

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS**

RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

DANIEL RIVORÊDO VILAS BOAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito privado, formas de resolução de controvérsias e direito fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Ricardo Soares Stersi dos Santos, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Daniel Rivorêdo Vilas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-093-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2 Direito privado. 3. Resolução de controvérsias. 4. Direitos fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS

Apresentação

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho (GT) Direito Privado, Formas de Resolução de Controvérsias e Direitos Fundamentais apresentam à comunidade acadêmica o livro correspondente aos trabalhos enviados e aprovados para XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, entre os dias 10 e 14 de novembro de 2015.

É possível dividir os textos ora publicados em dois grupos. O primeiro, de conteúdo mais específico, cuidou das formas de resolução de controvérsias, especialmente da arbitragem.

Nesse grupo de artigos, encontram-se temas relevantes, como o papel da arbitragem no sistema de solução de conflitos, o estudo do instituto à luz da análise econômica do direito, as implicações do novo Código de Processo Civil, a interseção com os processos de recuperação judicial e falência e sua utilização no conflito de cunho trabalhista e ambiental. Nessa linha foram apresentados diversos trabalhos que abordam matérias consideradas sensíveis à utilização da arbitragem, demonstrando a maturidade da produção acadêmica para a discussão dos avanços e retrocessos do instituto da arbitragem no Brasil. Também foram abordados temas relativos aos aspectos teóricos da mediação, bem como sobre a possibilidade de utilização da transação com a Fazenda Pública.

O segundo grupo de artigos tratou, em abordagem mais genérica, dos direitos fundamentais, especialmente em interseção com o direito privado. A eficácia dos direitos humanos nesse tipo de relação e a influência da constitucionalização foram temas frequentes, merecendo também menção a pesquisa de campo junto ao Poder Judiciário, no artigo que encerra os textos deste GT.

O extrato de todo o trabalho já é conhecido: o CONPEDI mais uma vez serviu ao seu propósito de reunir a pesquisa em direito, com ênfase para os estudos da pós-graduação, voltando-se, especificamente, a temas de grande atualidade e importância.

A INTERSUBJETIVIDADE E O RECONHECIMENTO DO INDIVÍDUO ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DE AXEL HONNETH

THE INTERSUBJECTIVITY AND RECOGNITION OF THE INDIVIDUALS THROUGH MEDIATION UNDER THE PERSPECTIVE OF AXEL HONNETH.

**Ariadi Sandrini Rezende
Brunela Vieira de Vincenzi**

Resumo

O presente artigo busca demonstrar que o indivíduo padece de uma crise de reconhecimento quando busca a solução dos conflitos no poder Judiciário. Este, porém, pode restabelecer apenas o reconhecimento de um dos indivíduos processuais, deixando o outro em processo de não reconhecimento. Desta forma, busca-se comparar os princípios e ideias da jurisdição estatal com os da mediação, demonstrando que a mediação é um processo resolução de conflitos que melhor coaduna suas ideias e princípios com a teoria do reconhecimento. Assim, aplicando a teoria do reconhecimento de Axel Honneth ao modelo jurisdicional convencional, nota-se que uma parte da demanda acaba insatisfeita com a decisão judicial, enquanto, na mediação, busca-se um equilíbrio de satisfações. Devido a esse equilíbrio e convergência, acredita-se que o processo de afirmação da personalidade de nenhuma das partes processuais, quando a mediação é utilizada, seja desarticulado.

Palavras-chave: Mediação, Teoria do reconhecimento, Empoderamento

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to demonstrate that the individual suffers from a recognition crisis when seeking the solution of conflicts in the Judiciary. This, however, can only restore the recognition of one of the procedural individuals, leaving the other in non-recognition process. In this way, it seeks to compare the principles and ideas of state jurisdiction with the principles and ideas of the mediation, demonstrating that mediation is a conflict resolution process that better accomplishes its ideas and principles with the theory of recognition. So, applying the recognition theory of Axel Honneth to the conventional model of jurisdiction, it notes that one member of the demand ends up dissatisfied with the ruling, while in mediation, it is wanted a balance of satisfactions. Due to this balance and convergence, it is believed that the process of claiming of the personality of no procedural members, when mediation is used, are dismantled.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Recognition theory, Empowerment

INTRODUÇÃO:

Axel Honneth, na luta por reconhecimento, perquiriu as possibilidades atuais de emancipação do indivíduo. De tal modo, ele procurou demonstrar como indivíduos e grupos sociais conseguem sua emancipação na sociedade atual. O filósofo frankfurtiano consegue alicerçar seu pensamento através de uma estrutura de reconhecimento intersubjetivo, respaldada no amor, no direito e na solidariedade. Ele afirma que se conseguirmos alcançar os três estágios de reconhecimento, estaríamos emancipados e teríamos nossa identidade pessoal completa. Os estágios evolutivos, para Honneth, são alcançados através de uma luta por reconhecimento que visa, nos três momentos, o encontro do indivíduo no outro, partindo de uma noção de intersubjetividade no processo de reconhecimento.

