XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F724
Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-343-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Solução de Conflitos. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

A vigésima quinta edição do Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, finalizando o ano de 2016 na cidade de Curitiba, Paraná, oportuniza o debate sobre as formas consensuais para a solução de litígios, acompanhando o movimento que parte do incômodo da duração dos processos judiciais e da insistente cultura da litigiosidade.

O Grupo de Trabalho designado "Formas consensuais de solução de conflitos II" foi conduzido pela apresentação de importantes estudos, congregando pesquisas produzidas pelos diversos cantos do país, indicando uma preocupação uníssona para com os mecanismos de solução dos conflitos, seja na sua formação de constituição, seja na sua condução para aplicação dentro e fora do Poder Judiciário, ainda mais após o impulso dado pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2010) e consolidado pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), ao oficializar os institutos da conciliação e da mediação como parte de um momento do processo jurisdicional.

As pesquisas apresentadas transitam por diversos olhares que contribuem para a construção de uma visão sistêmica das ações (e de seus fundamentos) que compõem o cenário da solução dos conflitos, ainda que constitua uma sistematização informal representada por uma diversidade de encaminhamentos que têm por ponto em comum a atenção voltada a um resultado adequado no plano material e na vida de pessoas, grupos e da própria sociedade.

Nesse caminho, os textos científicos analisam o fenômeno do conflito, em diversas dimensões, e das principais formas consensuais de sua resolução adequada para construção de uma comunicação efetiva e a pacificação social.

Na mira de implementar o acesso à justiça, alguns trabalhos tiveram como ponto em comum a mediação, abordando em uma perspectiva interdisciplinar com enfoque nos elementos estruturais, técnicas e habilidades para sua implementação, bem como nas especificidades funcionais e nos distintos âmbitos que se aplica.

Adentrou-se em práticas judiciais e extrajudiciais com a mediação, por meio de uma análise crítica das experiências, de sorte a demonstrar aspectos que devem servir de parâmetros na promoção deste método para cultura de paz.

Outro mecanismo para de resolução adequada de conflitos no contexto da punição que foi estudado é a justiça restaurativa, destacando as diferenças com a Justiça Retributiva e o relevo do empoderamento dos envolvidos a partir do reconhecimento recíproco ao proporcionar uma ressocialização eficaz.

De igual modo, foi destacada a conciliação com ênfase nas demandas que envolvem o Estado, buscando estabelecer os contornos de sua aplicação tendo em vista a indisponibilidade do interesse público e a legitimidade do agente público para sua promoção.

Em atenção aos interesses coletivos "lato sensu", enfatizou-se o termo de ajustamento de conduta como relevante instrumento de eficácia social das normas jurídicas na medida em queproporciona uma harmonização do comportamento ao sistema jurídico, através de compromisso assumido pela parte, sob pena de astreintes, perante ente público legitimado.

Dessa forma, os estudos ora produzidos convidam a repensar a forma de tratamento dos conflitos, mormente tendo em vista a sua complexidade na sociedade contemporânea, sendo de grande relevo a utilização de instrumentos consensuais de cooperação e compartilhamento da prestação jurisdicional para a efetivação da democracia participativa.

Parabéns AO CONPEDI e à UNICURITIBA pela idealização e organização de um evento da magnitude que foi o XXV Congresso Nacional, inclusive pela seleção de trabalhos científicos que despontam temas relevantes e atuais na seara jurídica. Congratulações aos a todos os pesquisadores autores que, na contribuição de sua individualidade, fazem da somatória de esforços a representação da pesquisa científica do Direito e sua permanente evolução.

Desejamos que a leitura dos estudos provoque as necessárias reflexões sobre os temas propostos e reforcem a importância de se prosseguir na investigação de caminhos possíveis para a pacificação individual e social, conduzindo as pessoas e o país para a superação dos embates pessoais, coletivos e institucionais.

Profa. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e Professora Adjunta IV da Universidade Federal de Sergipe - UFS.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente e coordenador do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais da Universidade Paranaense – UNIPAR

POR UMA EFETIVIDADE DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA RESOLUÇÃO DO CONFLITO ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO

FOR A PARTICIPATION OF EFFECTIVENESS IN SOCIAL CONFLICT RESOLUTION THROUGH MEDIATION

Henrique Nunhes Meyer

Resumo

A população consolidou a implantação do monopólio jurisdicional, sendo o Estado responsável por decidir todo e qualquer conflito. Porém, hodiernamente a tutela jurisdicional requesta soluções eficazes e céleres aos processos. O monopólio estatal com o seu formalismo processual, não é capaz de dar soluções justas para os casos sob o manto da defendida “cognição plena e exauriente”. É necessária uma atuação audaciosa por parte dos operadores do direito fomentando novas práticas de resolução de conflitos, viabilizando a coparticipação de todos na produção do provimento jurisdicional célere e eficaz, sem, no entanto, desvirtuar-se o controle do poder efetivado pela tripartição.

