

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

ADRIANA SILVA MAILLART

VALTER MOURA DO CARMO

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

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

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

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

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

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

Comunicação:

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

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

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

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

F723

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

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-173-9

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Conflitos. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos a presente obra coletiva, composta por artigos apresentados no Grupo de Trabalho intitulado “Formas Consensuais de Solução de Conflitos I”, durante o II Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre 02 e 08 de dezembro de 2020. Nesta obra, poderão ser encontrados treze artigos apresentados no mencionado GT, selecionados após rigorosa análise pelo sistema double blind review e que apresentam uma complexidade de assuntos, demonstrando o amadurecimento dos estudos do tema deste GT. Observa-se, particularmente, nesta edição, a rápida e dinâmica reação de nossos autores em retratar os problemas jurídicos motivados pela eclusão da pandemia mundial do Covid-19 e que trouxe mudanças significativas no relacionamento interpessoal neste ano de 2020. Isto pode ser observado no texto “A racionalidade mecanicista e a exceção: conflito, consenso e pandemia”, de Gabriel Rojas Roscoe Salerno Penido, Henrique Silva Wenceslau e Márcio Luís de Oliveira. No estudo de Mariana Fiorim Bózoli Bonfim, Dionísio Pileggi Camelo e Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro tratam também dos impactos do isolamento social e suas implicações para o agravamento da violência doméstica em tempos de pandemia do Covid-19 no Brasil, equanto que, Sandra Gonçalves Daldegan França e Fabiana Polican Ciena analisam a utilização da justiça restaurativa como instrumento de pacificação no convívio familiar pós-pandemia.

A justiça restaurativa também foi tema do artigo “a efetivação do ideário restaurativo a partir da aplicação das práticas restaurativas”, de Carolina Ellwanger.

As constelações sistêmicas também foi outro tema recorrente deste GT. A aplicação das constelações sistêmicas na prática da mediação foi tratada pelas autoras Geysa Naiana da Silva Rufino Araújo e Iracecilia Melsens Silva Da Rocha. Já o uso da constelação, no âmbito criminal, foi assunto do artigo proposto por Antonina Gallotti Lima Leão e Maria Beatriz Aragão Santos. Enquanto que, o direito sistêmico e o inventário foi abordado por Tarita Nascimento Cajazeira, Geysa Naiana da Silva Rufino Araújo e Rosalina Moitta Pinto da Costa, em artigo de mesmo nome.

A possibilidade da utilização de meios de pacificação de conflitos no âmbito ambiental foi assunto tratado em dois estudos, um de autoria Carina Deolinda Da Silva Lopes, Elenise Felzke Schonardie e outro de autoria de Magno Federici Gomes e Wallace Douglas Da Silva Pinto.

O papel do advogado na aplicação dos métodos consensuais, novas modalidades de resolução de disputas, como o dispute board, e o uso das novas tecnologias no ensino jurídico também foram temas abordados neste GT pelos autores Andreia Ferreira Noronha, Fernanda Fernandes da Silva e Hernando Fernandes da Silva; Juliana Bruschi Martins, Larissa Camerlengo Dias Gomes e Sergio De Oliveira Medici; Gisélia da Nóbrega Maciel e Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro, Ricardo Augusto Bonotto Barboza, respectivamente.

E demonstrando que a análise interdisciplinar de pesquisa sempre traz bons resultados Amanda Inês Morais Sampaio, Yuri Matheus Araujo Matos e Tatiane Inês Moraes Sampaio, utilizam-se da música para analisar a mediação de conflitos, no artigo “Ensinamentos da mediação ante os conflitos intersubjetivos de Eduardo e Mônica”.

Por fim, gostaríamos de agradecer e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados neste Encontro e desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra.

Boa leitura!

Adriana Silva Maillart

Valter Moura do Carmo

Nota técnica: O artigo intitulado “A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS: UM REFLORESCER NO ENTENDIMENTO” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RACIONALIDADE MECANICISTA E A EXCEÇÃO: CONFLITO, CONSENSO E PANDEMIA

MECHANICIST RATIONALITY AND EXCEPTION: CONFLICT, CONSENSUS AND PANDEMIC

**Gabriel Rojas Roscoe Salerno Penido
Henrique Silva Wenceslau
Márcio Luís de Oliveira**

Resumo

O presente artigo é um convite à uma reflexão sobre as bases jurídicas e filosóficas das democracias contemporâneas, bem como um chamado do exercício do dever de corresponsabilidade dos agentes democráticos na manutenção do Estado Democrático-Constitucional de Direito. As democracias contemporâneas possuem um núcleo essencialmente comunicativo, e é justamente o diálogo que ela espera de seus agentes.

