes e companheiros, todos imbuídos do propósito de preservar e contribuir para a evolução da sociedade. O êxito do processo de mediação surge justamente a partir do desenvolvimento dessa esfera de confiabilidade.

Não é incomum que algumas ideias, atreladas a certos vetores ideológicos e que ensejem grande mobilização social, gerem a incondicional refutação à opinião

²⁶ Cf. VERZA, 2002: 99.

²⁷ Cf. SADURSKI, 2001: 31-35.

²⁸ SPENCER e BROGAN, 2006: 91; HOPT e STEFFEK, 2013: 13.

²⁹ Cf. GEIS, 2009: 1177-1192.

³⁰ TULLY, 1999: 2.

³¹ Cf. TULLY, 1999: 24-25.

³² SÉRVULO DA CUNHA, 2008: 551.

alheia. Com isso, a tolerância é suprimida e o conflito contribui para a desagregação social. Quando nos deparamos com o que Sunstein (2006: 71-72) cognominou de “polarização (ou radicalização) grupal”, em que prevalece o egocentrismo, a adstrição aos próprios argumentos e a inexorável refutação da opinião alheia, a racionalidade é deixada de lado e o debate é marcado por elevadas doses de emotividade.

Não há processo de comunicação possível sem que cada participante anua em escutar e considerar os argumentos dos demais. Como realçado por Frankenberg (2007: 18), caso o opositor seja “declarado inimigo”, são grandes as chances de que a comunicação seja infrutífera; caso o vejamos “sob o signo da semelhança”, apesar das divergências práticas, são grandes as chances de superá-las.

3. A Resolutividade Construída pelo Mediador

A sessão de mediação deve ser iniciada com a apresentação das partes e do mediador.³³ Nesse momento, é importante que as partes sejam informadas das características que distinguem a mediação dos demais instrumentos de resolução não litigiosa de conflitos e dos objetivos a serem voluntariamente alcançados. O mediador, durante as explicações iniciais, deve esclarecer que não possui qualquer poder de coerção, bem como que sua atuação será marcada pela neutralidade. Com isso, buscará facilitar a construção de uma solução adequada pelas próprias partes, que devem concluir pela inconveniência de prosseguir na disputa.³⁴

Após as explicações iniciais, cada uma das partes deve realizar um breve relato da sua versão do litígio, de modo a subsidiar o mediador a iniciar o processo de mediação. É importante que o mediador, logo de início, faça que cada uma das partes ouça com atenção os argumentos da outra, iniciando o processo de reflexão a respeito da possibilidade de concordar, total ou parcialmente, com as teses expostas. Para tanto, é necessária grande habilidade no uso da linguagem. Não raro, o mediador precisará atuar como verdadeiro *tradutor* de cada uma das partes, não só para permitir a compreensão da mensagem transmitida como também para, em muitas ocasiões, suavizar o rigor das palavras utilizadas.

É sabido que a linguagem pode despertar uma intensa carga emotiva. Toda mensagem exige o emprego de significantes pelo seu emissor, que nada mais são que as palavras da língua, e a sua correlata recepção pelo destinatário da mensagem, que irá interpretá-los e atribuir-lhes um significado. A comunicação linguística somente será aperfeiçoada caso seja compreensível a todos os participantes, daí a relevância de falarem a mesma língua. Além disso, é aconselhável que as palavras empregadas se ajustem ao nível cultural de ambos, de modo a evitar que a mensagem pensada pelo emissor seja diferente da mensagem compreendida pelo receptor.

³³ Ainda que as estruturas de poder, a começar pelo Poder Judiciário, ofereçam o serviço de órgãos especializados em mediação, é perfeitamente possível que as partes celebrem contrato com esse objetivo, no qual podem delimitar não só o objeto litigioso como a própria forma de desenvolvimento do processo de mediação. Cf. ANTAKI. 1993: 11.

³⁴ Cf. GUMBINER, 2000: 6.

Caso haja um desnível cultural entre as partes, é importante que o mediador atue, de maneira intensa e efetiva, para que seja possível a compreensão recíproca. Afinal, não há convergência que passe ao largo da prévia compreensão dos pontos de divergência inicialmente existentes.