Desta forma, Honneth adotou como alicerce a noção hegeliana, do jovem Hegel, de intersubjetividade constitutiva da natureza humana para afirmar que os indivíduos se sabem indivíduos a partir do contato com o outro. Ao assumir tal posição, o filósofo admite que a base para sua filosofia é a construção de relações com os outros indivíduos. Logo, o outro é pedra fundamental na teoria do reconhecimento, por via de consequência, na afirmação individual do sujeito. Destarte, quando o indivíduo se sente lesado em qualquer esfera de reconhecimento, parte para uma luta por reconhecimento na intenção de restabelecer sua esfera psíquica de indivíduo reconhecido.

Neste contexto, podemos enxergar no poder judiciário uma forma de restabelecimento do reconhecimento, pois o indivíduo que teve um direito não efetivado busca o judiciário, em um movimento de luta por reconhecimento, pleiteando que seu direito seja efetivado e, por via de consequência, sua esfera de reconhecimento também. Se olharmos friamente esta relação, poderíamos ser levados a pensar que seria uma perfeita forma de restabelecimento do reconhecimento do indivíduo. Contudo, a relação jurídica processual possui em seu outro pólo, na maioria das vezes, outro indivíduo. Desta forma, o indivíduo que não obtiver êxito na demanda sairia de todo este processo como perdedor e com o seu reconhecimento abalado e desestabilizado.

É perceptível que possuímos um problema quando o judiciário só restabelece o reconhecimento de um uma parte no conflito. Assim, visualizamos uma insuficiência do poder judiciário no processo de reconhecimento. Neste contexto, vivenciamos diuturnamente o processo de reconhecimento do individuo perdedor sendo abalado e desestabilizado pelas decisões advindas do poder judiciário. Isto nos leva a pensar que o equilíbrio e a

reciprocidade não são escopos buscados pelo Poder judiciário, devido às suas características próprias, afirmando que apenas um litigante assiste razão para o Judiciário.

Diante da crescente insatisfação dos indivíduos com as decisões judiciais e da complexidade social, os instrumentos jurisdicionais apresentam-se insuficientes e ineficientes para atender de forma satisfatória o processo de reconhecimento do indivíduo. Logo, faz-se necessário buscar outros meios de solução de conflitos.

Neste contexto de insatisfação, temos por intuição que a segunda forma de reconhecimento intersubjetivo de Honneth: o direito, que se manifesta na luta pela legislação e na luta pela aplicação correta do direito no judiciário, pode ser potencializado pelo processo de mediação. Aparentemente, mediação mostra-se como uma luta por reconhecimento que menos agride o processo de reconhecimento do indivíduo oposto, pois ela busca o melhor resultado para ambas as partes. Ela não possui a característica de duelo, presente na jurisdição, e sim de entendimento, fazendo que não se formem perdedores ou vencedores e sim indivíduos que se reconhecem mutuamente e pactuam a forma de resolução de conflito que mais agrada a ambos. Ora, analisando este processo com a lente da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, a mediação parece-nos a forma mais adequada para que o indivíduo não sofra bloqueios no seu processo de reconhecimento pelo direito.

Para confirmar a hipótese trazida, se apresentará, na seção 1, a exposição das três formas de reconhecimento e intersubjetividade do filósofo Axel Honneth. Na seção 2, será abordada a conformação e os princípios da jurisdição. Na seção 3, far-se-á o mesmo para a mediação. Na seção 4, a partir da leitura de Honneth sobre o processo de reconhecimento intersubjetivo, os dois institutos, jurisdição e mediação, previamente expostos, serão comparados visando demonstrar como a mediação pode ser uma forma de reconhecimento intersubjetivo mais avançado que a jurisdição tradicional.

1. A luta por reconhecimento e a intersubjetividade de Axel Honneth: o amor, o direito e a solidariedade.

Axel Honneth perquiriu, em seu trabalho, um exercício interpretativo sobre as possibilidades hodiernas de transformação da realidade social. Elas são concretizadas por Honneth a partir de uma estrutura constitutiva da relação de reconhecimento intersubjetivo, respaldada no amor, no direito e na solidariedade. Na teoria do reconhecimento de Honneth, o indivíduo depende da aquiescência intersubjetiva e quando a confirmação social não ocorre, surge uma lacuna psíquica na personalidade do indivíduo (HONNETH, 2003, p.220). Desta forma, para

Honneth, o indivíduo depende do reconhecimento intersubjetivo de suas capacidades e realizações.

Desta forma, “No sujeito reconhecedor, realiza-se uma descentralização, uma vez que concede valor a um outro sujeito, o qual é fonte de reivindicações legítimas e que causa uma interrupção no amor próprio em si” (HONNETH, 2003, p.200) e isto porque uma revogação só poderá ocorrer quando “o sujeito em questão, por outro lado, tiver chegado à pré-conclusão de que foi reconhecido como indivíduo dentro do sistema espaço temporal: só se pode fazer afirmações sobre outra pessoa, ver através dela ou a ignorar, quando ela tiver sido atribuída anteriormente a capacidade de uma identificação primária de si mesmo.

Ao dissertar sobre a teoria do reconhecimento, como já foi afirmado, Honneth adotou como alicerce a noção hegeliana, do jovem Hegel, de intersubjetividade constitutiva da natureza humana para afirmar que os indivíduos se sabem indivíduos a partir do contato com o outro, mediado por uma luta de por reconhecimento em três esferas da experiência humana: o amor, o direito e a solidariedade.