Palavras-chave: Estado de direito, Resolução de conflitos, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

The population has consolidated the implementation of a national monopoly, with the State responsible for deciding any conflict. However, in our times the legal protection requesta effective and rapid solutions to processes. The state monopoly with its procedural formalism, is not able to give fair solutions for cases under the cloak defended the "full cognition and exauriente". a bold action on the part of law enforcement officers is needed fostering new ways of conflict resolution, enable the joint participation of all in the production of effective and expeditious judicial act, without, however, detracting up control of power effected by tripartism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rule of law, Conflict resolution, Mediation

INTRODUÇÃO

Os conflitos de interesses acompanham a história da humanidade em detrimento as necessidades e a ambição do individuo em busca da idealização da vida. A partir de um momento histórico viu-se a necessidade da criação de um ente organizacional, capaz de garantir as pretensões legítimas de seus pertencentes, controlar os anseios anômalos e não convincentes, manter a ordem e o interesse da maioria.

Tal ente organizacional é denominado Estado, fruto da própria vontade soberana do ser humano de viver em sociedade. A criação das normas jurídicas se torna instrumento hábil no controle dos conflitos sociais, tendo o Poder Judiciário "campo" de aplicabilidade da ordem positivista, imiscuindo-se de fatos e valores sociais. Contudo, ressalta-se que o pensamento humanístico advoga na defesa dos comportamentos éticos morais voltados a liberdade de pensamento e criação da fraternidade e tolerância entre os diferentes voltando ao resguardo e ao respeito do bem estar e da dignidade humana.

O humanismo fundamenta-se fora da concepção de direito e de Estado que conhecemos, ou seja, antecede a norma positivada, orientando-se "no âmbito da ética, da natureza humana, do direito natural ou dos valores.

Frente ao incentivo das formas alternativas de solução do conflito, requer aos operadores do direito a necessidade de mudança a adaptação a nova diretriz processual, assim sendo, o presente artigo realiza uma panorama sobre a formação do Estado de Direito e as novas tendências de solução de conflitos pautadas na mediação e de cooperação mútua entre os indivíduos por meio da concepção habermasiana do agir comunicativo, do qual, viabilizam a comparticipação das partes na produção do provimento jurisdicional, afastando a responsabilidade do Estado em julgar todo e qualquer conflito.

1 A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

O Estado para Francesco (CARNELUTTI, 2003, p. 333) é produtora de direito, assumindo um dever imposto pela própria sociedade através na promoção de direitos e normatização dos mesmos, essa produção de direito produzido por uma ordem máxima e soberana chama-se lei.

A produção legislativa, não é a única função do qual a ordem soberana, o Estado exerce a produção do direito também em sua atividade judicante. Deste modo, temos além de um Estado legislador, um Estado juiz.

Nesse sentido, Hans Kelsen, (1992, p.160) acentua que:

> Os juristas não são profetas nem possuem vocação messiânica. Por isso não correm risco de sentir-se responsável pelo mal e o sofrimento que podem advir de suas ações. Não correm esse risco porque, quando faz uso do tempo futuro, a arte de fazer justiça não avalia nem prediz da mesma forma que as demais ciências. O Direito implica "imperativo ou comando, isto é, o que a autoridade criadora de normas quer dizer (ou seja, o que ela prevê) é, simplesmente, que a sansão "deve" ser executada contra um infrator quando as condições para a execução forem concretizadas.

Cada vez mais, estamos diante de um paternalismo por parte do Estado, fenômeno este que, realça o aumento da independência dos indivíduos perante o Estado. Nesta esteira, Barroso salienta que:

> A interferência de um Estado ou indivíduo sobre outra pessoa contra a sua vontade, defendida ou motivada com a justificativa de que a pessoa cuja vontade foi restringida ficará em melhor situação ou será mais bem protegida de algum dano (BARROSO, 2013, p. 190).