Palavras-chave: Mediação, Carl schmitt, Neoconstitucionalismo, Exceção, Covid-19

Abstract/Resumen/Résumé

This article is an invitation to reflect on the legal and philosophical bases of contemporary democracies, as well as a call for the exercise of the duty of co-responsibility of democratic agents in maintaining the Democratic-Constitutional State of Law. Contemporary democracies have an essentially communicative nucleus, and it is precisely the dialogue that it expects from its agents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Carl schmitt, Neoconstitutionalism, Exception, Covid-19

1. INTRODUÇÃO

As normas que preveem situações excepcionais, podem, no máximo prever a possibilidade de uma situação-limite, mas as especificidades e dimensões da situação excepcional não podem ser previstas ou circunscritas em uma norma jurídica. Em tempos excepcionais a rigidez revela-se o pior dos caminhos, pois a emergência de uma exceção representa a imprevisibilidade da vida real, cuja força revela-se capaz de romper com a crosta mecânica cristalizada de qualquer lógica pautada na repetição.

A pandemia ocasionada pela COVID-19 nos proporciona uma boa reflexão sobre as fragilidades sistêmicas que podem ser evidenciadas em uma situação-limite. As relações jurídicas são pautadas pela expectativa de cumprimento contratual, seja um acordo firmado nas relações privadas ou a tese contratualista de um pacto social. De todo modo, espera-se que as partes que compõe uma relação jurídica satisfaçam suas expectativas. A pandemia provocou a imprevisibilidade e a impossibilidade de cumprimento de muitas expectativas firmadas nas relações jurídicas, deixando uma longa cadeia de quebras e frustrações, o que formou um intenso cenário de instabilidade.

Não é nossa intenção arriscar qualquer prospecção de um mundo “pós pandemia”, pois acreditamos que seria um passo um tanto vultoso, tendo em vista que um cenário “pós” inspira incertezas em razão de nos encontramos em período de latência, isto é, entre a evidência de um fenômeno e a devida compreensão dos seus efeitos. Sendo assim, nos resta inspirar uma reflexão acerca do presente e das ações que podem influir em um cenário mais favorável para que enfim, em seu devido tempo, se possa discutir o “pós” pandemia.

Os infortúnios causados pela pandemia exigirão dos agentes democráticos posturas e condutas condizentes com a expectativa sistêmica do constitucionalismo contemporâneo: o dever e a corresponsabilidade dos agentes democráticos para efetivação do télos constitucional de efetivação dos direitos e garantias, pautado pelo diálogo e solidariedade na busca pelo consenso.

A impossibilidade das normas jurídicas de contemplarem toda a complexidade das situações excepcionais já foi denunciada por Carl Schmitt no início do século XX. Schmitt foi capaz de tecer duras críticas à racionalidade jurídica moderna que, ao seu juízo, se desenvolveu sob uma lógica mecanicista. A crítica schmittiana será o ponto de partida deste trabalho. E para compreendermos a racionalidade técnica e econômica apontada por Schmitt, investigaremos o pensamento mecanicista e o contexto de sua formação, para enfim demonstrarmos como a principiologia das democracias contemporâneas revela-se o melhor

caminho para os efeitos devastadores da imprevisibilidade em um sistema jurídico criado sob a lógica mecânica da repetição.

Portanto, iniciaremos nosso estudo buscando a compreensão da racionalidade mecanicista formadora do pensamento moderno, pautada pela uniformização e redução da complexidade dos elementos explicativos de um fenômeno, para compreendê-los sob certas regras e operacionalizada pela lógica da repetição. Isto é, por uma racionalidade técnica-economicista e finalística.

Em um segundo momento, faremos uma breve regressão histórica para a compreensão do contexto deste pensamento na formação do espírito do homem moderno na chamada revolução mercantil, responsável por moldar o pensamento ocidental no paradigma liberal.

Posteriormente, avançaremos nas premissas do constitucionalismo democrático contemporâneo, também designado como neoconstitucionalismo para, a partir de seus princípios, compreendermos como o consenso e o diálogo se mostram como a melhor e a mais racional saída para as quebras de expectativas provocadas pela situação excepcional da pandemia.