Honneth procura, outrossim, adotar o conflito para compreender os processos de mudança social, cujo fundamento moral é a luta pelo reconhecimento, que, em última instância, é constitutiva dos processos de construção das identidades. Em sua análise, há um privilegiamento para os conflitos originados por uma experiência de desrespeito social que conseguem alcançar afetivamente o indivíduo no sentido de violar o seu processo de autorrealização; o sentimento de injustiças experimentado, coletivamente, conduz a uma ação cuja finalidade é restabelecer as condições para o reconhecimento da dignidade dos indivíduos desrespeitados.

O filósofo explicita que, quando fala de força moral dos conflitos sociais, refere-se “aos atributos desejáveis ou obrigatórias das relações existentes entre os sujeitos”, os quais resultam da estrutura de reconhecimento, quando pensados a partir de uma visão de justiça apregoada pelo reconhecimento da dignidade a partir de uma ordem social fundada na igualdade juridicamente respaldada; são os conflitos sociais por reconhecimento que se encontram, na teoria de Honneth, a orientação para emancipação, no sentido de escolhas espontâneas, e a possibilidade de um desempenho crítico que leve à mobilização. (CARVALHO,2011, p. 43)

Os conflitos sociais, assim, ensejarão, segundo Honneth, três estágios, progressivos, de reconhecimento: o amor, o direito e estima social. Esses níveis de intersubjetividade explorados por Honneth ocorrem em escala gradativa, sendo os últimos dependentes do alcance preliminar do primeiro. Além disso, ressalta-se, outrossim, que todos os níveis de

reconhecimento já indicam um certo grau de intersubjetividade e quando chega-se ao último verifica-se a intersubjetividade e o reconhecimento plenos. Contudo, devido à difícil tarefa de conviver em uma sociedade permeada de conflitos, vivemos um processo constante de perda e retomada deste reconhecimento.

A primeira forma de reconhecimento apresentada por Honneth é o amor. (HONNETH, 2003, p.159) O amor é observado como núcleo fundamental de toda a moralidade, sendo responsável “pela base de autonomia necessária para a participação na vida pública.” (HONNETH, 2003, p.178).

Honneth, para discorrer sobre este tema, cita a relação de amor recíproco entre mãe e filho como expressão da esfera de reconhecimento do amor. Quando a mãe começa a se dedicar a outros interesses, o bebê começa desenvolver uma desadaptação graduada da mãe, e começa a se desenvolver intelectualmente e ampliar seus reflexos condicionados, o que acontece por volta dos seis meses de vida. O bebê começa a diferenciar seu próprio ego do ambiente e a enxergar sua dependência em relação à mãe, de modo que, agora, ela perceberá que satisfará suas necessidades através da demanda. Isto marca a transição do estado de dependência absoluta para uma dependência relativa. (HONNETH, 2003, p.167). Observa-se que há um processo intersubjetivo entre mãe e filho, pois os dois devem reconhecer-se mutuamente em suas individualidades para que o processo de auto-afirmação se concretize. Nisto, conseguimos observar a intersubjetividade ente a mãe e o filho. Logo, percebemos que o processo de reconhecimento começa ainda na infância e perdura por toda a vida.

Para tanto, a criança passa por duas etapas evolutivas voltadas à marcação da transição da simbiose para autonomia: a da destruição e dos objetos transicionais. A destruição se dá como rompantes de violência da criança contra a mãe, a qual, por sua vez, resiste e manifesta ações de reprovação. Essa violência se dá para que a criança pontue sua própria individualidade, e para que a mãe o enxergue como indivíduo. A resistência da mãe será marcante para o bebê na medida em que ele enxergará nela uma referência de amor e afeto apesar das ações dele contra ela. (HONNETH, 2003, p.168-169).

Desta forma, permitirá a criança a amá-la, pois se desenvolverá um respeito baseado no afeto mútuo. (HONNETH, 2003, p.170). No mais, a criança, neste processo, vale-se de objetos do dia-a-dia, elegendo algum em especial, como elo mediador entre a simbiose e a independência, denominados “objetos transicionais”. Com eles, a criança guarda desejos de onipotência que mantinha quando em simbiose com a mãe, mas matem a evolução separatista. Isso é manifestado nas mesmas ações alteradas de afeto e violência que a criança antes praticava com a mãe, agora, sobre o objeto.

O objeto é, então, um mediador entre o lúdico (simbiose) e o real (separação). Esse processo de separação entre o lúdico e o real nunca se dá de forma definitiva para o homem, de modo que o objeto transicional é substituído, com o tempo, por outros socialmente aceitos, como religião, a arte, o desporto. Como o desejo pela simbiose mantém-se presente por toda a vida da pessoa, conclui-se que há uma balança, constante, entre a limitação e deslimitação. As relações de reconhecimento baseadas no amor serão o resultado entre o desejo de estar fundido com a desilusão inevitável da separação, pontuada pela consciência.

