

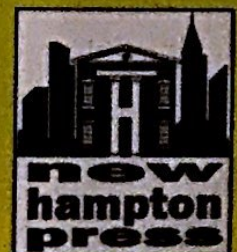
Manual de Mediação

Teoria e Prática

e outras técnicas de solução de conflitos:
conciliação, negociação e arbitragem

Organização:

Fernanda Maria Dias de Araújo Lima
Rosane Maria Vaz Fagundes
Vânia Maria Vaz Leite Pinto



Sumário

Introdução	19
Título I: Teoria da Mediação	25
Capítulo I	27
I - O Instituto da Mediação	40
Capítulo II	40
Mediadores e mediadoras: que conflito é este?	55
Capítulo III	55
Escutatória - a arte de ouvir com a mente e com o coração	59
Capítulo IV	59
O que dizer da arte de falar?	62
Capítulo V	62
Técnicas de Mediação	71
Capítulo VI	71
Formas Alternativas de Solução de Conflitos	80
Capítulo VII	80
Políticas Públicas de Incentivo a Autocomposição dos Conflitos	99
Capítulo VIII:	99
O conflito como possibilidade de construção da paz	104
Capítulo IX	104
Mediação: uma forma efetiva de pacificação social no estado contemporâneo	110
Capítulo X	110
Breves Considerações sobre o Contexto Histórico da Mediação e o Exercício da Cidadania	119
Capítulo XI	119
As Soluções Alternativas de Conflitos como Garantia dos Direitos Fundamentais	127
Capítulo XII	127
Os Conflitos na história: soluções alternativas de pacificação	135
Título II: Artigo Internacional	135
A conciliação judicial no Tribunal de Segunda Instância do Quebec	137
Título III: Mediação Familiar	153
Capítulo I	155
Mediação na Obrigação Alimentar	165
Capítulo II	165
Mediação Familiar: As Perspectivas e desenvolvimento da Entidade Familiar	179
Capítulo III	179
Mediação: o melhor caminho para a solução de conflitos entre casais	191
Capítulo IV	191
Mediação: aplicabilidade na prevenção e solução de conflitos, em foco a proteção da criança e do adolescente	

Capítulo V	199
Mediação como Base na Solução de Conflitos Familiares	
TÍTULO IV: Mediação Trabalhista	205
Capítulo I	207
A Flexibilização como técnica de prevenção e solução dos conflitos Trabalhistas	217
Capítulo II	217
A Comissão de Conciliação Prévia e sua Eficácia Perante a Justiça do Trabalho	226
Capítulo III	226
A Mediação de Conflitos Trabalhistas	
Título V: Mediação Penal	237
Capítulo I	239
Mediação Penal: Uma Justiça Alternativa	250
Capítulo II	250
Mediação: uma prevenção prática de conflitos	256
Capítulo III	256
Mediação de Conflitos: aplicação contemporânea nas questões penais	
Título VI: Mediação na Educação	263
Capítulo I	265
A Mediação como Instrumento de Integração e Pacificação Social na Escola	274
Capítulo II	274
Mediação e Negociação como Estratégias de Gestão	
Título VII: Mediação Ambiental	287
Capítulo I	289
As formas alternativas de solução de conflitos na reparação do dano ambiental	
Título VIII: Instituto da Arbitragem	323
Capítulo I	325
Instituto da Arbitragem e seus Benefícios para o Administrador de Empresas	333
Capítulo II	333
A Possibilidade de Aplicação da Arbitragem no Direito Público Brasileiro	346
Capítulo III	346
LEI 9307/96: vale a pena conhecer e aplicar	
Título IX: A prática da Mediação: casos reais	357
<i>Capítulo I: CASOS DE MEDIAÇÃO FAMILIAR</i>	<i>359</i>
CASO I	359
CASO II	362
CASO III	365
CASO IV	368
Capítulo II	374
A Impossibilidade da Aplicação da Técnica da Mediação pelos Elementos Subjetivos e Objetivos.	
Capítulo III	379

Mediação e sua aplicabilidade no caso prático	
Capítulo IV	381
A mediação como solução dos conflitos pessoais na relação conjugal	
Capítulo V	387
Mediação de Conflitos	
Capítulo VI	396
Mediação e sua aplicabilidade na prática real	
Capítulo VII	406
A Mediação no Direito de Família	
Sumário por Autor	413
Referências	421

Capítulo XI

As Soluções Alternativas de Conflitos como Garantia dos Direitos Fundamentais

Sabrina Alves Zamboni

As soluções alternativas de conflitos como meios adequados à solução das controvérsias, são métodos de aplicação rápida, eficaz e de resultado bastante satisfatório à sociedade. Sua agilidade vem demonstrando o alcance de resultados que acabam por beneficiar as partes atingindo a finalidade maior do Estado, qual seja, a concretização da dignidade da pessoa humana, passando assim, a humanidade a ter seus direitos individuais e coletivos não só respeitados, como também resguardados e garantidos.

