

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Caio Augusto Souza Lara – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-396-2

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos.
IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

Formas de Solução de Conflitos I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos das diversas formas consensuais de solução de conflitos existentes no Brasil e no mundo.

Os temas abordados vão desde a conciliação, a mediação e as práticas de justiça restaurativa, passando também pelo estudo da arbitragem. Em virtude do tempo em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 também estiveram presentes.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Adriana Silva Maillart

Caio Augusto Souza Lara

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESGATE DA CIDADANIA
MEDIATION AS AN INSTRUMENT FOR THE RESCUE OF CITIZENSHIP

Luiza de Oliveira Carneiro Braz

Resumo

Este trabalho visa apontar a insuficiência da Lei e do Poder Judiciário para criação de soluções sensatas para complexas questões de moralidade política e de moralidade individual, partindo-se da constatação da crise da Lei e da tutela paternalista do Poder Judiciário. A partir da perspectiva Habermasiana da ação comunicativa, sustenta-se que a mediação é um instrumento idôneo para criação de um ambiente dialogal que se aproxima de uma situação ideal de fala, na qual todos os interessados e destinatários das decisões interagem e constroem soluções legítimas para problemas complexos. O método utilizado é o dedutivo com análise bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Autonomia individual, Crise da lei, Mediação, Perfeccionismo moral, Teoria da ação comunicativa

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to point out the insufficiency of the Law and the Judiciary to create wise solutions for complex questions of political morality and individual morality, based on the crisis of the Law and the paternalistic custody of the Judiciary. From the Habermasian perspective of communicative action, it is held that mediation is a ideal instrument to create a dialogical space that approaches an ideal situation of speech, in which all interested parties and recipients of decisions may interact and build legitimate solutions for complex issues. The method is deductive also bibliographic and documental analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Individual autonomy, Crisis of the law, Mediation, Moral perfectionism, Theory of communicative action

1. INTRODUÇÃO.

O presente artigo pretende desenvolver a hipótese de que Estado não deve exercer uma tutela paternalística dos cidadãos, a partir de uma moral convencional proveniente de uma elite burocrática.

O declínio do poder carismático e do poder tradicional no final do período pré-moderno fizeram com que as forças políticas em ascensão buscassem um outro fundamento de validade para impor padrões normativos que correspondessem aos interesses de uma burguesia industrial e comercial que vinham ascendendo ao poder.

Na formação do Estado moderno, o direito era proveniente do instrumento capaz de oferecer uma nova racionalidade formal que, a um só tempo, rompesse com as tradições pré-modernas e contemplasse novos limites à deliberação dos governantes. Surge a lei e sua racionalidade formal que retratam a vontade do povo, entendido como nação que compartilha homogeneamente os mesmos hábitos, cultura e língua.

O papel da Lei seria retratar a vontade da maioria e impor limites aos governantes. Nesse sentido, estado de direito significava a limitação do poder pelo parlamento por meio de seu instrumento formal: a lei.

Ocorre que a Lei não ocupa mais um lugar central nos atuais Estados Constitucionais de direito. Tampouco a ideia de povo corresponde à noção inicial de uma sociedade homogênea que compartilha os mesmos valores.

Com efeito, vive-se atualmente sob a égide de constituições compromissórias e albergam uma variedade de valores, o que provoca uma crise da capacidade dos órgãos estatais para prover soluções racionais de complexas questões de moral política e de moral privada a partir de um perfeccionismo moral, conceito a ser desenvolvido no curso do trabalho.

A partir do método dedutivo e com análise bibliográfica e documental, pretende-se questionar, no segundo capítulo, a crise da lei como o instrumento iluminista que supostamente consubstancia a vontade popular, bem como de seu potencial para guiar escolhas morais políticas e privadas.

Em seguida, no terceiro capítulo, procura-se denominar o paternalismo estatal como uma forma de perfeccionismo moral, que, por meio de uma pretensão normativa, orienta as escolhas existenciais dos cidadãos sem respeitar a autonomia da vontade dos mesmos.

No quarto tópico, analisa-se a perspectiva de uma racionalidade dialógica com uma forma de construção de uma moral pós-convencional elaborada pelos destinatários das normas.

Ato seguido, procura-se desenvolver a ideia de empoderamento da cidadania com a consequente e necessária devolução das soluções das grandes questões de moralidade política e de moralidade individual para seus titulares, é dizer, os cidadãos. Com efeito, analisa-se a contribuição da teoria da ação comunicativa na construção de soluções que se aproximam de uma situação ideal de fala.