Evidenciando esse paternalismo, Carlos Ayres Britto, destaca que:

> [...] Toda essa perspectiva do humanismo até hoje conserva o seu originário caráter político-civil de prevalência do reino sobre o rei. Que outra coisa não significou senão a consubstanciação de três paulatinas e correlatas ideias-força: a) o Direito por excelência é o vinculado por uma Constituição Política, fruto da mais qualificada das vontades normativas, que é a vontade jurídica da nação; b) o Estado e seu governo existem para servir à sociedade; c) a sociedade não pode ter outro fim que não seja a busca da felicidade individual dos seus membros e a permanência, equilíbrio e evolução dela própria (BRITTO, 2012, p. 21).

Não há possibilidade de se mensurar a quantidade de leis necessárias para regular os atos civis do homem em sociedade. O fenômeno social não deve ser tratado como dogmatismo, mas sim como senso moderado. Neste sentido, Pasukanis enuncia que:

> O direito enquanto fenômeno social objetivo não pode esgotar-se na norma, seja ela escrita ou não. A norma como tal, isto é, o seu conteúdo logico, ou é deduzido diretamente de relações preexistente, ou então representa quando promulgada como lei estatal, um sintoma que nos permite prever, com uma certa verossimilhança, o futuro nascimento de relações correspondentes para afirmar a existência objetiva do direito não sendo suficiente conhecer o seu conteúdo normativo, mas é necessário saber se este conteúdo normativo é realizado na vida pelas relações sociais. A fonte habitual de erros neste caso é o modo de pensar dogmático que confere, ao conceito de norma vigente, uma significação especifica que não coincide com

> aquilo que o sociólogo ou o historiador compreendem por existência objeto do direito (PASUKANIS, 1988, p. 57).

Não se pode atribuir ao Direito a característica de imutabilidade, vez que o constante progresso social exige um sistema jurídico capaz de garantir a todos a proteção de seus direitos fundamentais, livrando-se do positivismo desacerbado e voltando-se para a aplicabilidade de normas gerais.

Com efeito, além do Estado normatizador, vislumbram-se dificuldades na função jurisdicional do Estado, uma vez que a Constituição Federal prevê o dever de proteger e amparar qualquer ameaça a direito, motivando o aumento espantoso das lides aos auspícios do órgão jurisdicional.

Fábio Ulhôa Coelho aduz sobre a formação das normas jurídicas:

> O modo de produção em que se traduz a evolução do domínio do homem sobre a natureza, e os antagonismos das classes sociais fixam as balizas em cujo interior se desenvolve o trabalho mental de homens concretos de que resultam as normas jurídicas. Não há uma determinação mecânica, mas um condicionamento estabelecido de limites para a vontade humana. A norma jurídica, nestes termos, é e não é uma expressão desta vontade (COELHO, 1992, p. 4).

O Estado toma para si o monopólio da jurisdição atribuindo-se assim no direito e no dever de decidir sobre litígios, intervindo nas relações interpessoais privadas, a fim de estabelecer a paz social de forma exclusiva. Hoje em dia o sistema judiciário passa a reinar absoluto como único meio eficaz de impor regras de tratamento de conflitos.

2 O MONOPÓLIO JURISDICONAL BRASILEIRO

Infelizmente, litiga-se por tudo no Brasil, a Constituição Federal de 1988 constitui um Estado Democrático de Direito formalizando uma gama de direitos, e uma abertura do Poder Judiciário Assim sendo, questões que anteriormente poderiam ser resolvidas apenas com o bom senso das partes são remetidos de forma desenfreando ao Poder Judiciário transformam-se em conflitos intermináveis baseado nas polarizações de direitos e mais direitos, esquecendo que atrás daqueles imensos autos corre uma angustia e um desespero de uma ou mais pessoas que almejam desesperadamente uma resposta do Estado.

Assim sendo, na proporção que a Constituição de certo modo chama para si a responsabilidade de proteger e amparar qualquer ameaça a direito, aumenta-se de forma espantosa os números de litígios remetidos ao órgão jurisdicional. Criando assim o que podemos dizer de crise no Poder Judiciário.

Apesar da consagração destes princípios em nossa Lei Máxima, não foi possível impedir que a crise no Poder Judiciário obstaculizasse o acesso à justiça para grande parte da sociedade brasileira. Nesta esteira, Fernando da Fonseca Gajardoni, comenta que:

> Além disso, mesmo diante de conflitos, direitos e garantias já conhecidos, há muito contemplado no direito material, o fato é que o processo tradicional não tem sido capaz de solucionar tempestivamente os impasses e assegurar eficazmente as situações jurídicas de vantagem.