Assim, não só um meio adequado a satisfazer a vontade das partes, as soluções alternativas de conflitos passam a ser um meio eficaz para alcançar os direitos e garantias fundamentais, alcançando às necessidades humanas.

Conceituar a mediação, conciliação e a arbitragem nada mais é do que definir parâmetros de atuação para alcançar uma solução de controvérsia entre as partes sem a intervenção direta da jurisdição estatal.

Vários conceitos são apresentados pela doutrina; contudo, procuramos demonstrar os mais claros e objetivos, que melhor elucidem as características peculiares de cada instrumento de solução extrajudicial de controvérsias.

Os principais mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos existentes hoje no Brasil são: a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação.

Torna-se claro e visível que estes mecanismos vêm cada dia mais alcançando resultados satisfatórios, não só às partes diretamente envolvidas, mas também ao próprio Estado que, apesar de não atuar diretamente nestas composições, não se torna ausente quando seu objetivo maior é atingir em sua plenitude a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, impossível falar em conciliação, mediação e arbitragem sem mencionar e vislumbrar o alcance dos direitos fundamentais. Estes, inerentes ao homem e uma obrigação da sociedade e do Estado.

Distinção entre os mecanismos de soluções de controvérsias extrajudiciais

A etimologia da palavra Conciliação é um termo derivado do latim "conciliatione", cujo significado é ato ou efeito de conciliar; ajustes; acordo ou harmonização de pessoas; união; combinação ou composição de diferenças. É uma alternativa de solução extrajudicial de conflitos, onde um terceiro imparcial, mas interveniente, busca, juntamente às partes, chegar voluntariamente a um acordo, interagindo diretamente com elas e sugestionando uma melhor maneira de formatar os interesses discutidos.

Para outros doutrinadores o termo se aplica ao ato processual consistente na harmonização formal dos interesses conflitantes na ação trabalhista, mediante proposta do juiz, espontaneamente aceita pelas partes, sendo também considerada como a composição amigável do litígio mediante proposta formulada de ofício pelo juiz ou por sugestão de uma das partes.

A Mediação se origina da palavra latina "mediatio" - "meditationis" no seu genitivo, que significa intervenção com que se busca produzir um acordo ou, ainda, processo pacífico de acerto de conflitos, cuja solução é sugerida, não imposta às partes.

Na concepção de Áureo Simões Júnior

"A Mediação é uma técnica pela qual duas ou mais pessoas, em conflito potencial ou real, recorrem a um profissional imparcial, para obterem, num espaço curto de tempo e a baixos custos, uma solução consensual e amigável, culminando num acordo em que todos ganhem. A Mediação é uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias, através de uma nova cultura, em que a solução dos conflitos passa por um facilitador profissional que tenta, através de várias técnicas, pela conscientização e pelo diálogo, proporcionar uma compreensão do problema e dos reais interesses e, assim, ajudar as partes a acordarem entre si, sem imposição de uma decisão por terceiro, num efetivo exercício de cidadania".

Segundo Christopher W. Moore, renomado mediador americano "A mediação é definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito, de uma terceira pessoa aceitável, tendo o poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem, voluntariamente, a um acordo, mutuamente aceitável em relação às questões em disputa".

Podemos, então, conceituar a Mediação como um meio alternativo e voluntário de resolução de conflitos no qual o terceiro imparcial orienta as partes para a solução da controvérsia, sem suggestionar. Na Mediação as partes se mantêm autoras de suas próprias soluções.

Segundo Cretella Júnior,

"a Arbitragem é o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais, e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida".

Na concepção de Carlos Alberto Carmona, um dos relatores de Lei de Arbitragem, a Arbitragem poder ser definida como "um meio alternativo de solução de controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial".