Portanto, este artigo é um convite à uma reflexão sobre as bases jusfilosóficas das democracias contemporâneas, bem como um chamado do exercício do dever de corresponsabilidade dos agentes democráticos na manutenção do Estado Democrático-Constitucional de Direito, de modo que todos os componentes deste concerto tenham uma atuação norteadas pelos vetores do consenso, contribuindo para um retorno menos incerto à um *status* de normalidade.

2. O MECANICISMO MODERNO E A CRÍTICA SCHMITTIANA

Para Carl Schmitt (1998) a modernidade caracterizou-se por sua forma mecanicista, isto é, por uma racionalidade técnica e econômica que lhe é característica devido ao contexto de suas bases fundantes: as revoluções liberais. O racionalismo técnico economicista denota o contexto sócio-cultural em sua etapa formativa, ou seja, reflete as características da formação

do paradigma moderno¹ e o espírito mercantilista de um novo homem nas raízes das democracias contemporâneas.

A razão moderna à qual Schmitt se refere como guiada por uma *thélos* operacional economicista, nos remete ao racionalismo do século XVII. O racionalismo mecanicista teve, entre outros expoentes, o francês René Descartes (1596–1650), cuja filosofia contribuiu para as mais diversas áreas do conhecimento e influenciou de maneira significativa o modo-de-ser e pensar dos tempos hodiernos.

“O mecanicismo cartesiano entende o universo como um grande relógio constituído por engrenagens que se engatam mecanicamente e estas, por sua vez, sendo analisadas por partes menores autônomas que interagem mantendo a sua independência.” (PONCZEK, 2009, p.271) Conforme Battisti (2010), entre as características da racionalidade mecanicista, chamamos atenção para alguns elementos que a compõem:

(i) a uniformização e a redução da complexidade dos elementos explicativos de um fenômeno para compreendê-los sob certas regras. Isto é, sua lógica opera sob uma homogeneização de repetição e reprodução, à qual se relega o extraordinário;

(ii) a negação da distinção ontológica entre as coisas divinas e as coisas terrenas permitindo a compreensão da natureza por um modelo mecânico, cuja possibilidade de fragmentação permitiu observar as partes constituintes do todo;

(iii) a introdução da racionalidade matemática, em oposição à racionalidade sensível;

(iv) a substituição da causa final pela causa eficiente, isto é, apresenta uma finalidade operacional.

A racionalidade mecanicista realiza-se pela compreensão dos fenômenos sob um olhar mecânico possibilitando a decomposição e reconstrução (MORIN, 2007), em outras palavras, o pensamento mecanicista nos possibilita fragmentar o tecido complexo das

¹ O termo moderno apresenta semântica variada e provém do latim *modernus*. Este termo já conhecido na literatura cristã desde o século V, foi adotado na filosofia escolástica durante a idade média para diferenciar um presente tornado cristão de um passado romano pagão. Nesse sentido, o termo modernidade como um uma descontinuidade em relação ao antigo já era utilizado na europa bem antes de sua difusão na acepção renascentista de rompimento com o medievo, que só veio a espalhar-se no século XVII. Conferir: OLIVEIRA, Márcio Luís de. A Constituição juridicamente adequada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

realidades para organizá-lo de forma abstrata, anulando ou justapondo a diversidade. (BATTISTI, 2010) Isto porque:

a máquina, que é o modelo explicativo privilegiado pela filosofia mecânica, pode ser um artefato que existe realmente, ou apenas um aparelho pensado como possível. Levando em conta que cada elemento (ou “peça”) de uma máquina cumpre a uma sua função específica e considerando que cada “peça” é necessária para o funcionamento da própria máquina, na grande máquina do mundo não há mais hierarquias, ou fenômenos mais nobres ou menos nobres. O mundo concebido como um grande relógio derruba a imagem tradicional do mundo como uma espécie de pirâmide que tem embaixo as coisas menos nobres e no alto aquelas mais próximas de Deus. Conhecer a realidade significa tomar conhecimento das formas pelas quais funcionam as máquinas que operam no interior daquela máquina maior que é o mundo. (ROSSI, 2001, p.118)

Dá-me matéria e movimento e construirei o universo!” Esta audaciosa frase cartesiana reflete bem a razão mecânica que visa buscar, por detrás da complexidade, uma ordem perfeita legiferando uma máquina perpétua. (MORIN, 2007) Neste sentido, o universo para Descartes revela-se como uma máquina cósmica, cuja regência realiza-se de forma autônoma impulsionada apenas por uma força oriunda de um movimento impresso inicialmente: “o sopro divino” (BURNS, 1970). Esta percepção do universo, nos mostra no deísmo cartesiano, a gradual mudança acerca da reflexão sobre o divino e a razão na transição da racionalidade do medievo para a modernidade.