Ada Pellegrini Grinover aponta as causas referentes ao desenfreado número de processos judiciais que eclodem face aos conflitos sociais existentes:

> A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; [...] a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do Direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais (GAJARDONI, 2003, p.94)

Diante do monopólio constitucional da tutela jurisdicional do Estado, torna-se inviável o controle jurisdicional dos conflitos inerentes a violação de diretos gerados pela atividade legislativa do Estado, posto que as demandas atuais exigem, além da segurança jurisdicional, uma celeridade por parte do órgão judicial.

Segundo Mauro Cappelletti, para combater esses males, torna-se necessário uma força motriz da energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental, deixando evidente que, é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos.

Ainda, o mesmo autor salienta uma extrema necessidade de mudança comportamental da justiça, veja-se:

> [...] substituição da justiça contenciosa por aquele que denominei de justiça coexistencial, isto é, baseada em formas conciliatórias. A justiça contenciosa é boa para as relações de tipo tradicional, não para aquelas cada vez mais típicas e frequentes nas sociedades contemporâneas, nas quais assumiram grande importância as que os sociológos denominam de *total institutions:* 'instituições integrais' no sentido de que, enquanto membros de várias comunidades econômicas, culturais, sociais, somos constrangidos a passar nelas grande parte de nossa vida e atividade: fábricas, repartições públicas, escolas, bairros, etc. (CAPPELLETTI, 1988, p.10)

Nesse panorama atual, podemos dizer que, estamos em uma crise de existencialismo, uma vez que, os valores intrínsecos do ser humano capazes de lidar com os conflitos sociais estão acabando, desta forma, cada vez mais estamos presenciando uma dependência do Estado em resolver o conflito.

Na medida em que os litígios da sociedade são infinitos, as formas de solução/administração/tratamento destes conflitos de interesses são finitos. Caberia sim o Estado tomar medidas cabíveis tornando assim o Poder Judiciário célere e eficiente. Contudo, no panorama atual, temos um Estado ineficaz e que pouco faz, de modo que, o Estado tornar – se um dos maiores clientes desse Poder Judiciário.

Tratar o conflito judicialmente significa atribuir somente ao magistrado o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. Assim sendo, o Judiciário não é capaz de eliminar os conflitos sociais, mas sim apenas, decidir o que lhe foi demandado.

Os conflitos sempre fizeram parte da natureza intrínseca do ser humano, sob a perspectiva conceituada por Francesco Carnelutti, do qual destaca que:

> [...] a atualidade do conflito traduz-se no fato de os interesses opostos terem provocado um comportamento exterior dos sujeitos comportamento que consiste numa manifestação da respectiva vontade, nele se revelando o conflito. Em outras palavras: a atualidade do conflito de interesses revela-se pelo fato de se traduzir em um contraste de vontade (CARNELUTTI, 1999, p.109)

Desde os primórdios da inserção social do homem, suas necessidades suscitam um sentimento motivado de ambição em busca de uma vida idealizada, o que muitas vezes faz com que ele não meça esforços em satisfazer suas paixões e desejos. Essa busca desenfreada do ser humano resulta-se quase sempre em conflito. Contudo, cada vez mais estamos perdendo o valor intrínseco humano em dirimir seus próprios conflitos, desta forma, se faz necessários o realce da dignidade da pessoa humana, com o intuito de torna-se fator culminante para um novo panorama.

Nesse sentido, Barroso ressalta que:

> [...] É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade da pessoa humana é, em primeiro lugar, um valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concebido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável. [...] (BARROSO, 2013, p.76).

Bruno Miragem citando Zygmunt Bauman, salienta que:

> O desenvolvimento tecnológico do ultimo século acompanhado pelo desenvolvimento dos meios de informações e comunicação traz consigo, segundo diversos estudos, o colapso da ordem em todos os seus níveis teóricos – global, nacional, institucional, ambiental – até a ausência da visão de uma boa sociedade capaz de dispor de um consenso (MIRAGEM, 1998, p. 246-247).

Assim sendo, conflitantes quase sempre, são ineficazes na composição de seus conflitos, gerando atrito nas relações sociais, assim como, incidência de violência, ódio e rancores entre as partes, tornando-se impossível a mantença da continuidade relacional anteriormente formada antes da propositura do conflito de interesses.

