

Práticas de Mediação no Judiciário e produção de subjetividade¹

Ana Lucia Catão² (PUC-SP)

Maria Cristina G. Vicentin³ (PUC-SP)

A Mediação de Conflitos⁴, no campo jurídico, vem se institucionalizando como *meio alternativo de resolução de conflitos* ou *método de prevenção e solução consensual de conflitos*, conforme o contexto. Seu percurso de institucionalização⁵, que configura uma nova prática social na gestão dos conflitos entre pessoas, caracteriza-se por uma multiplicidade de entradas e uma proliferação de discursos, por vezes contraditórios.

Desde o início dos anos 1990, psicólogos e advogados, em iniciativas esparsas e independentes, importam e começam a experimentar e aplicar diversos modelos de Mediação de Conflitos. Inspirados em países como Estados Unidos, Argentina, Espanha e França, essas primeiras experiências brasileiras desembocam, no campo jurídico, num Projeto de Lei Federal proposto em 1998, para regulamentar a prática junto ao Judiciário⁶.

No campo da política internacional, a iniciativa ganha respaldo em 1999, quando o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas recomenda que os Estados signatários “considerem, no contexto de seus sistemas de Justiça, o desenvolvimento de procedimentos alternativos ao processo judicial tradicional e a formulação de políticas de mediação e justiça restaurativa⁷” (BRASIL, 2005, p.11).

Nestes 20 anos, vem se desenvolvendo em torno da Mediação um campo bastante complexo que se move dentro e fora do âmbito de uma política de governo, dentro e fora das fronteiras do Judiciário. Mediadores se organizam, constroem uma história para si, inventam

¹ II ENADIR, GT 02 - Antropologia, direitos civis e políticos.

² Pesquisadora. Mediadora. Mestre em Psicologia Social pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP; analucatao@gmail.com.

³ Profa. Doutora do Programa de Estudos Pós-graduados em Psicologia Social da PUC-SP; cristinavicentin@gmail.com.

⁴ Ao longo do artigo, será possível acompanhar os sentidos negociados em torno desse método. Por enquanto, para situá-lo, apresentamos a Mediação de Conflitos como prática que propõe e viabiliza a auto-gestão dos conflitos. Costuma ser caracterizada pela informalidade e modos não hierarquizados, participativos e colaborativos de operar.

⁵ As relações sociais reais bem como as normas sociais fazem parte do conceito de instituição. Seu conteúdo é formado pela articulação entre a ação histórica de indivíduos, grupos, coletividades, por um lado, e as normas sociais já existentes, por outro. (LOURAU, 2004, p. 71).

⁶ Projeto de Lei Federal n. 4827/98, proposto pela Câmara. No Senado, primeiro se transforma numa versão consensual, em 2003, e, finalmente, num Substitutivo, em 2006. Hoje engavetado, trata-se do Projeto de Lei sobre Mediação com maior expressão no cenário nacional, tendo contribuído para uma série de arranjos no campo da Mediação. (CATÃO, 2009, p.51-53).

⁷ No que diz respeito à Justiça Restaurativa o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria da Reforma do Judiciário, em parceria com o PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – apoiou, em 2005, a implantação de três projetos pilotos de aplicação experimental da JR no Brasil, os quais já contam com alguns filhotes.

metodologias próprias, demarcam territórios e negociam sentidos para afirmar a invenção de um novo campo de saber-fazer⁸.

No âmbito da sociedade civil, para gerir conflitos não judicializados, desenvolvem-se a Mediação familiar, comunitária, escolar, socioambiental, corporativa, integrando o trabalho de entidades que lidam com famílias e violência familiar, políticas de Segurança Pública, parcerias de Secretarias da Educação com Tribunais de Justiça, projetos de gestão ambiental, serviços de gestão de pessoas, dentre tantas outras iniciativas.

Podemos dizer que a prática da Mediação no Brasil está em institucionalização: enquanto campo de saber, enquanto atividade regulamentada por lei, enquanto profissão com campo de atuação, dentre os quais um que se configura em relação com o Judiciário. (CATÃO, 2009, p.25)

Inicialmente, na esfera judicial, esse *procedimento alternativo* tem uma inserção periférica, paulatina e no limite entre o oficial e o oficioso, beneficiando-se da brecha legal aberta pela Conciliação dentro do processo judicial. A introdução da Mediação como estratégia na política de Reforma do Judiciário impulsiona seu desenvolvimento. O objetivo: a “melhoria da qualidade e da produtividade do Judiciário” (BRASIL, 2005, p.37), resposta à *crise do Judiciário*. Dentre outros, promove-se um movimento nacional pela Conciliação (a reboque da qual vai a Mediação) e apoiam-se formações aos operadores do direito em Mediação e Conciliação. O contexto judicial desempenha um papel importante como dimensão instituída/instituinte⁹ do campo de institucionalização da Mediação.

A Mediação, nesse contexto, ganha corpo como estratégia para desafogar o Judiciário e na defesa dos argumentos da equidade econômica e social, do acesso à Justiça e da pacificação social. À *intervenção judicial clássica* propõe-se uma alternativa – heterodoxa? Por um Judiciário mais humano, aparecem os argumentos econômicos, a avaliação de custos e riscos de uma Justiça ineficiente para o desenvolvimento nacional, uma proposta medicinal de prevenção preferível à cura. (CATÃO, 2009, p. 74)

Acompanhando esse movimento, em novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 125/2010, afirma o instrumento Mediação de Conflitos, ao lado da Conciliação, como integrante de uma “Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse”, uma “Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social”. Considera, dentre outros, “a

⁸ Falaremos da Mediação, com maiúscula e no singular, reproduzindo a denominação corrente no campo, dando a impressão de que estamos a falar de um todo coerente. Ao longo do artigo, será possível perceber que um dos aspectos desse campo é a impossibilidade de se falar em Mediação, sendo que talvez mais adequado fosse falar em mediações, ou práticas de mediação.