Conclui-se apresentando a mediação como um instrumento idôneo a promover as precondições necessárias à construção de um direito legítimo para regular controvérsias morais de difícil equacionamento.

2. A CRISE DA LEI.

No Estado legicêntrico e liberal, o direito se encerrava na lei. Texto e norma eram sinônimos, cabendo ao magistrado aplicar a disposição de forma a respeitar a vontade geral consubstanciada no instrumento simbólico do poder estatal: a lei. Entretanto, a insuficiência de tal abordagem logo seria constatada. Nesse sentido, destaco ilustrativa passagem doutrinária retratando o fenômeno da crise da lei:

...Esse descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limiar do “mundo tecnológico”: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena a um direito doutrinário, afastado da realidade. O controle jurídico, mais casuísta e mais leve, parece mais propício aos regulamentos sofisticados exigidos por nossas sociedades complexas. Leis *gadgets*, direito etéreo, direito maleável, direito vago... a inflação de leis que nem sempre têm conteúdo normativo e a multiplicação de textos de editais de espírito volátil acabam por constituir um estoque normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. Aí reside uma das causas do descrédito da regra – e um risco de “quebra” jurídica. O recurso à regulamentação legislativa, da qual o político usa e abusa, ameaça exaurir o sistema jurídico. É preciso que o direito reencontre sua elegância. Ele só a reencontrará no momento em que passar a ser concebido não apenas como um conjunto de regras, mas também como um conjunto de princípios... (GARAPON, 1999, p. 40)

Conforme prenunciado pelo autor destacado, o texto da lei muitas vezes suscita problemas relativos ao caráter vago ou ambíguo da disposição, bem como problemas de contradição entre dispositivos igualmente importantes, o que levou a doutrina a desenvolver outros métodos hermenêuticos mais sofisticados.

No seio do positivismo, surgiria a ideia da incompletude do texto legal em razão da insuficiência da linguagem para explicar o fenômeno jurídico, predizendo soluções sensatas para problemas hermenêuticos complexos que não apresentavam claramente uma direção a seguir. Sobre a incompletude do trabalho do legislador e a necessária atuação do intérprete nesse espaço, merece menção as seguintes passagens doutrinárias:

...A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso... (HART, 2009, p. 175)

...A aplicação do direito é simultaneamente produção do Direito. Esses dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. E desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do direito. (...) todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por essa norma, de uma norma inferior. (...) Simplesmente, a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis... (KELSEN, 1998, pp. 245-246)

Assim, nas versões mais sofisticadas do positivismo, operou-se uma distinção entre o texto e a norma dele decorrente, passando-se a sustentar uma discricionariedade judicial no espaço em branco dos textos legais.

Conforme destacado, tanto em KELSEN (1998) quanto em HART (2009), o intérprete integra o processo de construção da norma dentro de uma margem de atuação fixada pelo texto e pela decisão tomada pelo órgão competente da fase anterior de concretização do direito. O intérprete, mormente o magistrado, atua nas franjas do texto como um legislador intersticial conhecendo e decidindo o conteúdo da norma dentro da moldura normativa.

A questão da discricionariedade judicial forte leva a um decisionismo do intérprete, já que este deveria atuar com “bom senso”, como se fosse um legislador, socorrendo-se de elementos extralegais. O direito, nessa perspectiva, não se confundiria com a moral.

Para delimitar ainda mais o espaço de discricionariedade dos intérpretes nos casos difíceis, é dizer, casos de vagueza, ambiguidade e de questões morais complexas (BARROSO, 2019) são divisados novos padrões decisórios. As normas bipartem-se em

regras e princípios.

A teoria dos princípios formulada por DWORKIN (2010) e desenvolvida por ALEXY (2010) aponta para a necessidade de construção do significado normativo no espaço delimitado pelos princípios, vistos como normas deontológicas, é dizer, que apontam uma direção para a ação.

Nessa formulação, não obstante as diferentes abordagens dos referidos autores, pode-se dizer que a discricionariedade, em um sentido fraco, viria limitada pela necessidade de realização de um princípio e de uma leitura moral da Constituição.

No ponto que interessa ao presente trabalho, nota-se uma parcial abertura do direito para discussões de moralidade política, filosofia da moral e outros elementos que outrora eram incomunicáveis com o âmbito do jurídico.

