

Mediação e Conciliação: Duas práticas distintas, dois paradigmas diversos

Tania Almeida

Médica. Pós Graduada em Neuropsiquiatria, Psicanálise e Sociologia. Mestranda e docente em Mediação de Conflitos e em Facilitação de Diálogos. Preside o MEDIARE – Centro de Administração de Conflitos.

Introdução

A chegada da Mediação à cultura brasileira vem se fazendo com vagar. Um dos desafios deste percurso é estabelecer uma adequada distinção em relação à Conciliação, instrumento de resolução de conflitos já praticado antes do advento da Mediação. Por objetivar resultados semelhantes, Mediação e Conciliação possibilitam ser tomadas como sinônimos.

Como a cultura mundial caminha em direção à ampliação dos métodos de acesso à Justiça, é interessante que possamos então conhecer esta diferenciação com clareza. Visa o sistema multiportas de acesso à justiça - disponibilização de diferentes métodos - poder ampliar o número de portas de que dispomos e, sobretudo, adequar o encaminhamento de nossas questões à que for mais eficaz.

Esse é um dos benefícios dos sistemas multiportas de acesso à Justiça e resolução de conflitos: adaptar a questão existente ao instrumento de resolução que ofereça maior eficácia. Se tivermos dois ternos no armário, precisamos eleger um ou outro para ocasiões que demandem o uso de traje formal. Se ampliarmos o número de ternos, podemos adequar o modelo ao evento, à temperatura e ao horário da ocasião, assim como à maior ou menor formalidade exigida.

Apesar da finalidade conciliatória em comum, Mediação e Conciliação guardam distinções tão nítidas em seus propósitos e em seu alcance social que vale a pena, nesse momento em que ambas se encontram no mesmo cenário, destacá-las.

A construção de acordos proposta pela Conciliação e o privilégio da desconstrução de conflitos pretendida pela Mediação

Tanto a Mediação como a Conciliação têm por objetivo auxiliar pessoas a construírem consenso sobre uma determinada desavença. A Conciliação tem nos acordos o seu objetivo maior e, por vezes, único. A Mediação não tem na construção de acordos a sua vocação maior e, de maneira alguma, seu único objetivo.

A Mediação privilegia a desconstrução do conflito e a conseqüente restauração da convivência pacífica entre pessoas.

Sabemos que a construção de acordos não garante dirimir o conflito entre partes e que, por vezes, o acirra. Reside no restauro da relação social e na desconstrução do conflito entre litigantes a base da pacificação social. A permanência do conflito possibilita a construção de novos desentendimentos ou de novos litígios; esgarça o tecido social entre as pessoas envolvidas em uma discordância e entre as redes sociais que as apóiam e das quais fazem parte. A permanência do conflito é, portanto, terreno fértil para manter em ebulição a possibilidade de novas discórdias e o ânimo de desavença entre os grupos sociais de pertinência dos litigantes.

Por dedicar-se ao restauro da relação social e à desconstrução do conflito – que lhe conferem caráter preventivo de amplo alcance social -, a Mediação vem sendo considerada o método de eleição para desacordos entre pessoas cuja relação vai perdurar no tempo – seja por vínculos de parentesco, família, trabalho, vizinhança ou parceria.

A busca da satisfação individual pretendida na Conciliação e a procura da satisfação mútua demandada pela Mediação

A Mediação propõe uma mudança paradigmática no contexto da resolução de conflitos: sentar-se à mesa de negociações para trabalhar arduamente no atendimento da *demanda de todos* os envolvidos no desacordo. Na Conciliação as partes sentam-se à mesa em busca, exclusivamente, do atendimento de suas *demandas pessoais*.

A Conciliação guarda ainda uma sintonia com o paradigma adversarial que rege toda *lide*, recebendo partes voltadas a encontrar uma solução que melhor as atenda, sem se importar com o nível de satisfação que o outro lado venha a ter. Algumas vezes, até, os sujeitos das mesas de Conciliação entendem como ganho a insatisfação que o resultado possa provocar na outra parte.

As pessoas que participam das mesas de Mediação são convidadas, antes

mesmo do início do processo (Pré-Mediação), a trabalharem em busca de satisfação e benefício mútuos. Por se tratar de instrumento recente, e pautado na autonomia da vontade, a Mediação é antecedida por uma etapa universalmente chamada de Pré-Mediação – que esclarecerá sobre os procedimentos e os princípios éticos, assim como sobre as mudanças paradigmáticas propostas pelo instrumento.