Na segunda forma de reconhecimento, que é o direito, Honneth tenta elucidar como os indivíduos podem compreender a si mesmos como sujeitos de direito ao tentar determinar qual o tipo específico de reconhecimento e de auto-relação correspondente estão estruturalmente inscritos na relação jurídica. A princípio, Honneth afirma que a forma de reconhecimento do direito, tendo em vista a elaboração de uma teoria que explique os processos de mudança social por meio da análise da estrutura das relações de reconhecimento, somente obteve condições de apreensão no contexto histórico das sociedades pós-tradicionais quando passaram a vigorar os princípios morais universalistas e uma ordem jurídica, na qual o valor da igualdade de todos os indivíduos se apresenta como um dos pilares de sustentação. (CARVALHO, 2011, p. 53)

Deste modo, a forma do reconhecimento do direito deve corresponder um respeito que seja capaz de conduzir ao reconhecimento da outra como pessoa de direito. Logo, observa-se, novamente a intersubjetividade neste processo de reconhecimento. O filósofo analisa o processo de construção e afirmação dos direitos fundamentais a partir da perspectiva dos três momentos relativos aos direitos de liberdade individual, aos direitos de participação política e aos direitos sociais. (HONNETH, 2003, p.191) Ele fala de uma luta de ampliação dos direitos fundamentais sustentada pelo alicerce da igualdade no direito moderno, além de propiciar a ampliação do conteúdo material do direito, que de acordo com Honneth, altera o aspecto objetivo da qualidade do sujeito imputável moralmente; faz com que sejam alcançadas mais pessoas e, conseqüentemente, mais grupos.

Para Honneth, isso significa que estão escritas na estrutura do reconhecimento do direito “duas possibilidades evolutivas”, sendo a esfera jurídica local onde se desenvolve uma luta por reconhecimento capaz de promover desenvolvimentos sociais: “portanto, os confrontos práticos, que se seguem por conta da experiência denegada ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material como do alcance social do status de uma pessoa de direito. (HONNETH, 2003, p.194). Desta forma, o conteúdo material do direito se amplia para considerar legalmente “as diferenças nas

oportunidades disponíveis aos indivíduos para perceberem suas liberdades intersubjetivamente garantidas.” (HONNETH, 2003, p.86)

O terceiro estágio de reconhecimento para Honneth é o da solidariedade. Ele tem em vista as relações de solidariedade que se tornam possíveis dentro do contexto moderno e que estão ligados à comunidade de valores construídos socialmente por meio de lutas por reconhecimento. Honneth explica que a estima social sofre dois processos de transformação, os quais se encontram em tensão: 1. o da universalização jurídica da “honra” até tornar-se “dignidade” e 2. o da privatização da “honra” até torna-se “integridade” (CARVALHO, 2011, p. 59). No primeiro, uma porção de reputação social de todos os indivíduos, agora, igualmente, valorados como sujeitos de direito, passando a ser protegido juridicamente sob a designação da dignidade humana.

Essa igualdade jurídica, em oposição à forma coletivista de consideração das propriedades individuais, exige a abertura das “convicções axiológicas socialmente integradas” para alcançar as “distintas formas de auto-realização das pessoas” dos membros da sociedade e quanto elas contribuem praticamente para a realização dos objetivos sociais abstratamente definidos.

Nesse toar, o entendimento sobre o quanto de contribuição de valores éticos partilhados depende de uma contínua atividade interpretativa das finalidades sociais; nessa “práxis exegética” reside uma “luta permanente” dos diversos grupos pela valorização social das suas formas particulares de vida. A auto-realização do indivíduo somente é alcançada quando há, na experiência de amor, a possibilidade de autoconfiança, na experiência de direito, o autorrespeito e, na experiência de solidariedade, a autoestima, completando o ciclo de autorrealização.

O desenvolvimento da teoria do reconhecimento, como já foi dito, perpassa por três estágios. Desta forma, o indivíduo só consegue se afirmar como dotado de emancipação se ultrapassar todas as etapas do reconhecimento. Além disso, o reconhecimento se realiza em um processo dialético intersubjetivo. Isto quer dizer que o indivíduo, em todos os estágios evolutivos, deve buscar seu próprio reconhecimento no outro indivíduo. Desta forma, para Honneth, chega-se a emancipação plena

2. O processo Jurisdição e seus princípios.

Nesta seção, será exposta a conjuntura Jurisdicional que se apresenta nos Estados modernos. A compreensão da jurisdição em sua integralidade, princípios e funcionamento, permitirá melhor avaliá-la a partir do reconhecimento pelo direito, proposto pela teoria do

reconhecimento de Axel Honneth, o marco teórico deste artigo. Com avanço da seção três, o instituto da mediação será analisado e pontuado sobre a mesma ótica do instituto da jurisdição. Assim, este trabalho estará apto a verificar os avanços da mediação em relação à jurisdição no processo de reconhecimento intersubjetivo pelo direito de Axel Honneth.