Entretanto, o uso excessivo de princípios para fundamentar cursos de ação pode provocar uma fragilização da segurança jurídica, bem como um embotamento da cidadania e dos canais tradicionais de deliberação política. O apelo a princípios abstratos só deve ocorrer nos casos em que inexistente uma regra clara, que aponte uma solução sensata para uma questão complexa, sob pena de passarmos a viver uma “Supremocracia” (VILHENA, 2014).

A ascensão do Poder Judiciário em seu desenho institucional reformulado pela teoria dos princípios pode provocar, como de fato provoca no Brasil, um paternalismo moral e uma postura invasiva de outros poderes mais legitimados para discutir e representar complexas questões de moralidade política.

A utilização excessiva de princípios e a concentração das principais questões políticas no Poder Judiciário, que passa a atuar como “superego” da sociedade (MAUS, 2010), trouxeram um enfraquecimento do espaço majoritário e dos círculos sociais, que outrora influenciavam tais questões como a família, a comunidade, as igrejas, etc.. O ponto pode ser ilustrado com a seguinte passagem:

...Por isso, a “sociedade órfã”, de maneira paradoxal, promove a infantilização dos sujeitos, cuja consciência de suas relações de dependência também desvanece. Assim, indivíduos e coletividades podem ser ainda mais facilmente dirigidos e transformados em objetos administrados pela legalidade objetiva e pelos mecanismos funcionais da sociedade industrial evoluída... (MAUS, 2010, p. 15)

A transferência para o judiciário de questões de moralidade política enfraquece o espaço majoritário e a autonomia individual. Infantilizado, perde o cidadão o poder de

definir o caminho a seguir em direção a uma vida boa, que seja resultado de suas escolhas existenciais.

Portanto, a Lei, embora tenha perdido a posição de centralidade do sistema para as Constituições, ainda é uma manifestação legítima proveniente do espaço majoritário, que deve ser prestigiado. O papel do judiciário é impulsionar o debate naquela instância, muitas vezes optando por uma postura deferente.

3. PERFECCIONISMO ESTATAL E TUTELA JUDICIAL.

A autonomia configura um espaço individual protegido das intervenções estatais. No desenvolvimento da personalidade e no curso de suas vidas, os indivíduos fazem escolhas e adotam valores tendo em vista uma moral positivada transmitida pela família, pela comunidade, por diversas associações de que possa fazer parte, etc.

Além dessa moral positiva decorrente da tradição, há discussões relativas à moral política, que dizem respeito ao que pode ser decidido em nome da coletividade. Nesse ponto, as discussões se centram no que é correto fazer visando concretizar os valores fundamentais compartilhados pela comunidade. Tal perspectiva pode apontar na mesma direção da moral positivada ou inaugurar um novo curso de ação, a partir de uma moral crítica.

A pretensão normativa de orientar as escolhas existenciais dos cidadãos, sem respeitar a autonomia individual destes, configura o que em boa doutrina se chamou “perfeccionismo estatal” (NINO, 2010). Nesse diapasão, transcreve-se a seguinte passagem doutrinária:

...Um segundo princípio da filosofia liberal pode ser denominado ‘princípio da autonomia da pessoa’. Esse princípio prescreve que o Estado deve permanecer neutro em relação aos projetos de vida individuais e ideais de excelência humana, limitando-se a elaborar instituições e adotar medidas para facilitar a busca individual desses projetos de vida e a satisfação dos ideais de excelência que cada um defende, e para impedir a interferência mútua no decurso dessa busca. Essa concepção se opõe ao enfoque perfeccionista, segundo o qual é missão do Estado fazer que os indivíduos aceitem e realizem certos ideais de excelência humana homologados, e, por conseguinte, que o direito deve regular todos os aspectos importantes da vida humanal... (NINO, 2010, p. 494)

Como guardião das promessas (GARAPON, 1999), o Poder Judiciário passou a tutelar os cidadãos por meio do instrumento simbólico de atuação dos primeiros Estados Liberais modernos, qual seja: a aplicação da lei, vista como elemento simbólico de correção e de justiça. O espaço privado foi ocupado pelo direito, que passou a ser o

guardião da moral pública e privada. Digna de menção a seguinte passagem doutrinária:

...O controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é “um dos maiores fatos políticos deste final de século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso. Primeiramente, na vida política, quando se viu desenvolver por todo o mundo aquilo que os americanos chamam de um “ativismo judicial” (*judicial activism*). O juiz é normalmente designado como árbitro de costumes, até mesmo da moralidade política: a atualidade cotidiana nos oferece múltiplos exemplos que não dizem respeito apenas a uma única família política. (...) Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel de árbitro ou de jurista, mas igualmente o de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública... (GARAPON, 1999. p 49)

A atuação judicial deve impulsionar o debate nas instâncias majoritárias, no que se refere à moral política, bem como restituir o debate sobre questões existenciais para os cidadãos. Nesse sentido, deve-se promover um empoderamento dos indivíduos removendo obstáculos ao diálogo nos casos de controvérsias envolvendo alguma dimensão da moralidade.