Na Pré-Mediação, um mediador ouve os envolvidos sobre o motivo que os traz à Mediação, a fim de identificar se a escolha do instrumento é pertinente e eleger um mediador que guarde independência com as partes e com o tema. Nesta etapa, é feito o convite para um trabalho que visa atender interesses e necessidades de ambas as partes e para uma consequente postura de diálogo – não de debate, e de colaboração – não de competição. Iniciam a Mediação somente as partes que se identifiquem com disponibilidade para essa mudança paradigmática.

A repercussão das soluções sobre si mesmo cuidada pela Conciliação e a repercussão das soluções sobre terceiros, investigada pela Mediação

A busca da satisfação própria pretendida pela Conciliação favorece a uma postura que analisa, objetiva e subjetivamente, custos e benefícios do acordado sobre si mesmo. É nessa avaliação, primordialmente, que se baseia o grau de satisfação obtido com os resultados do processo de Conciliação.

Os mediadores devem auxiliar as partes a avaliar de modo objetivo e subjetivo a relação custo-benefício sobre si mesmas e, em especial, sobre terceiros indiretamente envolvidos. Ou seja, todos aqueles não presentes à mesa de negociações - filhos, funcionários, comunidade, parceiros comerciais ou afetivos - que terão que administrar, também, custos e benefícios do que for acordado.

Diferentemente da Conciliação, a realização do processo de Mediação em mais de uma reunião é prática usual e permite que as partes possam conversar com seus pares e com sua rede social para com eles avaliar o alcance dessas repercussões.

A co-autoria de soluções construída pelas partes e pelo conciliador e a privilegiada autoria das partes perseguida pelo mediador

Há condutas que são esperadas e desejadas na prática de um conciliador e que

para um mediador têm veto ético. Espera-se que o conciliador ofereça sugestões e propostas de acordo, assim como marcos legais do que está sendo negociado. O acordo construído na Conciliação tem, portanto, a co-autoria do conciliador e das partes.

A Mediação foi pensada de modo a devolver às partes o protagonismo sobre suas vidas no que concerne à solução de suas contendas. Distancia-se do modelo paternalista que fomenta a idéia de que um terceiro, com maior conhecimento ou poder, encarregar-se-á de solucionar desavenças entre aqueles que não conseguirem fazê-lo por conta própria e procura restaurar a capacidade de autoria.

O propósito de auxiliar os sujeitos a exercerem a autoria obstina a prática da Mediação nessa direção. As partes deverão ser autoras da escolha da Mediação como recurso e da permanência no processo (ou não), bem como ser co-autoras das soluções de sua contenda.

Esse propósito está regido pelo princípio da autonomia da vontade e pune eticamente os mediadores que o descumpram. Está vetado aos mediadores sugerir, opinar ou propor qualquer possibilidade de solução. Eles são treinados na *arte de perguntar* com o objetivo primaz de gerar informações para as partes, uma vez que serão elas as autoras das soluções.

A exemplo do diálogo socrático, um mediador precisa auxiliar as partes a parirem suas idéias e a se darem conta de que a solução que melhor as atende pode – e deve – ser construída a partir do próprio saber e conhecimento sobre as suas reais necessidades.

Essa é uma característica que legitima o termo *negociação assistida*, freqüentemente usado para se referir à Mediação. O mediador atua como um *facilitador do diálogo* entre pessoas a fim de que a negociação direta entre elas possa ser restabelecida.

O atendimento monodisciplinar utilizado pela Conciliação e a abordagem multidisciplinar proposta pela Mediação

Na Conciliação, atuam como terceiro imparcial os profissionais da área do Direito, primordialmente e, mais recentemente, profissionais de áreas como Psicologia e Assistência Social. Em função disso, e dos propósitos que norteiam a Conciliação, a análise do conflito e, inevitavelmente, a condução desses diálogos tendem a ser

monodisciplinares.

A Mediação propõe o trabalho em dupla de mediadores (co-mediação) visando favorecer a complementaridade de conhecimentos e de gênero, tanto no que diz respeito à análise do conflito quanto à condução do diálogo.

Por ser uma transdisciplina – perpassando o Direito, a Psicologia, a Antropologia, a Filosofia e a Sociologia –, a Mediação apregoa que o olhar de análise para desentendimentos e *lides* deva ser multidisciplinar. Dessa forma, convida os mediadores a atuarem regidos por uma lente multifocal que viabilize reconhecer e articular os diversos fatores – sociais, emocionais, legais, financeiros, entre outros – que componham as desavenças.

As nuances multifatoriais dos desentendimentos deverão também orientar as perguntas dos mediadores de modo a auxiliar as partes a articulá-las nas soluções propostas.