Assim, a Arbitragem é um meio legal e eficaz de solução extrajudicial de conflitos, por via da qual as partes envolvidas em uma controvérsia elegem ou aceitam terceiros, estranhos à relação para que, com conhecimento aprofundado, decidam, com força de sentença, a pendência entre elas existentes, em substituição à jurisdição estatal. A arbitragem não pode ser compulsória. Em consequência disso, somente terá validade se for instituída mediante concordância expressa das partes envolvidas no conflito. É regulamentada pela Lei 9.307/96, de 23 de setembro de 1996, de iniciativa do então Senador Marco Maciel.

Podemos concluir que a Mediação ou Conciliação são também formas alternativas de solução de pendência, em que o terceiro, alheio à demanda e isento em relação às partes, tenta conseguir a composição do litígio, de forma amigável, sem entrar no mérito da questão, diferenciando-se, pois, da Arbitragem, que pode ser tanto judicial como extrajudicial, optativa ou obrigatória, ocorrendo também no campo do Direito Internacional.

Em linhas gerais, portanto, podemos dizer que a Conciliação/Mediação é um processo comunicacional cujo objetivo precípuo é abrir o diálogo e recuperar a negociação, a fim de se chegar a um acordo sobre os interesses em questão.

A Conciliação é um estágio anterior à Arbitragem. É a solução mais adequada para "desafogar" o Poder Judiciário, alcançando e garantindo de forma célere e eficaz os tão conhecidos direitos e garantias fundamentais.

Hoje, estes mecanismos já são aplicados no direito do consumidor e no direito do trabalho, alcançando resultados satisfatórios em tempo reduzido, o que jamais aconteceria se as partes recorressem ao Poder Judiciário. E quanto mais rápida e mais satisfatória for a pretensão das partes, mais eficazes se tornam os direitos fundamentais, que se vêem respeitados e não ao arbítrio do Julgador (Poder judiciário), que nem sempre vem satisfazer a pretensão de uma das partes, muito menos o alcance da satisfação de ambas as partes. Por isso, estes mecanismos são muitas vezes mais eficazes para os indivíduos que pretendem a solução de uma controvérsia, do que a busca da solução pelo Judiciário.

Os direitos e garantias fundamentais

Diante de diversos conceitos, poderíamos definir de forma clara e precisa os direitos e garantias fundamentais como direitos imprescindíveis ao homem, necessários ao alcance da dignidade humana.

São diversas suas classificações, sendo sua evolução constante no tempo e no espaço, o que não os esgotam e não os retira do cerne de sua ineficácia. Fato é que muito já conquistamos ao longo da história com relação a estes direitos, mas o alcance efetivo somente será obtido quando toda a sociedade se envolver, interagindo com o próprio Estado.

Assim, as soluções alternativas de soluções de conflitos vêm sendo um meio adequado e eficaz de aproximação e alcance da efetividade dos direitos fundamentais, vez que além de resolver o litígio, satisfaz ambas as partes em um menor tempo possível.

Como marco inicial destes direitos, a doutrina aponta a Magna Carta Inglesa (1215), levando à inserção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados modernos ocidentais.

Contudo, segundo Carl Schmitt, a história dos direitos fundamentais iniciou-se com as declarações formuladas pelos Estados americanos no século XVIII, iniciadas pela Declaração do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776.

Sua classificação, definida pela doutrina, os distinguem em direitos de quatro gerações:

Os direitos fundamentais de primeira geração

A primeira geração de direitos dominou o século XIX e é composta dos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos. Tendo como titular o indivíduo, os direitos de primeira geração são oponíveis ao Estado, sendo traduzidos como faculdades ou atributos da pessoa humana, ostentando uma subjetividade que é seu traço marcante. São os direitos de resistência face ao Estado.

Os direitos fundamentais de segunda geração

A segunda geração de direitos, da mesma forma que a primeira, foi inicialmente objeto de formulação especulativa em campos políticos e filosóficos que possuíam grande cunho ideológico. Dominaram o século XX, assim como os de primeira geração dominaram o século XIX. Tiveram seu nascedouro nas reflexões ideológicas e no pensamento antiliberal desse século.

Proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também na Constituição de Weimar, os direitos de segunda geração exerceram um papel preponderante nas formulações constitucionais após a segunda guerra.

Primando pelo princípio da igualdade, os direitos de segunda geração são considerados como sendo os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, tendo sido inseridos nas constituições das diversas formas de Estados sociais.