Para promover essa “devolução” da instância decisória com o prestígio da autonomia individual, surgem novas abordagens de solução de controvérsias por meio de métodos consensuais e dialogais, evitando a judicialização de questões que, ou são mal resolvidas, ou não conseguem atingir a litigiosidade latente que está na base do litígio.

A crise da Lei (GARAPON, 1999), no plano ético, resulta da inadequação de intervenção estatal em escolhas morais individuais. Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário tutelar as opções de vida heteronomamente, diminuindo o papel da autonomia individual no desenvolvimento da personalidade de seus cidadãos.

4. DE GUARDIÃO DA MORAL À PROTETOR DAS PRÉ-CONDIÇÕES DO DEBATE.

A formulação da teoria dos princípios provocou uma parcial abertura do direito para a moralidade política. Nos casos difíceis, é dizer, em conceitos vagos, ambíguos, ou nas hipóteses de sincera controvérsia moral envolvendo diversos princípios, deve o intérprete construir o significado do padrão normativo que vai reger a situação que lhe é submetida.

Baseada na ideia de uma moral preestabelecida proveniente da comunidade de

princípios, a partir da Constituição, houve um avanço paternalista no sentido de um perfeccionismo moral que vem sufocando a moral política e a moral privada.

Para contornar o perfeccionismo normativo, surge a ideia de uma racionalidade dialogada advinda de uma situação ideal de fala decorrente da participação política desenvolvida nos pressupostos da formalidade do direito (HABERMAS, 2010).

Nessa perspectiva, os direitos morais são vistos como pressupostos de decisões legítimas nas modernas democracias constitucionais. O direito liberal e a democracia são cooriginários, não havendo que se falar em uma ordem objetiva de valores estabelecida previamente e tutelada pelo Estado. Ilustra-se o ponto com a seguinte passagem:

...O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade. (...) Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade. (...) Partindo de tais ideias é possível representar a constituição cooriginária do direito político e do poder político seguindo um modelo de dois degraus. O primeiro degrau se caracteriza pela posição de um juiz real que monopoliza as funções de arbitragem do conflito; o segundo pela institucionalização jurídica de um estado-maior do poder, que torna possível a formação coletiva da vontade na forma organizada do poder político... (HABERMAS, 2010, p. 158)

Portanto, uma moral pós-convencional que seja resultante da construção dialogada de soluções sensatas para questões complexas de moralidade política adviria da aproximação do discurso de legitimação com uma situação ideal de fala, na qual todos os interessados participam do debate e aceitam o seu resultado.

Também no que se refere à moral privada, deve-se intervir o mínimo possível respeitando a autonomia individual. Nesse sentido, sucedâneos da jurisdição, em especial a mediação, parecem apontar para o resgate da cidadania e da construção dialogada de soluções para questões existenciais ou controversas.

5. A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO DE JÜRGEN HABERMAS.

Para Habermas, as sociedades atuais são complexas e estão estruturadas em condições precárias de integração social, com influência de arranjos que potencializam os conflitos, dificultam a formação de unidades axiológicas e impedem a emancipação do homem enquanto ser inserido na sociedade (BUSTAMANTE, 2013).

Neste cenário, os indivíduos dirigem suas ações por critérios de racionalidade meramente instrumentais, visando interesses próprios, espelhados através de cálculos de vantagens e decisões arbitrárias. Assim, os indivíduos atuam sobre o outro e não com o outro, o que traduz em um “agir racional com direção a fins”, meramente estratégico (BUSTAMANTE, 2013).

Em sua teoria, Habermas procura um conceito comunicativo de razão e um novo entendimento da sociedade, na qual os indivíduos participem ativamente das decisões de forma consciente e, conseqüentemente, sejam responsáveis pelas decisões tomadas.