Os indivíduos vivem em sociedade e, por isto, necessitam conviver com os mais diferentes tipos de pessoas. Desta forma, os conflitos e desentendimentos são quase que inerentes em uma sociedade plural e heterônoma. Dentro dos parâmetros modernos, o poder incumbido de buscar a pacificação social e de trazer uma resposta para os conflitos de interesses entre os indivíduos é o Judiciário. Ele foi investido com o monopólio da jurisdição. Isto quer dizer que ele tem poder de dizer o direito, ou seja, afirmar quem possui razão no conflito apresentado ao Judiciário. Assim, há uma sujeição imposta à parte perdedora na demanda judicial de observar o julgado, sob pena de cumprimento coercitivo. De tal modo, a jurisdição pode ser definida como o poder-dever do Estado de julgar os pleitos a ele submetidos.

Como qualquer instituto jurídico, a jurisdição possui princípios que a regem, entre eles: a inevitabilidade, a indeclinabilidade, a investitura, a indelegabilidade e a inércia.

A jurisdição possui o caráter de inevitabilidade, assim, se a jurisdição for acionada pelas partes, o cumprimento das decisões judiciais são obrigatórias não podendo ser afastadas pelas partes. Outro importante princípio da jurisdição é a indeclinabilidade, ou seja, o judiciário não pode eximir-se de julgar um processo quando provocado. A jurisdição estatal não pode ser exercida por qualquer pessoa, apenas os juízes investidos pelo Estado para tal função podem realizar a jurisdição. O juiz como um agente público investido na função de dizer o direito não pode delegar esta função a qualquer outro agente, assim, o juiz investido deve realizar a jurisdição com exclusividade. No mais, o juiz não pode julgar demandas que não são a ele apresentadas, pois se assim fizer estará desvirtuando o princípio da inércia da jurisdição. Com a explanação dos princípios da jurisdição, tem-se uma compreensão do funcionamento do poder Judiciário e suas peculiaridades.

Dentro da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, a busca pela Jurisdição pode ser caracterizada como uma forma de luta por reconhecimento, mais especificamente, a segunda forma, que é a luta pelo reconhecimento de direitos via legislativo e judiciário. Contudo, o indivíduo que recebe uma resposta positiva do poder Judiciário restabelece seu reconhecimento como indivíduo dotado de direitos, mas, o indivíduo ex adverso, por via de consequência, que obteve uma resposta negativa do Judiciário tem seu processo de

reconhecimento como indivíduo abalado e não se reconhece mais como um sujeito merecedor de direitos.

Certamente, decisões judiciais justas possuem parâmetros de composição de danos para a parte lesada. Assim, em algum sentido, a parte que perdeu em uma decisão correta, perdeu porque deveria ter perdido segundo as regras impostas pela jurisdição estatal. Existe um "quê" de justiça, isso é óbvio. Não obstante, os princípios da jurisdição trazidos corroboram o caráter heterônomo dos julgamentos, que são feitos com base em normas elaboradas por terceiros. Elas não se adequam perfeitamente ao caso. São pré-estabelecidas para se aplicarem a uma infinidade de casos similares. Esse caráter de classe lógica não permite a autocomposição das partes, que ao contrário, ao levar em conta as especificidades de cada episódio, adapta melhor os casos às regras. Ou seja, o caráter de justiça pode ser melhor atribuído a decisões autônomas das partes.

Na próxima seção, ao analisar a "mediação", se seguirá a intuição de que o componente da autocomposição, que elimina terceiros do processo decisório, é mais eficiente para o processo de reconhecimento intersubjetivo do outro.

3. O processo de mediação e seus princípios no direito processual civil contemporâneo

Conforme previsto metodologicamente, agora se passa à análise da mediação, com foco nos seus princípios e suas funções. Se confirmada nossa intuição, os princípios mediativos se demonstrarão mais eficientes para a situação de reconhecimento do outro porque eliminam a heteronomia e a adversariedade presentes na jurisdição e que são empecilhos ao reconhecimento intersubjetivo pelo direito.

Em um mundo de relações sociais complexas, os indivíduos acabam convivendo com valores e costumes diferentes dos seus. Desta forma, o conflito torna-se inevitável nas relações humanas. Nestes termos, o conflito decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Em uma disputa conflituosa na jurisdição, costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga, assentando-se as partes em campos opostos, o que dificulta a busca pelo interesse comum e a estabilidade. (DE VASCONCELOS, 2008). Ora, esta ideia, trazida pelo conflito, de desmerecimento da parte adversária é um dos motivos pelos quais os indivíduos partem para uma luta por reconhecimento para conseguirem que seus laços psíquicos sejam restabelecidos da forma mais equânime entre os envolvidos no conflito. Na mediação, intuição que se pretende confirmar ao serem analisados os princípios da mesma, as partes devem a ceder de forma mais amigável para que todos saiam satisfeitos e, assim, os

dois indivíduos não permanecem em um estágio de não reconhecimento intersubjetivo. Desta forma, não se busca apenas o reconhecimento de um indivíduo como “ganhador”

A mediação, neste contexto, é sustentada com diversos princípios informadores para que a plenitude do instituto seja alcançada, entre eles: voluntariedade, confidencialidade, participação de terceiro imparcial, reaproximação das partes e não-competitividade. Discorrer-se-á sobre todos os princípios de maneira sucinta para se entender de forma mais completa como se dá o processo de mediação.