⁹ Uma instituição está num movimento constante de criação e confirmação. Lapassade, bem como Lourau, distinguem três níveis: o instituído (a hora, a lei, o regulamento, a convenção aceita como natural e eterna); o instituinte (os desejos e necessidades que fazem com que se crie novas normas; daí estas novas normas emergirem) e a institucionalização que é o reconhecimento desta nova norma. (COIMBRA, 1995, p. 60).

necessidade de consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”.

A Resolução determina aos Tribunais do país que introduzam oficialmente a prática junto à estrutura judiciária¹⁰. Isso por meio de Centros de Conflitos e Cidadania, que abordarão conflitos processuais e pré-processuais. O primeiro Centro em São Paulo começa a ser pensado e instalado junto ao Fórum da Barra Funda, como um projeto piloto.

Se essa Resolução provoca um novo arranjo Mediação e Judiciário, não será ela a instaurar as primeiras experiências de Mediação num Fórum. No Judiciário de São Paulo, por exemplo, é possível identificar experiências esparsas, resultantes de iniciativas individuais, desde o final da década de 1990. Hoje, na cidade de São Paulo, são quatro Fóruns a contarem com Setores de Mediação e vários outros a contarem com mediadores que atuam junto a uma ou outra Vara Cível, de Família, da Infância ou mesmo Penal.¹¹ Isso sem mencionar a Mediação de segunda instância.

Após essa breve apresentação do campo da Mediação e da dimensão instituída/instituinte da esfera judicial, trataremos, neste artigo, de explicitar os dissensos que vão configurando a interface mediação e práticas judiciais e proporemos um olhar crítico a partir dos efeitos produzidos nos sujeitos. Como isso, apresentamos alguns resultados de pesquisa de mestrado¹².

Nessa pesquisa, após rastrear¹³ um campo saber-fazer em institucionalização, seguindo algumas de suas linhas instituintes e instituídas, realizamos uma análise mais detida acerca dos sentidos negociados em torno da Mediação no campo jurídico e, finalmente, com referencial teórico foucaultiano, problematizamos práticas em curso no que diz respeito aos efeitos produzidos nos sujeitos enquanto prática que se dá na interface com práticas judiciais. Sinalizamos para a configuração de um território de produção de inovações e contradições em que entram em cena um sujeito do direito, assujeitado à universalidade da lei, e um sujeito da vida, autor de seus princípios éticos.

¹⁰ Também no Projeto do Novo Código de Processo Civil, 166/2010, aprovado em dezembro de 2010 por unanimidade no Senado, bem como no substitutivo que está em preparação para ser apresentado à Câmara, a Mediação é prevista, ao lado da Conciliação, e o mediador aparece como auxiliar da justiça, ao lado do conciliador, do perito, do oficial de justiça e outros. Segundo Gilmar Mendes, em fala na FIESP, um projeto que visa “simplificar procedimentos” e dar “respostas adequadas aos conflitos” (mai. 2011).

¹¹ Como não há um registro sistemático dessas experiências, mencionamos aqui informações obtidas diretamente com mediadores, em encontros de mediadores. Note-se que aqui se fala em Mediação, e não Conciliação. Essa sim, amplamente registrada e divulgada, pelo menos em termos de estatística.

¹² Pesquisa com apoio financeiro do CNPq.

¹³ Esse rastreio se deu a partir de lentes paulistanas, mesmo que com abrangência nacional.

Para os fins deste artigo, consideramos importante retomarmos algumas perguntas da pesquisa: Que sentidos vêm sendo negociados em torno da Mediação no contexto jurídico? O que se espera dessa *nova forma de lidar com as situações de conflito* no Judiciário?

Para respondê-las, realizamos uma Análise de Conteúdo Temática¹⁴ (BARDIN, 2003 e MINAYO,1999) em artigos de doutrina jurídica e que abordam o tema da Mediação. A maior parte desses artigos é publicada em revistas de direito que contêm Jurisprudência e artigos de Doutrina¹⁵. São elas, por exemplo: a Revista dos Tribunais; a Revista Forense; o IOB – Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial; a Revista Brasileira de Direito de Família; a Revista de Arbitragem e Mediação; a Revista do Advogado. Algumas são dedicadas exclusivamente à Doutrina, como a Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Petrópolis ou a Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Amplamente consultadas pelos operadores do Direito, são revistas formadoras de opinião e propulsoras de mudanças ou sedimentadoras de tradições no campo jurídico, razão de sua escolha para compor o *corpus* a ser analisado. Para essa análise, selecionamos doze¹⁶ dos trinta artigos que encontramos¹⁷ a respeito do tema até janeiro de 2008 (vide relação de artigos analisados no Anexo).

São autores desses artigos: advogados, juízes, desembargadores, professores de Direito e psicólogos. Alguns deles, mediadores também. Todos, autores brasileiros que abordam a

¹⁴ Conforme Bardin (1977/2003, p.133): “A análise de conteúdo fornece informações suplementares ao leitor crítico de uma mensagem, seja este lingüista, psicólogo, sociólogo [...] desejando distanciar-se da sua leitura aderente, para saber mais sobre esse texto.”

¹⁵ Segundo Ferraz Jr. “a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida “fonte” interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito.” (2003, p.246) e a doutrina, que possui caráter de fonte da razão jurídica, “não chega, no sistema romanístico, a ser fonte de direito [...] (porém) base de orientação para a *interpretação* do direito” (p.247), tem um “caráter metanormativo” (p.248). “Na verdade, a doutrina, como a jurisprudência, aliás com um grau de objetividade maior, pode ser responsável pelo aparecimento de *standards jurídicos* ” (p.247).