O presente e a culpa focados na Conciliação; o futuro e a responsabilidade social objetivados pela Mediação

A Conciliação tem sua ocorrência motivada pela identificação de responsabilidades em evento(s) ocorrido(s) no passado e pela correção presente de suas conseqüências. Ela explora o ocorrido, confere juízo de valor ao fato e à participação de seus atores, assim como propõe a criação de soluções reparadoras e corretivas.

A Mediação não se volta à culpa pelo ocorrido, mas sim à visão prospectiva: como fazer para evitar que a motivação do evento passado não volte a ser manejada como foi e sim de maneira que as relações permaneçam preservadas - *como atacar as questões sem atacar as pessoas*.

A proposta de olhar para o futuro sem atribuir juízo de valor ao ocorrido, nem a seus atores, auxilia as partes a perceberem suas diferentes contribuições na construção do desacordo ou problema e suas possíveis ações futuras em direção contrária. Distancia as pessoas das idéias cartesianas de correto-e-incorreto e autor-e-réu, fomentadoras de uma postura adversarial e conseqüentemente punitiva, e as convida para ações cooperativas, regidas pela co-responsabilidade no trato cuidadoso de fatos

futuros, fomentador da pacificação social.

A pauta objetiva destacada pela Conciliação e a pauta subjetiva privilegiada pela Mediação

Coerente com a proposta de obter acordos entre as partes, a Conciliação privilegia a pauta objetiva – a matéria, a substância - que o conflito entre elas produziu. As questões que tenham tutela jurídica e as propostas materiais são foco de especial atenção na Conciliação, o que estimula as partes a terem nestes temas o objeto de sua atenção ao procurarem o instrumento.

Conflitos são produzidos por pessoas em interação e incluem, na totalidade dos casos, a emoção – a necessidade de demonstrar que se tem razão, de receber do outro um pedido de desculpas, de cuidar da auto-estima maculada pelo destrato que a postura do outro provocou, tudo isso em via de mão dupla. Esse é o cenário que produzirá os desentendimentos futuros, portanto novas *lides*, se não for incluído como objeto de trabalho e desconstrução. Cuidar da substância e do cenário que motivou o desentendimento, da matéria e da relação entre as partes, é a proposta inclusiva da Mediação.

Assim ganha destaque a desconstrução do conflito na Mediação e, conseqüentemente, a pauta subjetiva sempre incutida nele. Mediadores atentos a isso sabem que a construção de uma solução em co-autoria das partes, norteada pela ação colaborativa que possibilite criar alternativas de satisfação e benefício mútuos, somente será possível se o conflito for anteriormente desconstruído.

A jovialidade em relação à Conciliação permite que a Mediação se constitua transdisciplinar, norteador contemporâneo dos instrumentos de ação social. Menos voltada para a aparente urgência das questões materiais, e mais atenta para uma análise global dos desentendimentos, a Mediação pode usufruir de todos os saberes que constituem sua base e construir um espectro mais abrangente de atuação.

A publicidade que caracteriza a Conciliação e a confidencialidade proposta pela Mediação

A publicidade do processo judicial estende-se à Conciliação, seu instrumento-

parceiro na composição de *lides* e de desentendimentos. Já a Mediação nasceu regida pelo princípio da confidencialidade – por meio do qual ficam vetadas a divulgação e a utilização das explanações e informações trazidas à Mediação em qualquer outro fórum.

O pilar da confidencialidade na Mediação confere uma moldura de confiança para as partes, possibilitando-lhes aceitar o convite de ter na boa-fé um norteador para a sua postura durante o processo mediador.

Está sob a tutela das partes a extensão da confidencialidade na Mediação. São elas que decidirão, no início do processo e a cada reunião, conjunta ou privada, o que deverá ser mantido sob sigilo.

O princípio da confidencialidade não só favorece o desnudamento necessário às negociações e às conversas pautadas pela boa-fé, como permite que pessoas físicas e jurídicas sejam preservadas pelo sigilo. Sabemos o quanto a publicidade de desentendimentos e acordos pode ser, por si só, desfavorável para a continuidade da relação social ou empresarial entre partes.

Os pareceres técnicos na Conciliação e na Mediação

Do conciliador, espera-se o aporte legal sobre a matéria que for objeto da Conciliação e a busca de outras informações técnicas que o alimentem na condução do processo conciliatório. Na Mediação, há o impedimento ético da oferta de visão técnica, de qualquer natureza, sobre o(s) tema(s) mediado(s). Mesmo que a profissão de origem do mediador lhe confira o conhecimento técnico relativo à matéria trazida à mediação, ele está eticamente impedido de oferecê-lo.