Neste assunto, Barroso admite que:

> [...] Do valor intrínseco do ser humano decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiniano do homem como um fim em si mesmo, e não com como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; o segundo, na ideia de que o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. [...]. (BARROSO, 2013, p. 76)

Neste panorama, se faz necessário uma descodificação do Direito, abrangendo de fato, uma repercussão e um tratamento mais humano das ciências jurídicas aos anseios da sociedade.

3 A SOCIEDADE COMO COLABORADA DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Alessandro Severino Vallér Zenni, comenta que:

> [...] preconiza a terceira etapa do raciocínio jusnaturalista propondo um contrato social, em que a maioria da população passava a auto governar-se, entregando a cada um dos membros signatários do contrato, indelevelmente, seus direitos naturais, que serão garantidos, agora, pela vontade geral dos associados. De outro vértice, os associados, obedecendo ao soberano a si mesmo estão devendo obediência, razão por que não há nenhuma garantia ou direito de resistência contra o poder soberano, pois não se trata de transmitir ou guindar a soberano o governante, senão trata-lo como funcionário da vontade geral da maioria (ZENNI, 2006, p.45)

Jurgen Habermas, na lição de Simioni, salienta que:

> A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um

> procedimento discursivo publico sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em casa um deles. O poder administrativo (executivo), o Legislativo e o Judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõem um outro poder, chamado por Habermas de 'poder comunicativo' que é destinatários e autores do própria direito (Simioni, 2007, p.212).

O Direito atual está encapsulado em um momento de carência efetiva de legitimidade, face os vícios de participação do indivíduo nas práticas políticas, ou seja, o desenvolvimento de uma capacidade comunicativa capaz de trazer uma modificação no sistema legislativo e judiciário atual, posto que, a legitimação do Estado de direito só é possível mediante uma participação plena do poder comunicativo.

A respeito, Simioni conclui que:

> A jurisdição, portanto, não pode desenvolver o direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo. O poder comunicativo, que é a única fonte de legitimação do Estado de direito, só se exerce argumentativamente através de um procedimento institucionalizado com base no principio do discurso, vale dizer, só se exerce nas condições ideais de uma discussão pública com a participação de todos os implicados. Por isso nem um órgão colegiado e muito menos um juízo monocrático pode pretender interpretar construtivamente o direito. O poder jurisdicional não é hierarquicamente superior ao poder comunicativo. A jurisdição não pode portanto, submeter-se a si o poder comunicativo, porque ele é a fonte de toda a legitimação do direito e do Estado de Direito. Ate porque a legislação implícita, criada pela jurisdição, coloca em risco a racionalidade, o exercício do direito sobrecarrega a base de legitimação do poder judiciário. Por mais conhecimentos técnicos e experiência que os especialistas na interpretação do direito: a interpretação da Constituição e dos objetivos das politicas publicas não é monopólio da jurisdição. Como se vê, na teoria do discurso de Habermas, o poder jurisdicional sofre restrições. Porque no paradigma procedimentalista do direito, a jurisdição está subordinada ao poder comunicativo da autonomia politica dos cidadãos, como gênese do processo democrático, que a jurisdição tem que proteger. (Simioni, 2007, p.212)

Para Jurgen HABERMAS,2003, p.133), o espaço público não é uma instituição, pois como instituição não permite a formação de papéis e competências específicas e funcionamento diferenciado, assim, como também não é um sistema, uma vez que seus horizontes são abertos, permeáveis e maleáveis. Para o doutrinador, o espaço público deve ser considerado como uma verdadeira rede de feixes comunicacionais, de encontros e desencontros de tomadas de posição e de ações comunicativas; deve ser o lugar onde as

opiniões públicas são sintetizadas, onde se convergem as dicotomias, as disputas, as diferenças, os dilemas, os debates, as contraposições axiológicas.

A publicidade de informações jurídicas e a opinião pública são instrumentos essenciais para uma mudança da perspectiva de sociedade justa, legitimando o dever legal da sociedade de fazer bom uso dos instrumentos normativos.

A mudança comportamental deve iniciar pelo próprio homem, o qual, na concepção habermasiana, é um ser plural, nascido em comunidade linguística e convivendo em um mundo marcado pela intersubjetividade e com o qual compartilha expectativas, visões culturais e objetivos comuns.