¹⁶ Essa seleção se deu primeiro pela exclusão dos artigos que tivessem uma abordagem muito específica de temas aplicados à Mediação, por exemplo: a co-parentalidade, a questão de gênero; que fossem artigos muito técnicos da área do direito, como os de comentários a leis, projetos ou anteprojetos de leis relacionados com a Mediação; ou que falassem de mediações entre órgãos públicos, a mediação internacional ou entre Estados, que não se referem à Mediação entre pessoas, foco na dissertação. O segundo momento de seleção foi o de escolher dentre os artigos restantes, artigos que se diferenciavam em suas posições ou que apresentassem variedade nas profissões de seus autores, nas áreas de direito em que se situam, nas revistas e nas datas de publicação. Cabe uma observação em relação aos artigos da autora Águida Arruda Barbosa: resolvemos sistematizar dois artigos dessa autora, por serem artigos que trazem cada um uma singularidade, a abordagem da cultura de paz e a proposta de uma clínica do direito. Por serem ambos da mesma autora, optamos por contabilizá-los como um único artigo, mesmo que nas análises, a diferenciação tenha sido mantida.

A esses 12 artigos, foi acrescentada a transcrição de uma palestra proferida pela Ministra do Superior Tribunal Federal, Fátima Nancy Andrighi, na ocasião do I Congresso Brasileiro de Mediação Judicial (BRASIL, 2008), em março de 2008, em Brasília. Essa adição se justifica tendo em vista: sua atualidade; sua estrutura discursiva ser semelhante à dos artigos selecionados, pois que escrita para ser proferida por um membro de alto escalão do Judiciário para os operadores do Direito; ter sido proferida no contexto de um congresso de Mediação Judicial; e ser essa uma Ministra intimamente relacionada com a história da implantação legal e institucional dos Juizados Especiais (precursores processuais dos meios alternativos de resolução de conflitos).

¹⁷ Pesquisa realizada na base de dados da biblioteca da Faculdade de Direito da USP.

Mediação dirigindo-se aos operadores do Direito, também brasileiros, caracterizando uma perspectiva brasileira do tema.

Nesses artigos exploramos dois grandes temas: os sentidos negociados em torno da Mediação e a maneira como esses autores pensam a relação Mediação e Judiciário.

Sentidos negociados em torno da Mediação

Notamos uma forte tendência a definir a Mediação pela negativa. Uma Mediação que se define, sobretudo, pela diferença em relação às práticas judiciais ditas tradicionais e outros ditos meios alternativos de resolução de conflitos (arbitragem e conciliação) e algumas vezes pela diferença com práticas de psicologia e serviço social. Como ilustração, a definição de uma autora da área da Família:

A Mediação familiar não é uma assistência psicológica [...] não é uma terapia breve [...] não é terapia familiar [...], não é investigação social [...] também não é uma atividade que vise à avaliação das partes, seja psicológica, seja social [...] não é uma negociação com objetivo de “resolver” ou “solucionar” um conflito, atividade técnica própria de jurisdição estatal [...] não é um sub-tratamento jurídico, como se fosse uma instância menos qualificada tendente a por fim ao conflito, para desafogar a atividade jurisdicional. (BARBOSA, 2004, p. 25-26, grifos nossos).

Ao lado dessa definição pela negativa, é pensada como transdisciplina e aparece como saber com orientação prática, configurando-se como práxis. São enfatizados seus modos de fazer e as funções desse fazer. Para os fins deste artigo, interessa-nos retomar algumas das funções atribuídas à prática da Mediação¹⁸, explicitando o repertório utilizado pelos autores nos textos (*em itálico*).

Primeiramente, uma ênfase na possibilidade da Mediação incidir na constituição de um sujeito, que se dá na relação com o outro. Articulam-se a função relativa ao sujeito e aquela relativa ao aspecto intersubjetivo.

Fala-se, na função relativa ao sujeito, em dar lugar a *emoções e sentimentos*, em interferir no *crescimento e transformação dos indivíduos*, em auxiliar o sujeito a *dar sentido ou coerência à experiência de fragmentação de papéis e heterogeneidade de mundos na complexidade social* – dimensão psi; *ampliar a consciência do conflito, identificar os níveis do conflito, compreender o conflito, tomar consciência de que atitude individual transforma a sociedade* – dimensão reflexiva; *impulsionar uma posição ativa diante dos conflitos, nos envolvidos conseguirem ter controle da decisão, nas pessoas encontrarem por elas mesmas as saídas e alternativas que mais lhes convêm* – dimensão de auto-determinação e autonomia.

¹⁸ Na pesquisa distinguimos e exploramos seis funções, que não necessariamente se excluem: uma referente ao sujeito/indivíduo; outra, à intersubjetividade; uma terceira, ao social ou ao coletivo; uma quarta, à gestão/transformação do conflito; uma quinta, à comunicação; e uma sexta, ao acordo/solução ou conclusão do conflito. Dentro de algumas dessas funções organizamos o repertório utilizado pelos autores em dimensões.