Quando da declaração desses direitos, exigiram do Estado determinadas prestações impossíveis de serem concretizadas naquele dado momento e, dessa forma, com a juridicidade questionada, os direitos de segunda geração foram lançados como diretrizes, ou programas a serem cumpridos, ou seja, esses direitos foram remetidos à esfera programática.

Os direitos fundamentais de terceira geração

O mundo atual se encontra dividido em blocos muito distintos. Diríamos três blocos, especificamente. Enfatizando, um primeiro bloco representa os países desenvolvidos; num segundo bloco colocaríamos os países em busca de desenvolvimento e, por fim, representando o que seria um terceiro bloco, os países subdesenvolvidos.

Dividindo desse modo, torna-se mais fácil a percepção da desigualdade existente entre as nações. Guerras acontecem nesse dado momento que nem sabemos existir. Milhares de pessoas morrem todos os dias, vitimadas por guerras, doenças, pobreza, fome, etc., sem que levemos isso em consideração, ou o que é pior, sem que ao menos nos tornem fato conhecido.

É diante desse quadro que têm lugar, que surgem os direitos de terceira geração: fraternidade ou solidariedade. São identificados como sendo o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Em comentários à terceira geração de direitos, Norberto Bobbio assinala que Celso Lafer fala dos direitos de terceira geração como se tratando, sobretudo, de direitos cujos sujeitos não são os indivíduos, mas sim, os grupos de indivíduos, grupos humanos como a família, o povo, a nação e a própria humanidade.

Os direitos fundamentais de quarta geração

Lançadas as bases pelo professor Paulo Bonavides, tem-se que a "globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social". Segundo ele, os direitos da quarta geração consistem no direito à democracia, no direito à informação e no direito ao pluralismo. Deles depende a materialização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo quedar-se no plano de todas as afinidades e relações de coexistência.

Enquanto direito de quarta geração, a democracia positivada há de ser, necessariamente, uma democracia direta, que se torna a cada dia mais possível, graças aos avanços tecnológicos dos meios de comunicação, e sustentada legitimamente pela informação correta e aberturas pluralistas do sistema.

Assim, pode-se partir para a assertiva de que os direitos da segunda, terceira e quarta geração não se interpretam, mas sim, concretizam-se. E é no seio dessa materialização, dessa solidificação, que se encontra o futuro da globalização política, o início de sua legitimidade e a força que funde os seus valores de libertação.

Enfim, conforme enfatiza o douto professor Paulo Bonavides, "os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política".

Classificação conforme a Constituição

Não obstante as formas que acima foram expostas, existem doutrinadores, tal como José Afonso da Silva, que estudam e classificam os direitos fundamentais da mesma forma consagrada pela Constituição, onde se têm ordenados os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, de cidadania (direitos políticos) e, por fim, as garantias constitucionais.

Verifica-se, assim, que não se preocuparam em classificá-los como sendo dimensões ou gerações de direitos. Preocuparam-se, sim, em estudá-los e classificá-los individualmente,

abordando um a um, de acordo com as disposições de nossa Lei Maior.

As lutas não cessaram, as conquistas ainda não terminaram, porque é da essência humana a necessidade de novas conquistas. O homem sempre estará à procura de novos direitos, daqueles que ainda não possui.

Não importam as classificações que lhes são dadas, não importa a forma como são estudados, o que importa, sim, é preservá-los. Lutar para não deixar escapar os que já foram conquistados. E, mais, lutar pela sua efetividade e alcance junto à sociedade, pois de nada adiante direitos fundamentais ou humanos protegidos por uma imensa legislação, se desprovidos de meios e alicerces para sua concretização.

Conclusão

A efetividade dos direitos fundamentais somente será alcançada quando toda a sociedade (Estado e coletividade) se conscientizarem de que é preciso muito mais que um conjunto de normas e regras para que um direito seja alcançado, satisfazendo os anseios de uma coletividade e do próprio Estado. Classificações e conceitos não são suficientes para que os direitos sejam realizados Sua concretização depende de diversos fatores que, muitas vezes, fogem ao alcance do Estado.

A morosidade de nossa justiça é um problema que há muito se vem enfrentando, vez que não só retarda o processo da efetividade, como muitas vezes o impede de ser alcançado. Assim, as soluções alternativas de conflitos vêm não só acelerar este processo, como muitas vezes vem tornar o direito efetivo, garantindo a plenitude de seu exercício, alcançando os tão sonhados e conhecidos direitos fundamentais que como já vimos, são inerentes ao homem e objetivo maior do Estado.