Habermas critica a teoria do contrato social de Rousseau, assim como a teoria Kantiana, na medida em que impõe às mesmas a imagem platônica e rompida dos mundos inteligível e sensível. Desta forma, a ordem valorativa ideal passa a espraiar sobre a realidade social. Ora, sendo o direito produto do conceito de sujeito, arraigado 'a filosofia da consciência', Rousseau o concebe como de um povo que participa dos costumes comuns, tratando o direito como declinação da moral, inconcebível para o filosofo de Frankfurt.

Corroborando com o entendimento de Habermas, Bonavides destaca que:

> Sem a participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organiza, conduz no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos (BONAVIDES, 1980, p. 2-3).

Desta forma, Habermas propõe a necessidade de uma formação de opinião e de vontade dos cidadãos, capaz de desenvolver e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito que pressupõe a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal. A abertura dos espaços públicos aos cidadãos proporciona discussões que viabilizam a coparticipação das partes na produção do provimento jurisdicional, afastando a responsabilidade exclusiva do Estado em julgar todo e qualquer conflito.

Assim, a participação social efetiva na formação das normas e na operação do direito legitima o Estado Democrático de Direito, bem como internaliza no cidadão a sua própria responsabilidade em relação aos "status quo" social, levando-o a contribuir para a pacificação social, na medida em que utiliza métodos autocompositivos que valorizam o diálogo, substituindo o uso exclusivo da máquina judiciária para tentar resolver por si só os seus conflitos.

O Direito não pode transcender uma proposta normativa subsumível à artificialidade e a falibilidade, devendo compreender uma dignidade de vida em plenitude, envolvendo os seus aspectos fenomenológico, transcendente e sistêmico.

Jurgen Habermas, na lição de Simioni, salienta que:

> A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um procedimento discursivo publico sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em casa um deles. O poder \ atribuições e competências cuja legitimidade pressupõem um outro poder, chamado por Habermas de 'poder comunicativo' que é destinatários e autores do própria direito(Simioni, 2007, p.212).

O Direito atual está encapsulado em um momento de carência efetiva de legitimidade, face os vícios de participação do indivíduo nas práticas políticas, ou seja, o desenvolvimento de uma capacidade comunicativa capaz de trazer uma modificação no sistema legislativo e judiciário atual, posto que, a legitimação do Estado de direito só é possível mediante uma participação plena do poder comunicativo.

Segundo Bruno Miragem, é necessária uma renovação do Direito como resposta á sua crescente crise de legitimação, decorrente do confronto entre os postulados modernos da Ciência Jurídica, em especial ao Direito Privado, que encaminham à uma justiça substancial e de eficácia jurídica de uma sociedade em continuo aumento de sua complexidade.

O pensador alemão Jurgen Habermas salienta que: "Separar-se da sociedade expõe o individuo a uma multiplicidade de perigos, aos quais não consegue vencer a si mesmo, no caso extremo chegando ao perigo da extinção imanente"

A respeito, Simioni conclui que:

> A jurisdição, portanto, não pode desenvolver o direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo. O poder comunicativo, que é a única fonte de legitimação do Estado de direito, só se exerce argumentativamente através de um procedimento institucionalizado com base no principio do discurso, vale dizer, só se exerce nas condições ideais de uma discussão pública com a participação de todos os implicados. Por isso nem um órgão colegiado e muito menos um juízo monocrático pode pretender interpretar construtivamente o direito. O poder jurisdicional não é hierarquicamente superior ao poder comunicativo. A jurisdição não pode portanto, submeter-se a si o poder comunicativo, porque ele é a fonte de toda a legitimação do direito e do Estado de Direito. Ate porque a legislação implícita, criada pela jurisdição, coloca em risco a racionalidade, o exercício do direito sobrecarrega a base de

> legitimação do poder judiciário. Por mais conhecimentos técnicos e experiência que os especialistas na interpretação do direito: a interpretação da Constituição e dos objetivos das politicas publicas não é monopólio da jurisdição. Como se vê, na teoria do discurso de Habermas, o poder jurisdicional sofre restrições. Porque no paradigma procedimentalista do direito, a jurisdição está subordinada ao poder comunicativo da autonomia politica dos cidadãos, como gênese do processo democrático, que a jurisdição tem que proteger. (Simioni, 2007, p.213)

Para Jurgen Habermas, o espaço público não é uma instituição, pois como instituição não permite a formação de papéis e competências específicas e funcionamento diferenciado, assim, como também não é um sistema, uma vez que seus horizontes são abertos, permeáveis e maleáveis. Para o doutrinador, o espaço público deve ser considerado como uma verdadeira rede de feixes comunicacionais, de encontros e desencontros de tomadas de posição e de ações comunicativas; deve ser o lugar onde as opiniões públicas são sintetizadas, onde se convergem as dicotomias, as disputas, as diferenças, os dilemas, os debates, as contraposições axiológicas.