Com relação à autonomia, um dos autores:

A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação à conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania. Um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais – de nos integrar no conflito com o outro – com um sentimento de pertinência comum. Uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um num conflito, gerando devires reparadores e transformadores. (WARAT, 1995, p. 6-7 *apud* MAURIQUE, 2001, p. 28)

Na função relativa ao intersubjetivo, fala-se em *expressar e fortalecer capacidade de preocupação com o outro; em possibilidade de confrontar pontos de vistas diferentes; em melhorar a relação entre partes, recompor relações sociais: entre sujeitos, em restabelecer diálogo; em desenvolver respeito mútuo, alteridade; em produção de diferença, projeto de interação; em desenvolver a alteridade a reciprocidade; em restabelecer as ligações; em retomar diálogo truncado; em passar de relações pautadas na rivalidade/competição para relações de cooperação; em proporcionar restituição de um ethos e de uma ética¹⁹; nas próprias partes encontrarem a solução, não renunciar(em) à própria autonomia.*

Um segundo aspecto, que encontramos no que chamamos de função social da Mediação, é a utopia para a qual está direcionada. Utopia essa que em algumas expressões, de maneira abstrata, se apresenta voltada para um todo social – *transforma desespero em esperança e fim em recomeço, harmonia social, futuro de esperança, pacificação social, recompõe relações sociais entre sociedade civil e Estado, consciência nacional, restaura harmonia, ética nas relações humanas* – e, em outras, concretiza-se a partir das ações, do empoderamento e da participação dos indivíduos/sujeitos: *(função) pedagógica de preparar para novos relacionamentos, experiência de inclusão social, tomada de consciência de que atitude individual transforma a sociedade, atribuir poder de decisão aos cidadãos, exercício de cidadania, organização de nova identidade familiar, fornecer condições dignas aos que se dirigem ao Judiciário.*

Um projeto de transformação da sociedade a partir do indivíduo/sujeito que, como vimos, se constitui na relação. Resta saber a direção desta transformação.

Ao explorarmos o que seria a função de gestão ou transformação dos conflitos da Mediação, foi possível começar a compreender melhor um tensionamento que se traça no campo da Mediação no Judiciário.

¹⁹ Aqui, Nazareth (2001, p.52) parece reservar a *ethos* um sentido mais concreto e a *ética*, um mais abstrato. O concreto, *ethos*, como modo de agir e de viver da pessoa em relação; o abstrato, *ética*, como expressão dessa realidade vivida, que pode ou não ser codificada e que permeia costumes, convenções e práticas sociais aceitos como tais.

Encontramos dois tipos de vocabulário: um que focaliza a dimensão de **gestão**, que nos levou para o lugar de uma racionalidade de governo e suas tecnologias de **prevenção e resolutividade**: *gerir conflitos, método de condução de conflitos, cidadão deliberar sobre situações conflituosas, prevenir futuros litígios, evitar que outros conflitos brotem amanhã, técnica de gestão de conflitos, lida com a causa e não com o sintoma*; outro, mais processual, dimensão de **transformação**, que aponta para um lugar desconhecido: *transformar conflito, transformar o presente conflituoso, o conflito se resolva ou transforme, pacificar o conflito*.

E na função acordo, mais um ingrediente para compreender esse tensionamento. Esta é a única função em que localizamos posicionamentos que se contrapõem explicitamente. Alguns autores colocam como função da Mediação o acordo: *resolver um litígio, solucionar conflito, almejar um acordo com força contratual, buscar solução²⁰ do conflito*; outros fazem questão de declarar que essa não pode ser a finalidade da Mediação, mas apenas uma delas – superam a dimensão do acordo, dando a entender a existência de um pensamento ou prática que entende ser o acordo a única finalidade da Mediação: *o acordo é somente um resultado possível, não a simples solução formal do litígio, chegar a acordo se for o caso, acordo final não representa o fim último e único do processo, ainda que o acordo não aconteça, ir além do acordo*. Observemos que as expressões *chegar a acordo se for o caso* e *ainda que o acordo não aconteça* chegam a colocar em dúvida a própria necessidade dessa função acordo na Mediação.

Aqui, chamamos a atenção para um tensionamento na negociação de sentidos em torno da Mediação, o qual se delinea nas diferenciações que os autores fazem entre Mediação e Conciliação (ambas tidas como meios autocompositivos, ou consensuais, de resolução de conflitos) e mesmo entre dois tipos de Mediação.

Alguns autores negam explicita ou implicitamente uma diferenciação entre Conciliação e Mediação, colocando a *conciliação como o elemento psicológico da mediação*, tratando-as como sinônimos ou atendo-se ao aspecto jurídico e dizendo que *a mediação tem natureza de conciliação*.

Outros, diferenciam Conciliação e Mediação com base no foco voltado para o acordo ou para o sujeito, respectivamente. Por exemplo, Braganholo afirma ser exclusividade da Mediação o fato de considerar “as relações conflituosas e os sentimentos envolvidos”; sem encobrir o conflito, segundo ela, essa deve “ir além do acordo, visando também à melhora da relação entre as partes”, sendo que na conciliação os “terceiros conduzem o processo na

²⁰ Colocamos aqui o vocábulo solução como equivalente a acordo, pois esse parece ser o uso que dele fazem os autores.

direção do acordo, opinando e propondo soluções.” (2005, p.74e76). Acompanhando o mesmo direcionamento Barbosa diferencia a Mediação pelo fato de ensinar “os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito.” (2004, p.27), enquanto que na Conciliação o terceiro “corrige percepções distorcidas”, conduz à “negação do conflito”, sendo o acordo a confirmação dessa negação; nesse caso, os “litigantes reafirmam sua incapacidade de resolver naturalmente sua controvérsia” (p.26).