O princípio da voluntariedade tem por escopo a participação dos mediandos de forma voluntária e livre. Assim, entende-se que as partes devem participar do procedimento de forma livre, desempenhando em plenitude sua autonomia privada da vontade. O princípio da confidencialidade assevera que todas as tratativas e conversas ocorridas durante o processo de mediação devem ser mantidas em sigilo. O princípio do terceiro imparcial se direciona ao mediador que conduzirá as sessões de mediação. Ele deve possuir uma posição de neutralidade e, além disso, deve apenas conduzir a mediação de maneira propositiva para que as próprias partes tomem as decisões relacionadas ao conflito instaurado. O princípio da reaproximação das partes é o escopo central do processo de mediação, ao contrário do que ocorre no caso de um processo judicial tradicional. Para a mediação, não basta apenas a redação de um acordo. Se as pessoas em conflito não conseguirem restabelecer o relacionamento, o processo de mediação não terá sido completo. (MORAIS, 1999) O princípio da não-competitividade estimula um espírito colaborador entre as partes. Não se determina que uma parte seja perdedora e a outra ganhadora, mas que ambas possam ceder um pouco e ganharem de alguma forma. Procura-se amenizar eventuais sentimentos negativos entre as pessoas em conflito. Assim, pode-se compreender sobre quais regras o instituto da mediação esta disciplinado.

Nota-se, assim, que o reconhecimento das diferenças, na mediação, é ponto primordial para dissolução do conflito. Além disso, é necessário que os agentes conflituosos sejam ouvidos e consigam, minimamente, se colocarem em uma situação de empatia para com o outro. Conclui-se, com a análise dos princípios e da função da mediação, que o instituto da mediação é uma espécie de luta por reconhecimento, pois ela busca através da intersubjetividade restabelecer os laços rompidos através do conflito.

Nota-se o início de um fenômeno jurídico que se propôs a elevar a importância conferida à mediação. No Brasil, caminhou-se a passos curtos para implementação da mesma. Apenas com o código processual civil de 2015, a mediação começou a ser disciplinada de maneira consistente no país. Posteriormente, em 26.06.2015, a mediação foi regulamentada

através da Lei nº 13.140/2015. Embora a postura paradigmática de mudança com a sanção das leis citadas, observa-se que a mediação, no Brasil, possuiu recente regulamentação. Desta forma, há pouco traquejo com o recente instituto.

O Novo Código de Processo Civil trouxe a mediação como um método alternativo de resolução de conflitos que deve ser sempre estimulado. Nesta toada, a ordem dos atos processuais, em relação ao código de 1973, foi invertida para estimular a mediação. Agora, a defesa é apresentada pelo réu após a realização da audiência de mediação. Contudo, se as partes optarem por não acolherem o processo de mediação, este será dispensado, efetivando o princípio voluntariedade da mediação.

O artigo mais marcante e talvez mais importante para a mediação é o 334 do Novo Código de Processo Civil: *“Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação e mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias(.)”* Como dito, foi estabelecida uma audiência de conciliação ou mediação antes mesmo do recebimento da contestação pelo réu, cabendo ao juiz determinar quando teremos uma audiência de conciliação ou mediação. A distinção entre mediação e conciliação se faz ao nível das relações sociais entre as partes. Indica-se a mediação nos casos em que haja uma relação preexistente entre as partes, motivo pelo qual se procura preservá-la e restabelecê-la à configuração anterior ao conflito. A conciliação, por outro lado, deve ser utilizada quando não há essa relação social pré-existente entre as partes. (RODRIGUES JUNIOR, 2006. p. 85-93). Este trabalho tem por problema a mediação.

Desta forma, é possível entender a dimensão da mediação dentro do direito contemporâneo brasileiro. A mediação foi disposta no Novo Código de Processo Civil de maneira propositiva para que as partes, antes de se tornarem litigantes, possam se reconhecer mutuamente e, com um diálogo: aberto, franco e empático, buscando a melhor alternativa para ambas as partes envolvidas. Desta forma, a decisão tomada ao final da mediação não será impositiva, a partir de um terceiro imparcial, com base em regras pré-fixadas, e sim construída pelas próprias partes interessadas. Assim, a mediação, aplicada pelo Novo Código de Processo Civil, permitirá o amadurecimento de nosso ordenamento jurídico, retirando, quando possível, a ideia de litigiosidade extrema que o permeia e restabelecendo o reconhecimento intersubjetivo do direito a todas as partes e não apenas ao “ganhador”. Contudo, temos a consciência que este é um processo lento e gradativo.

Neste contexto, do novo código de processo civil, (re)surge a mediação, não só como estrutura que contribui com o acesso à justiça, mas como dispositivo de exercício de cidadania

através da procura por uma decisão autônoma e consensual por aqueles que devem exercer o papel de protagonista na demanda: os indivíduos diretamente envolvidos no conflito. Neste contexto, entende-se o processo de mediação como um procedimento consensual de solução de conflitos, que visa buscar, facilitar ou viabilizar o diálogo entre as partes, para que melhor administrem seus problemas e consigam, *de per si*, alcançar uma solução. Assim, é observado que a Jurisdição está buscando meios para se aproximar da mediação. De tal forma, este movimento de atrelamento só reforça a tese de que a mediação possui mecanismos de maior efetividade para resolução de conflito entre os indivíduos que a jurisdição, pois, se assim não fosse, não haveria necessidade de inserir a mediação no processo jurisdicional.