O indivíduo, para esta teoria, é possuidor de capacidade de autorreflexão e crítica, um ente participativo que, antes de agir, avalia as possíveis conseqüências de suas decisões, atuando, assim, com mais consciência, não agindo mecanicamente. Com isso, Habermas designa como racionais os indivíduos que, diante de seus padrões valorativos, têm a capacidade de adotar uma atitude reflexiva e, portanto, crítica (BUSTAMANTE, 2013).

Habermas propõe, portanto, uma teoria crítica da sociedade - oriunda da Escola de Frankfurt e com reflexos Marxistas -, que considera o agir comunicativo o principal mecanismo de realização de entendimento entre sujeitos, que formam uma consciência moral dirigida por princípios de justiça, mediante igual respeito e consideração pelos interesses de todos os integrantes do corpo social, orientados pela ideia de reciprocidade. Com isso, formam-se consensos baseados nestes ideais de justiça e de solidariedade social (BUSTAMANTE, 2013).

Somente a ação comunicativa proporciona uma modificação na relação entre os indivíduos, ao transformar o subjetivo em intersubjetivo, o que possibilita maior compreensão do individual, do coletivo e do bem estar social. Para Habermas, a linguagem do agir comunicativo será projetada pela “via do convencimento”, isto é, apresentará um viés consensual que permite ao ouvinte aceitar ou não as pretensões de validade trazidas pelo falante.

Nesse contexto, os sujeitos envolvidos na controvérsia serão sempre motivados pela razão, buscando a validação pela aceitação do indivíduo. Assim, a racionalidade comunicativa se consolida quando ocorre o entendimento mútuo, refletindo nas ações posteriores de forma que os sujeitos adequem, entre si, seus planos de ação que só terão prosseguimento quando da obtenção do consenso acerca dos resultados esperados (PEREIRA; LIMA, 2020).

Para Habermas, a racionalidade comunicativa só se solidifica em um

“procedimento no qual suas pretensões de validade resultem um reconhecimento e alinhamento das vontades. Isto é, “quando falante e ouvinte, por meio de um desempenho ativo, se entendem ou demonstram o desejo de se entenderem acerca de algo no mundo” (PEREIRA; LIMA, 2020).

Habermas desenvolve o agir comunicativo como mecanismo e fonte de integração social, na medida em que a fala assume o papel de coordenar a ação em direção ao consenso e ao entendimento mútuo, o que possibilita a modificação das relações entre os sujeitos, passando aquilo que era individual a se tornar um plano compartilhado intersubjetivamente (PEREIRA; LIMA, 2020).

O conflito, advém, normalmente, das complexidades das relações sociais, ocorrendo quando há discordância de interesses e rompimento da comunicação. Contudo, o conflito também pode ser analisado de forma positiva, na medida em que ele pode dar início a um processo de autoconhecimento, isto é, o conflito também pode ser considerado como um fator de amadurecimento das relações humanas, proporcionando um crescimento pessoal dos envolvidos (BUSTAMANTE, 2013).

Assim, Habermas acredita que a comunicação é capaz de permitir que os indivíduos construam decisões justas e legítimas, aptas a pacificar o conflito e facilitar uma melhor compreensão sobre os fatos que o desencadearam. Portanto, para o filósofo, a comunicação, exercida pela linguagem, é forma de emancipação humana é que, por meio dela, se estabelece a racionalidade comunicativa e, diante dela, os indivíduos orientam racionalmente suas opiniões e afirmações por meio de suas pretensões de validade (PEREIRA; LIMA, 2020).

6. A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE EMPODERAMENTO DO CIDADÃO.

É inegável que, no contexto social atual, a tendência de se recorrer aos métodos adequados – ditos “alternativos” - para a resolução dos conflitos é um fenômeno que se faz presente cada vez mais. Vive-se em uma sociedade que clama por celeridade, desburocratização e segurança jurídica, e, também, pela necessidade de desafogar o Poder Judiciário por meio de métodos igualmente eficazes e seguros para o cidadão buscar seus direitos, concretizando o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CR/88 e art. 3º do CPC) e, sobretudo, a dignidade humana.

Há tempos que o Poder Judiciário está cada vez mais sobrecarregado, com mais intensidade após a Constituição Federal de 1988 e com o crescimento econômico ocorrido

nas últimas duas décadas. Essa sobrecarga resta agravada na medida em que os Poderes Executivo e Legislativo sofrem significativa e generalizada descrença e, com isso, muitas esperanças de afirmação e garantia de direitos acabam sendo transferidas para o Judiciário (CAMPILONGO, 2014).