Outros, diferenciam duas práticas que respondem pelo nome de Mediação. Isso, para desqualificar uma delas do status de Mediação e identificá-la com a Conciliação. Almeida G. (2000, p.27), por exemplo, distingue a Mediação “como **método para se chegar ao acordo**, vendo o conflito em geral como nocivo. Neste sentido a mediação pode ser um **instrumento reacionário**”, da Mediação que “**amplia a visão**, conferindo um **valor positivo ao conflito**, como um **instrumento de mudança**. Neste caso, **o acordo é somente um resultado possível**”. A respeito da primeira afirma que “Utilizar a **mediação** não como um método de investigação, mas basicamente, **como um meio de se chegar a acordos, é confundir sua lógica com a da conciliação.**” (grifos nossos)

Outros, ainda, diferenciam duas Mediações para validá-las ambas, dando a entender interesses corporativos de reserva de mercado a justificar a desqualificação de uma delas. Note-se que essa discussão nos artigos brasileiros reedita uma discussão estadunidense do final da década de 1990²¹, que diferencia, validando ou não, uma Mediação Avaliativa, que busca o acordo, de uma Mediação, que propõe o foco no sujeito, promovendo autonomia.

Notamos que nessa discussão acerca da diferenciação entre Conciliação e Mediação, ou dois tipos de Mediação, está imbricada outra discussão: a da relação com o conflito e dos pressupostos implícitos na proposta de pacificação. Nas diferentes funções, encontramos as expressões *pacificação dos conflitantes*, *pacificação social* e *pacificar o conflito*.

Dependendo do contexto, a idéia de pacificar remete a quadros bastante diferentes. Pacificação, em algumas enunciações, relaciona-se com ordem, correção, acordo, levando ao entendimento dito *reacionário*; noutros, propõe uma aceitação e explicitação do conflito como espaço de transformação. Vemos aqui a dificuldade que nos coloca esse termo relativo

²¹ Ver RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um mapa para os desorientados. Tradução de Henrique Araújo Costa. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, vol. 1, 2002. e KIMBERLEE, K. Kovach e LOVE, Lela. Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin. Tradução de Francisco Shertel Mendes e revisão de Arthur Coimbra de Oliveira *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Brasília, vol. 3, 2004.

ao pacificar. De fato, o uso da expressão é ambíguo, só se esclarecendo se houver uma explicitação do que se pretende com ele²².

Em suma, configura-se um tensionamento entre: uma orientação dita *reacionária* da Mediação (Avaliativa ou Conciliação) voltada para o acordo, a correção de desvios e uma paz que se caracteriza pela negação dos conflitos; e uma orientação voltada para a constituição do sujeito (via autodeterminação), transformação dos conflitos e uma paz que se caracteriza pela aceitação dos conflitos.

Essa última diferenciação é também a que está se consolidando nas diferentes propostas legislativas em torno do tema, em âmbito federal e estadual²³, não impedindo, no entanto, que contradições apareçam noutros corpos legais.

Na única regulamentação de âmbito nacional em vigor dizendo respeito à Mediação e à Conciliação, a Resolução 125/2010, está implícita a disputa que expusemos. Primeiro, utiliza os dois termos, mas abstém-se de definir e diferenciar Mediação e Conciliação no corpo de seus artigos. Em seguida, no seu Anexo I, relativo ao conteúdo programático para capacitação e aperfeiçoamento dos Mediadores e Conciliadores, sugere que estejam previstas as diferenciações entre ambos os instrumentos, dando a essa diferenciação uma importância. No Anexo III, referente ao Código de ética de conciliadores e mediadores judiciais, o mesmo para ambos, no parágrafo 3º de seu artigo 2º, por pouco não os equivale, prevendo a ausência de obrigação de resultado – devendo ele “não forçar um acordo”, “não tomar decisões pelos envolvidos (e) podendo, quando muito, no caso de conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles”. Quando chega no Anexo IV, Dados Estatísticos, propõe como

²² Demarchi (2007, p. 26), em tese sobre a Mediação no processo civil, propõe, a respeito do uso do termo pacificação, uma diferenciação. A expressão *pacificação jurídica* remeteria à “pacificação do conflito como eliminação da controvérsia posta em juízo e corresponde(ria) ao conceito tradicional de pacificação como função do Poder Judiciário”, podemos entender que corresponderia à ordem, correção, acordo; e a expressão *pacificação social* remeteria à “pacificação das pessoas em conflito pela composição de seus reais interesses. [...] (com a) obtenção da satisfação dos reais interesses das partes em conflito, que são mais amplos que o objeto do processo” e não apenas a composição da “norma de regência do caso concreto”. Neste contexto, tivemos dúvida em aplicar a diferenciação proposta por Demarchi, visto que Oliveira, por exemplo, ao falar da Mediação, assemelha-a à Conciliação e vê como sendo sua função o acordo, além da *pacificação social*; na concepção de Demarchi, parece-nos que estaria a falar de uma *pacificação jurídica*.

²³ Vide o Art. 2º do Projeto de Lei Federal 4827/98: “Para fins desta Lei, **mediação** é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.”; o Art. 6º do Projeto de Lei Estadual (SP) 632/07 “Para fins desta Lei, **conciliação** é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, nomeado pelo Tribunal de Justiça, na presença das partes, as ouve, orienta e estimula à composição de um acordo ou transação, bem como apresenta soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos, de modo consensual”; e os parágrafos 1º e 2º do art. 145 do Projeto de Lei Federal 166/10, Novo CPC: “Art. 145. [...] § 1º O **conciliador** poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 2º O **mediador** auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.” (grifos nossos).

única forma de avaliação dos serviços, quantidades (de atendimentos, de acordos etc.) e porcentagens de acordo, por atendimento, por mediador e por conciliador, equivalendo-os para esse efeito. Os anexos são *sugestões* do CNJ, deixando o tema inconcluso.

Segundo afirma o professor André Gomma em Seminário do CNJ na FAAP (jun. 2011), a Resolução foi resultado do *consenso* de diversas experiências de Mediação e Conciliação nos diversos Estados da Federação. Na Resolução, o consenso não ficou claro. Se o foco da Mediação deve estar no sujeito e não no acordo, como se colocará um mediador tendo de se sair bem numa avaliação que apenas valorizará a quantidade de acordos feitos no menor tempo possível?