Ao contrário da jurisdição, os princípios da mediação exigem do indivíduo tratar a outra parte da relação jurídica para além de um adversário judicial. A parte contrária, na mediação, deve ser vista como um colaborador e não como um adversário. Outra benesse que pode ser advinda da mediação é o fato de as partes criarem as próprias regras para solução do conflito, que mais se adapta à dinâmica social dos conflitos, que exige transformação das decisões jurídicas além da estabilidade da legislação. As leis petrificam uma solução, de um momento específico ao contrário da mediação. Esta permite a melhor solução para quando as partes encontram um problema concreto, situado tempo-especialmente. Bom exemplo ocorre em direito de família, em divórcio com filhos. O problema da guarda das crianças não pode ser satisfeito apenas com observância a regras prévias que julgam todos os casos semelhantes de uma mesma forma. A composição pela mediação se adapta ao caso concreto de maneira que a legislação não consegue.

4. A intersubjetividade e o reconhecimento do indivíduo através da mediação.

Veja expostos os princípios e as funções da jurisdição e da mediação, respectivamente, nas seções dois e três, esta seção irá retomar elementos sobre a intersubjetividade e sobre o reconhecimento, a partir do marco teórico lançado, para comparar os institutos. Conforme exposto, o objetivo deste artigo é demonstrar como a mediação é um avanço para o reconhecimento das partes pelo direito, em relação à jurisdição, cujo reconhecimento intersubjetivo não é tão potente devido a algumas peculiaridades expostas. Uma vez corroborada essa hipótese, se obterá, a partir da teoria do reconhecimento, poderoso instrumento para a defesa da mediação dentro do novo Código de Processo Civil.

Na teoria do reconhecimento de Axel Honneth, o indivíduo depende da aquiescência intersubjetiva para formar sua personalidade e ser reconhecido como pessoa. Quando esta

confirmação social não ocorre, surge uma lacuna psíquica na personalidade do indivíduo. Desta forma, na visão de Honneth, o indivíduo necessita da aprovação do outro para que o processo de formação de sua personalidade esteja completo e em uma constante evolução.

Desta forma, se ocorre um conflito na relação intersubjetiva, o processo de reconhecimento do indivíduo está afetado e prejudicado, pois os indivíduos acabam encontrando o dissenso e, de maneira egoística, acabam desqualificando as capacidades do seu ex adverso no conflito. Contudo, Honneth vislumbra no conflito uma forma dos indivíduos partirem para uma luta por reconhecimento para não persistirem nos problemas oriundos do desmerecimento e do desprestígio visto pelo outro indivíduo.

Em um mundo em que o conflito permeia as relações intersubjetivas, ocorre a colisão entre os exercícios dos direitos individuais. Quando isso ocorre, o sujeito de direito expõe perante ao Poder Judiciário o resultado de sua autorreflexão. A reflexão individual passa a integrar a sentença judicial. Contudo, neste processo jurisdicional apenas um indivíduo, parte na contenda, sairá com seu reconhecimento restabelecido. Do outro lado, teremos um indivíduo frustrado, insatisfeito e com seu processo de reconhecimento abalado. Desta forma, este trabalho postula que um meio de materialização da luta por reconhecimento de Honneth é a mediação, pois ela consegue restabelecer os laços psíquicos de ambas as partes desestabilizados pelos conflitos, em um processo dialético e esclarecido de discussão sobre o conflito envolvendo os indivíduos.

Assim, a mediação torna-se uma espécie de luta por reconhecimento pelo direito, e, além disso, mais completa até do que a jurisdição. A mediação seria o meio pelo qual os indivíduos ponderariam sobre o conflito e, em uma relação dialética de autoafirmação e reconhecimento, extirpariam possíveis lacunas psíquicas deixadas pelo não reconhecimento. Pelo reconhecimento intersubjetivo, o comportamento pode evoluir e circular, dialeticamente, fazendo com que não haja um vencedor no conflito e sim colaboradores que chegam a um consenso do que atende a ambos. Logo, possuímos um conflito solucionado e as partes envolvidas continuam reconhecendo-se intersubjetivamente e mutuamente.

Comparando o instituto da jurisdição com o instituto da mediação, no que se refere ao reconhecimento intersubjetivo dos sujeitos observa-se que os princípios mediativos são instrumentos mais capazes de promover a compreensão da dignidade no outro. É perceptível, ao analisarmos o instituto da mediação, que ele perquiri a autonomia das partes para juntas alcançarem a solução que melhor atenda o interesse de ambas. A mediação visa ouvir e estimular a discussão propositiva entre as pessoas que, embora em um primeiro momento se vejam como inimigas, posteriormente, podem conseguir - esse é o objetivo da mediação -

deliberar sobre o problema em comunhão, chegando, ao término, à possibilidade de acordo mútuo. Nesse processo, não há imposição ou perdedores, visa-se sempre à amistosidade e à volta de uma pacífica convivência.