Além de ajudar a contornar os percalços da comunicação, o mediador também deve estar atento às palavras que possam despertar uma intensa carga emotiva no interlocutor. Não é preciso lembrar que, caso a carga seja negativa, o processo de mediação pode ser abortado logo em seu nascedouro.

Certos significantes, como *amor* e ódio, são preponderantemente emotivos, outros, como *cama* e *lençol*, são puramente descritivos. Ainda há aqueles que podem ser usados em sentidos bem diversificados, sendo frequentemente empregados na formação de metáforas, como *reto* e *brilhante*. Não é preciso lembrar que, apesar de a sensibilidade poder ser acentuada ou mesmo eliminada, conforme as características do contexto, ela se mostra particularmente intensa na comunicação verbal. Nesse caso, não só as palavras como também os gestos, a expressão facial e a entonação da voz são devidamente considerados pelo interlocutor. Já a comunicação escrita tende a ser menos pessoal e menos emotiva, o que decorre do fato de estar distanciada de uma realidade específica. Apesar disso, o distanciamento emocional e o tom impessoal, intensos nos textos abstratos,³⁵ não chegam ao extremo de ocupar uma posição de absoluta neutralidade. Assim ocorre porque as emoções, apesar de influenciadas pelo contexto, são igualmente despertadas pelos significantes utilizados.

Alguns significantes, em determinados contextos, provocam, de modo deliberado ou acidental, sentimentos de simpatia ou repulsa, acolhimento ou rejeição. Como observado por Berkeley (1998: 89), existem significantes que podem despertar sentimentos de temor, amor, ódio, admiração e respeito antes mesmo que o intérprete forme um juízo de valor a respeito do sentido da expressão em que inseridos. É o que ocorre com os referenciais de justo e injusto, bem como com diversas palavras consagradas no ambiente democrático, como pluralismo, livre iniciativa e direitos humanos, ou nele estigmatizadas, como concentração de poder e arbítrio.

Significantes como correto e justo, além de conferirem uma posição de preeminência a quem os invoca, podem despertar, no interlocutor, o sentimento de que sua conduta está sendo enquadrada nos respectivos antônimos. Nesse caso, cabe ao mediador frisar que os juízos de valor realizados pelas partes são sempre tonalizados pelo colorido da parcialidade, não representando, no plano objetivo, uma sentença negativa a respeito do comportamento alheio.

Vale lembrar que o processo de formação das emoções evidencia a sua volatilidade, sendo comum que a mesma pessoa, em contextos diversos, tenha reações distintas em relação ao mesmo objeto ou à mesma ideia. Note-se, ainda, que os seres humanos nem sempre partilham emoções idênticas, o que termina por influenciar na compreensão do conteúdo e da funcionalidade da linguagem, bem como na atribuição de significados

³⁵ Cf. GIBBONS, 2003: 23.

distintos a mensagens semântica e sintaticamente idênticas. O significado da mensagem recebe grande influência das “paixões”³⁶ do intérprete, que são delineadas a partir dos valores morais que formou no decorrer da vida.

Emoções diversas podem conduzir a interpretações distintas, o que não pode ser ignorado pelo mediador. Para que a emoção ceda lugar à racionalidade, é imperativo que estabilize os ânimos e busque fazer com que as partes analisem o litígio com a maior objetividade possível, de modo que elas próprias contribuam para a construção da justiça do caso concreto.

O mediador também deve ser sensível à constatação de que as partes podem ter anuído em participar da mediação na esperança de obter uma solução menos custosa e demorada do que aquela a ser oferecida pelo Poder Judiciário. Apesar disso, ainda podem trazer consigo uma lembrança negativa a respeito das divergências surgidas no curso da relação jurídica que culminou com o processo de mediação. Nesse caso, é preciso sejam convencidas da necessidade de reiniciar o processo argumentativo a partir de premissas objetivas, que são justamente os fatos que, no entender de cada uma delas, indicam a ruptura do acordado pela parte contrária. Nesse momento, juízos de valor, principalmente quando possam despertar sentimentos negativos, devem ser evitados.