Relação Mediação e Judiciário

Se esse olhar mais apurado sobre os sentidos que a Mediação adquire nesse contexto jurídico de institucionalização da Mediação levanta um campo de disputas, é consenso entre os autores que a prática da Mediação é salutar ao direito e à Justiça, apontando uma perspectiva de *transformação/renovação* e reforçando o entendimento de que a Mediação há de trazer o sujeito para a cena jurídica.

O que se percebe, no entanto, é a preocupação, por parte de alguns autores com a eventual *inadequação* da Mediação à lógica judiciária.

Nesse sentido, fala-se em *uma abismal diferença entre o modelo tradicional de resolver conflitos e o modelo proposto de mediação*. O modelo jurídico é caracterizado como *litigioso*, regido por a uma *cultura de sentença*; advoga-se a *exaustão desse modelo conflitivo/litigioso*. Por exemplo, Andrighi profere que “o contexto de formalismo e tecnicismo é inadequado para considerar sentimentos dos envolvidos em conflito” (função atribuída à Mediação com foco no sujeito) e Watanabe alerta que “o contato com o Judiciário pode transformar a mediação em mero formalismo e panacéia”. A esse formalismo associa-se a característica hierárquica do Sistema de Justiça (*sistema hierarquizado de Justiça com seus procedimentos formais e sua ritualização*), à qual foi possível, ainda, associar os vocábulos *paternalista e autoritário*, tributários de um *modelo a ser superado*.

Fala-se, além disso, em uma *tradução incorreta dos níveis psicológico, psicossocial e econômico para o jurídico*, em um *enquadre das necessidades e desejos*; atribui-se aos advogados um papel *na intensificação disputa*, pois *que não olham para a subjetividade*; acusa-se a *trama do Judiciário que desconhece individualidades e alheia homens do processo de decisão e arbítrio*; e considera-se que a *incorporação à ordem jurídica tende a constringer a participação e compreensão dos sujeitos de direitos*.

O vocabulário utilizado pelos autores pesquisados é forte. Vai desde o *não olhar*, passando pelo *desconhecimento*, a *tradução incorreta*, o *enquadre* até o *alheamento* e o *constrangimento*. Nazareth fala em *trama do Judiciário*. Atribui-se um papel ativo das práticas judiciais no *alheamento* do sujeito. Esse papel remeteu-nos a denominação utilizada por Caffé (2003), quando atribui aos procedimentos jurídicos efeitos de “dessubjetivação”²⁴.

Assim, encontramos nos argumentos dos autores três grandes características das práticas judiciais que podem dificultar a introdução da Mediação no Judiciário: a litigiosidade, o formalismo (autoritário e paternalista) e o efeito de “dessubjetivação”. Alerta-se para um uso *impróprio* da Mediação para desafogamento do Judiciário, meta quantitativa que também aparece em argumentos econômicos/administrativos e ligada à função acordo, e chega-se a afirmar que o meio judicial é *inadequado* à Mediação (na sua função referente ao sujeito), podendo mesmo *transformá(-la) em mero formalismo e panacéia*.

Analisando os sentidos negociados em torno da Mediação e o que se espera da Mediação no Judiciário, podemos dizer que o sujeito entra na cena.

Um sujeito outro, que não é o sujeito de direito, universal, abstrato, humano, mas sim um sujeito particular, com sentimentos, discernimento, poder de decisão, autonomia.

Note-se, no entanto, que a concepção de sujeito utilizada pelos próprios autores não foi esclarecida e o uso aparentemente indiscriminado dos termos sujeito, indivíduo e pessoa mereceria um trabalho de análise com esse propósito específico.

Ao invés de pensar na qualidade do sujeito em questão (sujeito psi dotado de interioridade ou sujeito de linguagem constituído socialmente etc.), consideramos mais interessante pensar em termos de efeitos de produção de um sujeito, como agenciamento²⁵.

Produção de subjetividade

Segundo os autores, as práticas judiciais têm por efeito o *alheamento*, o *constrangimento* do sujeito e a isso, a Mediação viria se contrapor. Um efeito de “dessubjetivação”, remetendo-nos a um trabalho feito por Caffé (2003) em que, a partir da

²⁴ Emprestamos esse termo de Mara Caffé (2003), que o utiliza para caracterizar a produção do conflito jurídico, que dessubjetivaria os conflitos subjetivos que dão origem à lide. Esse empréstimo será explorado mais adiante.

²⁵ “Dessa perspectiva, a subjetividade não deve, certamente, ser vista como um dado primordial e nem mesmo como uma capacidade latente de um certo tipo de criatura. Ela tampouco é algo que deve ser explicado pela ‘socialização’ [...]. Ao contrário, sugiro que todos os efeitos da interioridade psicológica, juntamente como uma gama inteira de outras capacidades e relações, são constituídos por meio da ligação dos humanos a outros objetos e práticas, multiplicidades e forças. São essas variadas relações e ligações que produzem o sujeito como agenciamento; elas próprias fazem emergir todos os fenômenos por meio dos quais, em seus próprios tempos, os seres humanos se relacionam consigo próprios em termos de um interior psicológico: [...] como eus capazes de agir como sujeitos. Uma forma melhor de ver os sujeitos é como ‘agenciamentos’ que metamorfoseiam ou mudam suas propriedades à medida que expandem suas conexões.” (ROSE, Nikolas. Inventando nossos eus. In: ELLSWORTH, Elizabeth et al. *Nunca fomos humanos: nos rastros do sujeito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2001. p.145-146).

obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr., defende a tese de que a instância judicial, ao racionalizar dogmaticamente os conflitos subjetivos (que são sempre intersubjetivos, conforme esclarece), recria-os em termos “dessubjetivados”, dando vida aos conflitos jurídicos.