A mudança comportamental deve iniciar pelo próprio homem, o qual, na concepção habermasiana, é um ser plural, nascido em comunidade linguística e convivendo em um mundo marcado pela intersubjetividade e com o qual compartilha expectativas, visões culturais e objetivos comuns.

Corroborando com o entendimento Bonavides destaca que:

> Sem a participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organiza, conduz no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos.

Desta forma, Jurgen Habermas propõe a necessidade de uma formação de opinião e de vontade dos cidadãos, capaz de desenvolver e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito que pressupõe a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal. A abertura dos espaços públicos aos cidadãos proporciona discussões que viabilizam a coparticipação das partes na produção do provimento jurisdicional, afastando a responsabilidade exclusiva do Estado em julgar todo e qualquer conflito (HABERMAS, 2003, p.133)

Assim, a participação social efetiva na formação das normas e na operação do direito legitima o Estado Democrático de Direito, bem como internaliza no cidadão a sua própria responsabilidade em relação aos “status quo” social, levando-o a contribuir para a pacificação

social, na medida em que utiliza métodos autocompositivos que valorizam o diálogo, substituindo o uso exclusivo da máquina judiciária para tentar resolver por si só os seus conflitos.

4 MEDIAÇÃO

Nas universidades americanas, em especial na Harvard Law School, ocorreu o movimento em favor de outros instrumentos de solução de conflitos, atribuindo-se a Frank Sander, a criação do termo *ADR (Alternative Dispute Resolution),* a qual foi utilizada pela primeira vez em um trabalho organizado pelo professor para "*Pound Conference:* perspectivas sobre a justiça no futuro", realizada em Mineápolis, EUA, em 1976. (SALLES, 2013 p. 5)

Por intermédio de vários estudos para aprimoramento das técnicas de negociação e conciliação chegou-se ao aperfeiçoamento do método de mediação, uma vez que havia temor de muitos estudiosos e doutrinadores em que a conciliação se tornasse mero paliativo para redução do congestionamento do judiciário, não atingindo o objetivo maior de proporcionar um acesso efetivo a Justiça, como explica Mauro Capelletti:

> Esse método, portanto, não parece ser promissor em nossa busca por soluções equânimes para o problema de acesso à justiça. Existem, no entanto, possibilidades de melhor utilização dessa técnica. È interessante analisar rapidamente, agora, um sistema relativamente novo, o sistema de mediação de Michigan (1971), o qual, embora limitado a casos de indenização por danos, corrige os dois principais defeitos do procedimento britânico. (CAPPELLETTI, 1988, p.89)

Ainda na década de 80, o Congresso dos Estados Unidos aprovou o "programa nacional para resolução de disputas a ser administrado pelo Departamento de Justiça", fazendo com que os meios alternativos de solução de conflitos repercutissem positivamente e encontrassem terreno fértil para sua expansão. Nos anos noventa já havia nos Estados Unidos mais de trezentos centros de resolução de conflitos, baseados na fórmula da mediação, arbitragem e conciliação. DIAS, 2009, p.17)

A mediação extrajudicial é uma importante ferramenta para o fomento da participação da sociedade como auxiliadora da jurisdição, cujo escopo é a diminuição dos processos derivados de milhares de microlides que congestionam o Poder Judiciário.

Kazuo Watanabe ressalta que não basta investir na solução de conflitos apenas pela via judicial, é preciso buscar meios pacificadores, superando a mentalidade individualista e voltando nossos esforços para alcançar o bem estar geral da sociedade, a saber:

> A mediação tem que ser praticada como uma forma de pacificação da sociedade e não apenas como uma forma de solução de conflitos. Gostaria de deixar isso bem destacado, para os juízes, advogados, promotores, enfim, para os profissionais do Direito que ainda têm aversão ou preconceito a essas foras alternativas". (WATANABE, 2003, p.60)

A mediação se apresenta como ferramenta importante de utilização da sociedade no que diz respeito a solução de controvérsias sem a necessidade da intervenção estatal, uma vez que é inerente à natureza humana, anterior ao surgimento do Estado como ente politicamente organizado e monopolizador da tutela jurisdicional.