Com a intensa sobrecarga do Poder Judiciário, tem-se ampla insatisfação da prestação jurisdicional agravada, principalmente, pela morosidade e, em alguns casos, pela produção de mais conflito e inconformismo, ao revés de solucionar o conflito sociológico existente. Assim, a referida prestação jurisdicional se torna inadequada para a realização da composição justa da controvérsia, o que, em muitos casos, significa uma verdadeira denegação de justiça.

Diversas causas são levadas, indistintamente, ao Poder Judiciário, quando as próprias partes poderiam resolvê-las independentemente da intervenção do juiz. Enquanto inexistirem filtros, a utilização do sistema não será racionalizada e a excessiva judicialização continuará a retardar a prestação jurisdicional de outras demandas, que realmente merecem a atenção do Poder Judiciário.

O princípio do acesso à justiça (inafastabilidade da jurisdição), direito fundamental de todo cidadão e essencial ao funcionamento do Estado de Direito, vem sendo remodelado e ampliado pela doutrina contemporânea, devendo ser compreendido não apenas como acesso formal aos órgãos judiciários, mas, igualmente, como preceitua Kazuo Watanabe (*apud* PINHO; STANCATI, 2018), o acesso à ordem jurídica justa, que se traduz em uma prestação efetiva, tempestiva e adequada. Propõe-se, portanto, interpretar-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição à luz dos princípios da efetividade e da adequação (ZAVATARO, 2019).

Neste cenário, importantes leis surgiram a partir da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, dispõe expressamente que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”.

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), ao trazer em seu art. 3º que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” abriu formalmente as portas para que o conflito seja solucionado por meio de outras formas adequadas, que não somente pelo Poder Judiciário a quem é entregue o dever de prestar a jurisdição, mas não em monopólio. Este fenômeno é chamado de desjudicialização de conflitos (PINHO;

STANCATI, 2018).

Isso não significa que a via judicial ficará prejudicada ou dificultada, pelo contrário, ela estará sempre acessível, mas de forma subsidiária, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário, o que contribui, conseqüentemente, para a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional. Já há muito Giuseppe Chiovenda⁵ (citado por PINHO; STANCATI, 2018) falava sobre a subsidiariedade da via jurisdicional, que só seria buscada quando outros meios não se revelassem suficientes, satisfatórios para a resolução dos conflitos e para a efetivação dos direitos dos cidadãos.

A mediação, como método adequado de solução de conflitos, tem se comprovado como efetivo filtro para a racionalização do acesso à ordem jurídica e, também, para o resgate da cidadania dos indivíduos.

A mediação é um método informal de solução de conflitos, por meio do qual um terceiro imparcial e independente, proporciona um ambiente de diálogo cooperativo entre os interessados, com o uso das técnicas adequadas para cada caso específico. O objetivo da mediação não é um acordo, mas sim o restabelecimento da comunicação entre os mediados, de modo que, com isso, eles próprios encontrem caminhos para a eventual solução da controvérsia. Nesse sentido, a mediação opera como uma ferramenta de transformação social.

Como já ressaltado em boa doutrina (CAMPILONGO, 2014), “Mediar e conciliar não são meros clichês de salvação desesperada de uma Justiça falida. São muito mais. Visam o escopo social de pacificação e o objetivo político de participação na construção do direito.

O conflito é usado na mediação para propiciar a melhoria de qualidade de vida dos envolvidos, e não para submetê-lo à decisão de terceiros. O mediador, por seu turno, não profere qualquer decisão, mas somente atua como um facilitador imparcial da solução consensual do conflito.

Assim, tem-se que a prática da comunicação, no viés Habermasiano, permite a participação ativa dos indivíduos por meio da tomada de decisões voluntárias e racionais diante de uma controvérsia. Isso possibilita uma mudança de paradigma nas formas de resolução do conflito, em que não existe mais somente um método único de jurisdição que traduz a vontade do Estado, mas sim outras formas eficientes baseadas no consenso estabelecido como um meio democrático de se administrar conflitos (PEREIRA; LIMA, 2020).

Nesse sentido, a mediação surge como uma ferramenta para a transformação social, pois proporciona a facilitação do diálogo, por meio de um terceiro imparcial, com um acordo de entendimentos que permite aos sujeitos se reconheçam reciprocamente em direitos e deveres, constituindo uma convivência harmoniosa e geradora de decisões obtidas consensualmente, transformando o conflito e possibilitando novos vínculos entre as partes (BUSTAMANTE, 2013).