A respeito desse termo, “dessubjetivação”, Caffé esclarece: “Não há conflito humano definitivamente ‘dessubjetivado’; qualquer das suas expressões comporta sempre e inevitavelmente uma experiência de subjetividade” (Caffé, 2003, p.159).

Ao utilizar a expressão *experiência de subjetividade*, Caffé remete a um entendimento, do qual compartilhamos, de que **há sempre produção de subjetividade**, sendo que a lógica judicial é um vetor possível dessa produção.

A proposta é de que o conflito jurídico é construído pelos procedimentos jurídicos, configura os conflitos subjetivos em termos jurídicos. “O conflito jurídico é assim o conflito institucionalizado segundo as regras da instituição de que se trata, e tem a propriedade singular de terminar através de ato decisório do juiz” (CAFFÉ, 2003, p. 143).

Note-se que a idéia de que a instância judicial dá vida a outra forma de conflito não é sem precedentes. Bourdieu, por exemplo, já havia caracterizado o campo judicial como

o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito directo entre partes directamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que actuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo [...]. (1989, p. 228).

Nessa direção Bourdieu apontava não para uma *dessubjetivação*, mas para uma *neutralização*: “a situação judicial funciona como *lugar neutro*, que opera uma verdadeira *neutralização* das coisas em jogo” (1989, p.227).

É esse funcionamento judicial que Caffé analisa, detectando cinco dispositivos do processo judicial a produzirem essa *dessubjetivação* do discurso conflitivo das partes. Em suma, Caffé propõe que o processo judicial instaura a produção de verdade e a comunicação objetiva e racional sob determinados moldes, instaurando uma experiência dessubjetivante do conflito com: **1.** a desapropriação do próprio discurso, que é atribuído à responsabilidade de um outro; **2.** a conformação do conflito à norma jurídica; **3.** a imposição de uma temporalidade burocrática, afastando emissão e recepção dos discursos; **4.** o dever de prova, que institui procedimentos de ‘varredura’ dos aspectos mais subjetivos presentes no discursos conflitivo inicialmente trazido pelas partes; e **5.** a transferência do ato decisório, que desresponsabiliza da tomada de decisões acerca de importantes assuntos da própria vida. Nisso, a prática jurídica orienta a ação humana para o menor grau de perturbação social possível e tendo em vista a segurança social, ou a ordem social.

Desses cinco dispositivos, ao menos quatro foram aludidos seja pelos autores analisados, seja por mediadores entrevistados na pesquisa²⁶ e que atuam no campo judicial: 1. *a incorporação à ordem jurídica tende a restringer a participação e compreensão dos sujeitos de direito*; 2. *tradução incorreta dos níveis psicológico, psicossociais e econômico para o jurídico* e em *enquadre das necessidades e desejos, contexto de formalismo e tecnicismo é inadequado para considerar sentimentos dos envolvidos em conflito*; 4. *cultura de provas*; 5. *a trama do Judiciário alheia homens do processo de decisão e arbítrio; modelo jurídico paternalista e autoritário*.

Nessa perspectiva, pudemos falar, então, da **instância judicial como vetor de produção de sujeitos/subjetividade**. Coube-nos perguntar: **que modo de subjetividade produziria?**

A partir de um referencial foucaultiano, identificamos, nessa prática judicial descrita, mecanismos disciplinares e biopolíticos²⁷, na medida em que transforma o conflito subjetivo em um conflito jurídico específico, um processo (um número, um caso); institui procedimentos de produção de verdade em torno do conflito, que há de se pronunciar por meio de jargão jurídico e ser definida pelo juiz; inscreve os sujeitos numa temporalidade própria; controla e exige a produção de provas; e orienta a ação humana diante do conflito (substituindo o conflito intersubjetivo pelo conflito jurídico), preservando uma segurança social. Mecanismos que se tornam possíveis a partir da forma jurídica do processo judicial.

Uma prática jurídica que se aproxima de uma *imagem* do direito que Fonseca vai chamar de *normalizado-normalizador*: “uma imagem do direito em que as práticas e os saberes jurídicos, ao menos em parte, funcionam como vetores e agentes da normalização efetuada sobre a vida e seus processos” (FONSECA, 2002, p. 234). Nessa, vê-se o direito “pelo aspecto dos procedimentos de dominação e de sujeição que as práticas e os saberes jurídicos fazem funcionar” (p.244)²⁸.

²⁶ Um dos procedimentos da pesquisa de mestrado, para o rastreamento do campo da Mediação, foi a entrevista com mediadores formadores de opinião no campo.

²⁷ Foucault (1977, 1988) distingue a ordem da lei da ordem da norma. Na ordem da lei, o tipo de poder operado é essencialmente coercitivo, repressivo e busca extinguir o indesejável, o ilegal. Na ordem da norma, ainda que ela possa incluir o aspecto repressivo, trata-se de uma vontade de controle, regulação e prevenção, que não se satisfaz com a pura abolição do indesejável, mas busca criar, estimular a produção de novas características corporais, sentimentais e sociais. Nessa perspectiva, encontram-se as estratégias – desenvolvidas a partir do século XVIII – do que Foucault (1985) chamou de biopolítico, de microfísica do poder: uma proliferação das tecnologias políticas que irão investir sobre o corpo, a saúde, as condições de vida, a regulação do comportamento, a normalização do prazer, enfim, sobre o espaço completo da existência do indivíduo.

²⁸ Não teremos, aqui, como desenvolver a proposta de *imagens* do direito, nem os detalhes de como as articulamos com experiências de Mediação e Conciliação, coisa que fizemos na dissertação e em artigo ainda em fase de aprovação em revista de psicologia.