Confúcio, que viveu entre 550-479 a.C., apregoava ser possível construir um paraíso na Terra, desde que os homens pudessem compreender-se mutuamente e resolver pacificamente seus problemas. Para ele, existia uma harmonia natural nas questões humanas, estabelecendo assim a mediação como método mais eficiente de consolidação da paz.

A mediação não pode mais ser considerada como uma forma primitiva de solução de conflitos, destacando-se no panorama atual em virtude de sua efetividade como instrumento de solução de conflitos e eliminação da superfluidade dos processos remetidos a prestação jurisdicional do Estado.

A experiência estrangeira e de projetos em universidades e tribunais brasileiros, tem comprovado que a mediação é o instrumento mais adequado para tratar o conflito intersubjetivo, em especial, casos que tenham relacionamentos continuados, pois tem por escopo conscientizar os atores sobre os seus papéis no conflito e na sociedade, levando-os a enxergar a outra parte como digna de ser ouvida e, consequentemente, respeitada, bem como a buscar soluções que se coadunem com seus reais interesses e necessidades.

Outra importante característica da mediação é o empoderamento das partes, que visa ensiná-las, por demonstração, de que são capazes de compor em qualquer situação, até mesmo sem o auxílio do Estado.

O ser humano, por meio da dialética participativa, acaba construindo o conhecimento. Nesse ponto, Habermas destoa com o plano metafísico de conhecimento e aplicação do direito por meio de um ideal de justiça - sendo ela, a justiça, elaborada por meio do diálogo social nos espaços públicos - o que pode ir ao encontro das formas alternativas de solução dos

conflitos, até porque a justiça deixa de ser uma decisão fundamentada e imposta para se tornar um acordo voluntário com opção de ganhos recíprocos.

Fomentar e trazer entendimento sobre os métodos autocompositivos implica proporcionar aos cidadãos a capacidade de pensar o empoderamento, ou seja, o indivíduo passa a refletir sobre os seus reais interesses e necessidades diante de situações conflitantes, buscando por si só uma solução pacífica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito não está em uma revolução de suas estruturas sociais, pelo contrário emerge a cada vez mais busca a melhoria da qualidade de vida do individuo inserido neste âmbito social.

Contudo, as novas facetas do Poder Judiciário impõem a necessidade de efetivação do Estado Social pelo próprio Poder Judiciário, tornando-se esse ativista da promoção social dos direitos previstos pelos legisladores.

A lei aparece como instrumento de transformação e incorpora um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade, porém, não basta um aumento no número dos direitos mais sim uma transformação fundamental da aplicabilidade e legitimidade, viabilizando os instrumentos disponíveis e criando outros para propor soluções justas aos conflitos.

As atuais demandas precisam ser decididas com segurança e eficiente, há de se aplicar uma nova ótica de aplicabilidade das normas jurídicas, acabando assim com a burocracia positivista e fomentando uma participação social plena e capaz de dirimir seus próprios conflitos com segurança e ética.

A mediação traz em seu bojo o conceito de desjudicialização dos conflitos, facilitando a resolução do conflito pelos próprios protagonistas do conflito, tornando a resolução do conflito uma responsabilidade de todos e não somente do julgador.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal do estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracei Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARNELUTTI,. Francesco. **Teoria Geral do Direito**.. 1. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito e poder*:* ensaio de epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca**. Técnicas de Aceleração do Processo.** São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo.** Rio de Janeiro: Companhia Forense, 2000.

DIAS, Giane Q. Panorama Mundial Da Aplicação Dos Meios Alternativos, fl. 04 a*pud* BEDÊ, Judith. **Mediação: Uma forma de concretização do acesso à justiça**. Dissertação apresentada como requisito parcial de aprovação no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Orientação: Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz. 2009.

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

_____. **A crise de legitimação no capitalismo tardio.** Biblioteca Tempo Universitário, n. 60, ed. São Paulo: Templo brasileiro, 1999.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burquesa.** Biblioteca Tempo Universitário 76. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Humanos e Humanismo: uma necessária integração. In** MEZZAROBA, Humanismo Latino e estado no Brasil. Florianópolis, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito.** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASUKANIS, Evgeni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. Sílvino Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

SALLES, Carlos Alberto. **Negociação, mediação e arbitragem.** São Paulo: Método. 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jurgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2007.

WATANABE, Kazuo, **Mediação: Um projeto inovador**, v.22, Conselho de Justiça Federal Cadernos, CED. Brasília 2003.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2006