Esse procedimento não é viabilizado pela jurisdição devido a inúmeros fatores. Por isso, o novo Código de Processo Civil, ao instituir a mediação em audiência prévia, possibilita este processo mais adequado em relação à jurisdição para que o reconhecimento intersubjetivo de todas as partes sejam restabelecidos. O processo jurisdicional, na contramão da mediação, não consegue ultrapassar a heteronomia e a adversariedade entre as partes, princípios que aqui são concluídos como empecilhos ao reconhecimento pelo direito.

CONCLUSÃO.

O presente estudo perquiriu alcançar soluções trazidas para o problema da jurisdição estatal não conseguir restabelecer de maneira satisfatória o processo de reconhecimento intersubjetivo de grande parte dos indivíduos que procuram o poder Judiciário como salvaguarda de seus direitos. Pois, como explanado no decorrer do trabalho, a jurisdição estatal quando acionada afirma, apenas, o direito de uma das partes, enquanto, a parte adversária sofre o processo de não reconhecimento intersubjetivo do direito.

Desta forma, buscou-se, através de um processo comparativo entre o instituto da jurisdição e o instituto da mediação por meio de suas características e princípios, averiguar qual o método de resolução de conflito melhor satisfaria o processo de reconhecimento intersubjetivo do indivíduo. Neste contexto, o filósofo Axel Honneth foi o marco teórico do estudo. Dele extraiu-se a ideia de um processo de reconhecimento intersubjetivo. Em síntese, Honneth afirma que o processo mencionado dá-se quando um indivíduo consegue se reconhecer no outro, criando um sentimento de empatia.

No procedimento de comparação entre o processo da jurisdição e o processo da mediação, restou evidente que a mediação, possuindo os princípios: da voluntariedade, da confidencialidade, da participação de terceiro imparcial, da reaproximação das partes e da não-competitividade, seria o processo que consagra de uma forma mais completa o processo de reconhecimento intersubjetivo do indivíduo, pois, ao contrário da jurisdição, não busca impor uma decisão às partes que agrada apenas um “vencedor” e sim que ambos os indivíduos saiam satisfeitos com uma decisão por eles pactuada. Então, observa-se que a jurisdição convencional por possuir como característica marcante a heteronomia e adversidade não se

mostra tão satisfatória no processo de reconhecimento, embora também haja reconhecimento nela. De tal forma, se comprovou que o processo de mediação consegue de uma maneira mais efetiva restabelecer o processo de reconhecimento intersubjetivo dos indivíduos.

Bibliografia

AMARAL, Alan Marins et al. **Mediação Familiar como Alternativa de Acesso à Justiça. Programa Conhecimento Prudente para uma Vida Decente**

nte: Construção de Saberes na Prática Jurídica Contemporânea e a Questão do Pluralismo Jurídico. Faculdade Anhanguera Educacional – Atlântico Sul: Pelotas, 2007.

AZEVEDO, André Gomma de (org). **Manual de mediação judicial de conflitos**. Ministério da Justiça do Brasil. 2015.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174

CARVALHO, Camila Magalhaes. **Por uma perspectiva crítica de direitos humanos: o caso das cotas para a população negra no acesso ao ensino superior público**. 2011. 178f. .Dissertação (Mestrado em Direito), USP, São Paulo. 2011.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO. 2011. Disponível em: <http://www.centrobrasileirodemediacao.com.br/umpou.html>. Acesso em: 03 agost. de 2015.

DE VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Editora Forense Jurídica, v. 2, 2008.

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

_____. **Teoria da ação comunicativa**. In: Freitag, Barbara. A teoria crítica: Ontem e Hoje. 3.ed. São Paulo: Editora brasiliense; 1990. p. 52-65.

HEGEL, Georg WF. **Fenomenologia do espírito: parte I**. Petrópolis: Vozes, 1992.

HONNETH, Axel. **Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life**. New York: Columbia University Press, 2014.

_____. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed34, 2003.

_____. **Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade**. In: SOUZA, J.; MATTOS, P. (Org.).Teoria crítica no século XXI. São Paulo: ANNABLUM, 2007.

LEAL, Israel Silveira. **Formas Alternativas de Resolução de Litígios**. Rio Grande, 2010. 65p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande – UFRG.

LUCHI, José Pedro. **Propedêutica habermasiana ao Direito**. Sofia, Vitória-ES, n.VII, p. 175-200, 2001.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2 ed. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, 2005.

NOBRE, Marcos. “**Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a Teoria Crítica**”. In: HONNETH, A. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p.7-19.

RIBEIRO W. C. ; JULIO, R..S. **Direito e sistemas públicos de saúde nas constituições brasileiras**. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 3 - p. 447-460, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Editora: Del Rey, 2006. p. 85-93.

VINCENZI, Brunela Vieira de . **É digno ser humano? Ou És digno, ser humano?**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 75-82, 2013.

_____. **Guinada Semântica: Indivíduo, Pessoa, Individualização e Sujeito de Direitos Fundamentais**. In: CARLINI, Angélica Lucía; NALINI, José Renato. (Org.).Direitos Humano e Formação Jurídica. 1.ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 99-116.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del’ Rey, 2003.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. **Hegel: sistema, método e estrutura**. É Realizações, 2014.