Dessa forma, acreditamos poder também compreender essa experiência proporcionada pela prática judicial descrita, como uma experiência de subjetividade normalizada.

Os autores analisados propõem que a Mediação é salutar ao direito e à Justiça, apontando uma perspectiva de *transformação/renovação*. Que transformação será essa?

A Mediação, inserida no contexto judicial e voltada para o sujeito, a auto-determinação, configurar-se-ia como atitude crítica, contrapondo-se à normalização? Uma possibilidade de resistência do sujeito a sua objetivação, seu assujeitamento? Na pesquisa procuramos aprofundar essa perspectiva, buscando compreender, a partir de Foucault, se é possível pensar a Mediação como incidindo numa constituição ética do sujeito.

A análise dos sentidos negociados em torno da Mediação nos mostrou tensionamentos. Muitos deles com base em pressupostos pouco esclarecidos pelos próprios autores, como, por exemplo, o sentido atribuído à pacificação, a relação com o conflito.

Alguns eixos ficam a ser explorados²⁹. Uma Mediação que busque o acordo, a correção de desvios, a negação dos conflitos produzirá que experiências de subjetividade? E uma Mediação voltada para a aceitação e transformação dos conflitos, com foco no sujeito?

Teríamos, então, práticas de Conciliação e mesmo de Mediação, a Avaliativa, que repetiriam as práticas judiciais nos seus efeitos normalizadores? Uma repetição do mesmo?

E a Mediação, dita *pura*, aquela transformadora, produtora de uma atitude crítica, estará ela imune de governar a vida, normalizando-a?

A proposta de autonomia, se numa vertente neoliberal, tomando o sujeito como empreendedor de seu próprio destino, estará livre de realizar uma normalização? E se a Mediação adentrar nas fronteiras terapeutizantes, auxiliando os sujeitos a se adaptarem melhor, também se configurará normalização?

Ao adentrar no campo das práticas judiciais de mediação encontraremos um leque de zonas cinzentas entre a normalização e a constituição ética, repetindo na prática os dissensos do campo?

Referências bibliográficas

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: edições 70, 2003.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BRASIL. Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário. *Reforma do Judiciário: perspectivas*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 21 ago. 2007

BRASIL. Poder Judiciário – Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *I Congresso Brasileiro de Mediação Judicial*. Brasília, DF, 2008. Palestras disponíveis em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 07 mai. 2008

²⁹ Eixos explorados em artigo ainda em fase de aprovação em revista de psicologia e, em parte, na dissertação.

- CAFFÉ, Mara. *Psicanálise e direito*. São Paulo: quartier latin, 2003.
- CATÃO, Ana Lucia. *Mediação e Judiciário: problematizando fronteiras psi-jurídicas*. Dissertação de Mestrado em Psicologia Social orientada pela Dra. Maria Cristina Vicentin. PUC-SP, 2009.
- COIMBRA, Cecília. Os caminhos de Lapassade e da análise institucional: uma empresa possível. *Revista do Departamento de Psicologia – UFF*. Niterói, RJ, vol.7, n.1, jan./abr., 1995.
- DEMARCHI, Juliana. *Mediação*. Tese de Doutorado orientada pelo Dr. Roque Komatsu. FADUSP, 2007.
- DELEUZE, Gilles. *Conversações: 1972-1990*. São Paulo: Editora 34, 1992.
- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. São Paulo: EDUC, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. História da violência nas prisões*. Petrópolis, Vozes, 1977.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 7ª ed. Trad. e org. Roberto Machado. Rio de Janeiro, Graal, 1988.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I. A vontade de saber*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Graal, 1985.
- LOURAU, René. *René Lourau: analista institucional em tempo integral*. Sonia Altoé (org.). São Paulo: Editora Hucitec, 2004.
- MINAYO, Maria Cecília de S. (org.). *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. São Paulo: Hucitec, 1999.

Anexo – Relação de artigos analisados.

- ALMEIDA G., Giselle. Mediação - respeito à família e à cultura. *Revista Brasileira de Direito de Família*, set.-dez., 2000.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. A Mediação e o processo educativo. *Palestra ministrada no I Congresso Brasileiro de Mediação Judicial*, mar., 2008.
- BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: uma cultura de paz. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, 2004.
- BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: A clínica do direito e Mediação Familiar: uma cultura de paz *Revista do Advogado*, 2001; e *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, 2004
- BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. Novo desafio do direito de família contemporâneo: mediação familiar. *Revista Centro de Estudos Judiciários*, Porto Alegre, jun., 2005.
- MAURIQUE, Jorge Antonio. Mediação e Direito de Família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, Petrópolis, v.3, 2001.
- NAZARETH, Eliana Riberti. Psicanálise e mediação – meios efetivos de ação. *Revista do advogado*, mar., 2001.
- OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Justiça do diálogo, uma análise da produção extrajudicial e da produção de justiça. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social*, vol.4, n.2, abr.-jun., 2011.
- SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. O moderno conceito de acesso à Justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos – A mediação e a escolha do mediador. *Revista Forense*, nov.-dez., 2004
- SCRIPILLITI, Marcos Scarcela Portela e CAETANO, José Fernando. Aspectos relevantes da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, jan.-abr., 2004.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V. A mediação como forma alternativa de solução de conflitos. *Revista dos Tribunais*, mai., 1998.
- MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, set.-dez., 2004.
- ROMÃO, José Eduardo Elia. A mediação como procedimento de realização de justiça no âmbito do estado democrático de direito. *Revista dos Juizados Especiais*, jul.-dez., 2001.
- WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. *Série Cadernos do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal*, vol. 22, 2002.