Diante do esgotamento do modelo de sistema jurídico adotado culturalmente pela sociedade brasileira, em que o amplo acesso à Justiça se dissipou a partir da inefetividade de solução do conflito sociológico envolvido, resta inevitável a busca por outros meios adequados de resolução de litígios, em especial a mediação, como instrumento de pacificação social e de resgate da cidadania mediante a construção dialogada de soluções para questões existenciais ou controversas.

7. CONCLUSÃO.

Com a crise da lei, a concentração de questões de moralidade política no Poder Judiciário enfraquece o espaço majoritário e a autonomia individual, conquanto o cidadão perde o poder de definir o caminho a seguir em direção a uma vida boa, que seja resultado de suas escolhas existenciais.

Diante da pretensão normativa de transferir todas as questões morais e políticas para as mãos do juiz, o Poder Judiciário passou a tutelar, de forma simbólica, os cidadãos, ao subterfúgio da aplicação da lei, orientando as suas escolhas existenciais (GARAPON, 1999). Com isso, desprestigia-se os indivíduos como cidadãos capazes de decidirem sobre questões inerentes a sua própria autonomia privada.

Neste contexto, a mediação torna-se o instrumento adequado para o resgate da cidadania dos indivíduos na medida em que, nela, os envolvidos, por meio da comunicação, participam ativamente da tomada de decisão de forma consciente, isto é, como sujeitos capazes de autorreflexão e crítica, sem a necessidade de submeterem suas questões ao arbítrio de um terceiro julgador.

Em suma, sai de cena o perfeccionismo moral resultante de uma tutela judicial sobre questões existenciais e de moralidade política e entra a racionalidade comunicativa preocupada com as condições de diálogo visando a construção de uma moral pós-convencional.

A conjuntura atual torna muito favorável qualquer abordagem acerca dos métodos

adequados de resolução de conflitos. Durante muito tempo, havia resistência para a devida abordagem do tema da promoção de ações específicas voltadas à autocomposição. A cultura até então predominante era de que a solução boa era a solução adjudicada, ou seja, aquela que perpassava por todo o procedimento estruturado, com a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, no intuito de que um terceiro imparcial, em nome do Estado, pudesse dirimir o conflito.

Portanto, sustenta-se a necessidade de se prestigiar procedimentos deliberativos que empoderem a cidadania nos quais as condições de diálogo estejam asseguradas e finalisticamente estruturadas para a promoção da vida boa, que seja resultado da autonomia individual e não de uma decisão heterônoma, por mais bem-intencionada que seja. E com isso, conseqüentemente, a tão almejada paz social poderia ser alcançada.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: Teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16 abril 2021.
- BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 ago. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acessado em: 12/05/2021.
- BUSTAMANTE, Ana Paula. **A aplicação do Agir Comunicativo de Habermas na mediação comunitária: o diálogo como instrumento transformador**. *XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA*, Curitiba, p. 398-417, maio/jun. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=514f94b7b871de0e>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade, 1ª edição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014, pg. 130. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502617698/>>. Acesso em: 17 mai. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020. Sumário Executivo.** p. 4. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário da Justiça eletrônico n. 219*, Brasília, DF, 1º dez. 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acessado em: 12/05/2021.

DADALTO, Rafael Gaburro. **Desjudicialização por meio das serventias extrajudiciais e acesso à Justiça: Análise acerca da (im)possibilidade de tornar obrigatória a via administrativa.** 2019. 133 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério** – São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas** – Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada.** Tradução Lucia Aragão; revisão Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAUS, Iceborg. **O Judiciário como superego da sociedade** – Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito** – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. LIMA, Larissa Stephane Monteiro de. **Análise da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas nos institutos da conciliação e mediação judicial.** *Revista Fides*, Natal, v. 11, n. 2, p. 654-675, ago/dez. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. **A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015.** *Revista de Processo*, v. 254, Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Acesso_reassignificado_-_Dalla_e_Stancati_-_2018.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, JUL-DEZ 2008.

ZAVATARO, Márcia Cristina. **A Importância do Notário no Processo de Desjudicialização dos Serviços, in Tabelionato de Notas: Temas Aprofundados**. Editora JusPodivm, 2019, Salvador/BA.