Note-se que o mediador tem atuação decisiva na própria identificação da base da controvérsia. Cabe-lhe formular questionamentos às partes com esse objetivo. Deve evitar, tanto quanto possível, realizar inferências lógicas a partir das informações parciais que lhe sejam transmitidas. Em outras palavras: toda informação há de ser fornecida pelas partes. O mediador não deve substituí-las, isso sob pena de romper a cadeia de voluntariedade que deve estar presente durante todo o processo e assumir a postura de juiz do caso.³⁷ Atua como um “catalisador de disputas”, não interferindo na sua substância.³⁸ Não raro, será necessária a formulação de perguntas e reperguntas concernentes ao mesmo aspecto, que devem ser feitas com alterações de linguagem e de contexto, de modo que as partes não se sintam pressionadas a aderirem ao ponto de vista do mediador.

Delimitado o objeto de controvérsia e conhecidos os fatores que conduziram à situação de oposição entre as partes na relação jurídica originária, declinadas expressamente, ou não, é o momento de o mediador atuar no processo de construção da solução. É natural que as partes possuam certa zona de concordância e, na medida em que se afastem dela, as divergências tendem a aumentar.³⁹ Cada parte deve ser instada a refletir sobre o conflito a partir de uma visão global, que necessariamente abrange aqueles aspectos tidos como favoráveis à outra parte. Também aqui, o cuidado no uso da

³⁶ HOBBS, 2005: 81-82.

³⁷ O mediador que atua como *facilitador* desempenha atividade bem semelhante à diplomacia, sendo esta a sua face mais comum. Não se exclui, no entanto, a possibilidade de as próprias partes solicitarem o desempenho de uma atividade mais ativa, de modo que passe a desempenhar um papel *valorativo*. Nesse último caso, avalia a manifestação das partes e formula suas próprias proposições a respeito do mérito da discussão. Cf. ARNAVAS, 2004: 11.

³⁸ SERPA, 1999: 90.

³⁹ Cf. SPENCER e BROGAN. 2006: 11-12.

linguagem é simplesmente vital. A partir daí, as partes podem ser instadas a oferecer novas alternativas para a solução do problema, o que inicia uma nova fase de argumentação, que pode conduzir a uma conclusão final na medida em que os pontos de divergência sejam paulatinamente superados pelos pontos de convergência.

Essa visão rudimentar e simplificada da sessão de mediação é bem sugestiva a respeito da importância assumida pela oralidade. Não que sínteses, tabelas ou quaisquer outros tipos de arrazoados sejam vedados. A oralidade, em verdade, mostra-se essencial ao processo de convencimento, que, ressalvadas exceções, há de surgir a partir da comunicação verbal. O próprio êxito da mediação depende da capacidade de comunicação do mediador, já que a oralidade instrumentaliza o extenso rol de princípios afetos à mediação.

A começar pelos princípios afetos ao mediador, a sua equidistância entre as partes e a imunidade às influências exógenas que possam influir no seu comportamento, características inerentes à imparcialidade e à independência, serão continuamente avaliadas pelas partes a partir do seu comportamento, com especial ênfase para a forma como se expressa. Estritamente conectada a esses princípios, tem-se a necessidade de ser assegurada a isonomia de tratamento entre as partes, o que será avaliado conforme a maneira como são tratadas e a importância que é atribuída às suas manifestações.

No curso da mediação, deve ser privilegiada a autonomia da vontade das partes, que deve ser decisiva do início ao fim desse processo. A vontade será continuamente exteriorizada com o uso da linguagem, possibilitando que a parte externa o seu consentimento em relação aos rumos da mediação ou, caso deles discorde, contribua para o restabelecimento do rumo adequado. Com isso, será possível que o consenso, além de buscado, seja efetivamente alcançado, máxime em relação ao teor e às consequências da solução a ser delineada, que deve ser informada de modo claro e transparente.