Este especial cuidado com a prática da neutralidade e da imparcialidade do mediador não o impede, no entanto, de assinalar a necessidade de pareceres técnicos quando identificar que eles são fundamentais para auxiliar as partes em seu poder decisório. Neste caso, o mediador estaria eticamente obrigado a cuidar do nível balanceado de informações de *todas* as partes, uma vez que elas serão as autoras da solução. O parecer técnico legal – assessoramento legal e revisão legal do acordado – é sempre *recomendado* pelos mediadores e *imprescindível* quando a matéria inclui aspectos legais.

Na Mediação, a interlocução com os técnicos de qualquer natureza – advogados, contadores e demais especialistas – é com as partes e não com o

mediador. Esse procedimento obedece ao mesmo princípio que alimenta a autoria: equipar as partes com as informações necessárias rumo a uma boa qualidade decisória.

Os advogados das partes na Conciliação e na Mediação

Na Conciliação, os advogados mantêm a mesma postura antagônica que norteia suas condutas nos processos judiciais, aos quais a conciliação está atrelada. Atuam como defensores dos interesses de seu cliente e como seu porta-voz. Mantendo coerência com o cenário da Conciliação, conforme descrito anteriormente, os advogados buscam obter a satisfação do seu cliente, independente do ônus que isso provoque na outra parte ou da possibilidade da outra parte para atender à demanda.

A Mediação propõe uma mudança de paradigmas, tanto na postura das partes como na dos advogados. Como se pretende que sejam as partes as autoras da solução, transfere-se para elas a voz na Mediação. Senta-se à mesa quem tem poder decisório, representando a própria voz. A Mediação solicita que a representação seja exceção. Quando a voz é transferida para as partes, também é preciso transferir para elas o conhecimento sobre a matéria mediada. O conhecimento sobre a pauta subjetiva, anteriormente referida, somente as partes têm. O conhecimento sobre a pauta objetiva será buscado com aqueles que o detêm – advogados ou outros técnicos.

Para manter coerência com essa proposta, os advogados passam de *defensores* a *assessores legais* do seu cliente, oferecendo a margem legal do que está sendo negociado. Eles também atuam como *assessores técnicos*, no auxílio da escolha do mediador no âmbito privado; e *consultores*, na identificação dos interesses e necessidades da outra parte, visando propor soluções de benefício e satisfação mútuos.

Essa mudança paradigmática alimenta a idéia da Pré-Mediação, fase em que todos estes pressupostos são esclarecidos para as partes e seus advogados. Nela, a descrição e a divulgação dos princípios e da ética que regem a Mediação possibilitam que partes e advogados identifiquem sua disponibilidade para atuarem segundo os seus parâmetros.

Conclusão

Pela competição, mantemo-nos tão assertivos em busca da satisfação pessoal

que desconsideramos necessidades e interesses do outro. Pela concessão, fazemos o oposto: atendemos aos interesses e às necessidades do outro mais do que aos nossos, cedendo e concedendo. Pela colaboração, mantemos a assertividade em direção aos nossos interesses e necessidades e fazemos o mesmo na busca de atender aos interesses e às necessidades do outro. A colaboração é a postura de atuação solicitada na Mediação.

Construir uma solução pautada na satisfação mútua não implica em ceder ao que o outro deseja, mas sim atuar de modo cooperativo, mantendo a assertividade em duplo sentido. A ação colaborativa solicitada pela Mediação é que viabiliza a construção de acordos pautados no benefício recíproco. Ela convida as partes a pensarem, simultaneamente, em si mesmas e no outro.

Por sua contemporaneidade, a Mediação se aproxima com vigor dos princípios da *Construção de Consenso*, instrumento pautado na autocomposição com sustentabilidade das diferenças. A construção de consenso possibilita criar soluções de mútuo benefício na vigência de desacordos e tem como regra primeira a *possibilidade de manter-se em desacordo – mesmo em desacordo necessitamos criar uma solução que nos atenda mais e melhor do que a situação vigente*. É instrumento de eleição para os mercados comuns, as políticas públicas e a política internacional. As relações continuadas no tempo se beneficiam, significativamente, de seus princípios.

São os princípios – aquilo que serve de base, de pilar, de raiz, a proposição fundamental – que diferenciam Conciliação e Mediação, não os seus propósitos. Os princípios regem as nossas ações e distinguem seus propósitos daqueles advindos de práticas semelhantes. A experiência e o conhecimento recriam e aprimoram as nossas ações.

A leitura comparativa oferecida ao longo deste artigo está pautada nas distintas peculiaridades que regem ambas as práticas – Conciliação e Mediação – a partir da elucidação de seus princípios.

Estabelecer uma clara distinção entre Conciliação e Mediação possibilitará que nossa cultura integre mais um instrumento de acesso à justiça ao seu sistema multiportas, assim como possibilitará que nos beneficiemos de ambos os recursos e de suas diferenças.