No relacionamento entre as partes e o mediador, deve ser privilegiada a essência em detrimento da forma. Daí a preocupação com a informalidade. Quanto maior a proximidade entre os participantes do diálogo, maiores as chances de a mensagem ser recepcionada e efetivamente influir no comportamento dos destinatários. Esse é o objetivo do princípio da informalidade. E não há seara melhor para a sua concretização do que a oralidade.

Em seu relacionamento, as partes e o mediador devem compartilhar as informações de que dispõem e buscar objetivos efetivamente amparados pela ordem jurídica. Esse comportamento é indicativo da sua boa-fé.⁴⁰ A mentira, além de dissolver qualquer elo de credibilidade, caminha em norte contrário à boa-fé. Na medida em que as negociações são verbalizadas, a oralidade também instrumentalizará a aferição desse princípio.

Por fim, a mediação deve ser informada pelo princípio da confidencialidade. Trata-se de verdadeiro contraponto existencial à oralidade. No curso da mediação,

⁴⁰ A respeito das concepções metajurídicas e dogmáticas afetas à boa-fé, *vide* CORDEIRO, 2007: 1160-1196.

prepondera a fala informal, finalisticamente voltada à solução do problema; fora da mediação, cessa a oralidade e prepondera o silêncio a respeito de tudo que se passou no seu interior.

Epílogo

O surgimento e a correlata proliferação dos métodos alternativos de resolução de litígios estão associados a uma múltipla causalidade, que principia pelos custos da relação processual tradicional, passa pela morosidade do Poder Judiciário, particularmente alarmante em países de modernidade tardia como o Brasil, e se estende à imprevisibilidade da decisão a ser proferida, já que o direito pode assumir contornos multifacetários a depender das lentes do intérprete.

De modo algo paradoxal, a mediação surge em decorrência de um conflito preestabelecido e pressupõe a consensualidade para o seu prosseguimento. De modo simples e objetivo: o conflito faz surgir a consensualidade que porá fim ao conflito. Essa equação ainda torna-se mais complexa ao lembrarmos que a essência humana, lastreada no referencial de racionalidade, é essencialmente conflitual.

A conflitualidade é inerente ao ambiente sociopolítico, sendo diretamente influenciada pelo pluralismo que caracteriza as democracias contemporâneas. Cada ser humano, por ser racional, pensa; uma pluralidade de seres humanos tende a ter pensamentos diversos; a diversidade redundando em divergências de opinião e, conseqüentemente, em conflito. O mediador, portanto, já inicia a sua atividade em conflito com o *establishment*.

Para que a conflitualidade inata ceda lugar a uma resolutividade construída, é inestimável o papel desempenhado pela oralidade, o que exige grande habilidade do mediador no uso da linguagem. É a oralidade que irá instrumentalizar os demais princípios afetos à mediação, denotando, por exemplo, a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes e a boa-fé, que deve estar presente durante todo o processo de mediação.

O sucesso ou o insucesso da mediação será diretamente influenciado pelo modo como a oralidade se projetará na realidade.

Referências Bibliográficas

ANTAKI, Nabil. Les contrats de médiation commerciale, in: SAMSON, Claude e MCBRIDE, Jeremy (org.). *Solutions de rechange au règlement des conflits*. Sainte-Foy: Les Presses de L'Université Laval, 1993, p. 2.

ARNAVAS, Don. *Alternative Dispute Resolution for Government Contracts*. Chicago: CCH, 2004.

BARRET, Jerome T. *A History of Alternative Dispute Resolution*. The Story of a Political, Cultural, and Social Movement. San Francisco: Josey-Bass, 2004.

BEATY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004.

BERKELEY, George. *A Treatise concerning the Principles of Human Understanding* (1710). Oxford: Jonathan Dancy, 1998.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6ª ed. St Paul: West Publishing, 1990.

BOBBIO, Norberto. Consuetudine (teoria generale), in: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IX (1961). Milano: Giuffrè, 2007, p. 426.

BRUNI, Alessandro. *Codice dela Conciliazione*. In Italia e all'Estero. Dogana: Maggioli Editore, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei nº 9.307/1996*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (Access to justice - The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report). Trad. de NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

CHIOVENDA, Guisepppe. *Instituições de Direito Processual Civil* (Istituzioni di Diritto Processuale Civile), vol. II. Trad. de MENEGALE, J. Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1969.

COSTA, Pietro. Diritti fondamentali (storia), in: *Enciclopedia del Diritto*. Annali II. Tomo 2. Milano: Giuffrè, 2008, p. 365.

CRAIG, Paul P. *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

DAHRENDORF, Ralf. *Ensaio de Teoria da Sociedade*. Trad. de MOREL, Regina Lúcia M. Rio de Janeiro-São Paulo: Zahar-EDUSP, 1974.

DEBBASCH, Charles; BOURDON, Jacques; PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 3ª ed. Paris: Economica, 1990.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2006.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter, in: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas (orgs.). *Neue Theorien des Rechts*. 2ª ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2009, p. 75.

FRANKEMBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito* (Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung). Trad. de ANTONIUK, Elisete. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Por que os grupos vão a extremos, in: *Constituição e Crise Política*, LEITE SAMPAIO, José Adércio (org.). Belo Horizonte: Del-Rey, 2006, p. 71.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

GEIS, George S. Internal Poison Pills, *in: New York University Law Review*, vol. 84, nº 5, 2009, p. 1.169.

GIBBONS, John. *Forensic linguistics: an introduction to language in the justice system*. Vol. 32 de *Language in society*. Cornwall: Wiley-Blackwell Publishing, 2003.

GUMBINER, Kenneth. An overview of alternative dispute resolution, *in: ATLAS*, Nancy F.; HUBER, Stephen K.; TRACHTE-HUBER, E. Wendy. *Alternative Dispute Resolution*. The Litigator's Handbook. USA: American Bar Association, 2000, p. 1.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil* (Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil). Trad. de MARINS, Alex. São Paulo: Martin Claret, 2005.

HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix. Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues, *in: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (org.). Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HWANG, Shu-Pern. Rechtsanwendung in der pluralistischen Demokratie, *in: Der Staat*, 46. Band, Heft 3, 2007, p. 442.

JANOSKI, Thomas. *Citizenship and Society*. A Framework of Rights & Obligations in Liberal, Traditional, and Social Democratic Regimes. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica* (Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik). Trad. de DíEZ-PICAZO, Luis. 1ª ed. Reimp. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. Cascais: Principia, 2002.

NEUVIANS, Nicola. *Mediation in Familienunternehmen. Chancen und Grenzen des Verfahrens in der Konfliktodynamik*. Heidelberg: Gabler Verlag, 2011.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. de AZEVEDO, Dinah de Abreu. 2ª ed. 2ª imp. São Paulo: Editora Ática, 2000.

ROSENFELD, Michel. L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence, *in: RDCA*, abr.-jun./2010, p. 177.

SADURSKI, Wojciech. *Freedom of Speech and Its Limits*. The Netherlands: Springer, 2001.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. *Fundamentos de Direito Constitucional*. Vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SORTO, Fredys Orlando. Solução pacífica dos conflitos internacionais: Esquipulas II e a pacificação da América Central, *in: Revista de Informação Legislativa*, Ano 30, nº 117, p. 339, jan.-mar./1993.

SPENCER, David; BROGAN, Michael. *Mediation Law and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006.

TULLY, James. *Une étrange multiplicité: le constitutionnalisme à une époque de diversité* (Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity). Québec: Presses Université Laval, 1999.

VERZA, Annalisa. Neutrality Toward Microdifferences, Toleration Toward Macrodifferences, in: TROPER, Michel; VERZA, Annalisa. *Legal philosophy: general aspects: (concepts, rights and doctrines): proceedings of the 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*, New York, June 24-30, 1999, Vol. 82 de *ARSP*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2002, p. 99.

VOSSKUHLE, Andreas. Religionsfreiheit und Religionskritik – Zur Verrechtlichung religiöser Konflikte, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 37. Jg, Heft 18-21, novembro de 2010, p. 537.