O reconhecimento da existência de uma alma racional serve para traçar uma linha de demarcação não entre as máquinas e os organismos vivos, mas entre as máquinas - viventes e algumas funções particulares daquelas máquinas peculiares (únicas no universo) que são os homens, as quais, e somente elas, são capazes de “pensar” e de “falar”. Uma vez que seja adotado o modelo da máquina, na percepção de Descartes, apenas estas duas funções parecem inexplicadas ou não explicadas de um modo totalmente satisfatório. (ROSSI, 2001, p.120)

O pensamento moderno provocou uma ruptura com o pensamento pretérito. “A contemplação escolástica medieval da obra divina passa a ser substituída pela pergunta: *por quê?* Enquanto que o *para quê* é a pergunta da causa final ou finalidade, o *porquê* é a pergunta da causa eficiente ou da causalidade”. (BURNS, 1970, p.547) No entanto, ainda que houvesse a possibilidade de se conhecer os atributos divinos – em razão do rompimento da distinção entre a essência entre as coisas criadas por Deus ou pelos homens – não é possível determinar os fins pelos quais Ele criou o universo e a nós mesmos. (BURNS, 1970)

Afirma Carl Schmitt (1998, p 26), que o mecanicismo moldou o imaginário ocidental transformando o mundo em um “dínamo gigantesco”. Tal influência do pensamento mecânico na ciência jurídica reflete no seu desinteresse pelas causas excepcionais, notadamente nas jurisprudências dos negócios diários e da vida cotidiana. (SCHMITT, 1996) É notório que

Carl Schmitt foi um opositor nato do liberalismo – formador do espírito mercantil do homem moderno e da racionalidade técnico-econômica – a quem atribui o descolamento da forma político-jurídica transcendente, para uma racionalidade econômica imanente.

Schmitt foi um dos mais brilhantes juristas de seu tempo e sua crítica merece a devida atenção especialmente em tempos de incerteza, quando a imprevisibilidade faz manifestar as incertezas assombrando qualquer racionalidade voltada para uma lógica mecanicista. A racionalidade jurídica mecânica, i.e., o pensar jurídico deslocado para uma racionalidade técnica-economicista que visa a máxima precisão, é incapaz de conceder respostas à situações excepcionais reais. Uma vez que qualquer sistema legal calculável necessita da constância mecânica para a realização de suas expectativas.

Todavia, para darmos continuidade a esta reflexão, carece esclarecer que não abriremos um debate acerca da mais genuína situação de exceção levantada por Carl Schmitt (1996), especificamente sobre a questão da soberania. A *extremus necessitatis casus* schmittiana relaciona-se com a conservação do próprio ordenamento, mediante a suspensão do próprio ordenamento jurídico para que o mesmo consiga ser aplicado. Ousemos aqui, apenas fazer da crítica de Schmitt um ponto de partida da nossa observação, no que toca a impotência de normas gerais sobre situações exceção na contenção dos fatos e situações excepcionais reais.

Entretanto, para a compreensão da racionalidade técnica e econômica na formação do pensamento moderno, voltaremos rapidamente à formação da modernidade, cujo conjunto de fatores foram determinantes na construção e na formação da base filosófica, institucional e sócio cultural do ocidente.

3. A FORMAÇÃO DO ESPÍRITO MODERNO

Darcy Ribeiro (2001) ao teorizar sobre o processo civilizatório e as etapas da evolução sociocultural, compreendeu a formação de cada etapa quanto ao seu movimento direcional temporal em duas fases. Primeiro, ocorre o que Darcy Ribeiro denominou como etapa formativa, que se caracteriza pela emergência de uma nova formação sócio cultural que rompe com o modo-de-ser pretérito. Posteriormente ocorre a denominada etapa de florescimento, definida pela intensificação das características diagnósticas desta nova formação. Sua tese correlaciona as revoluções tecnológicas com as etapas da evolução sociocultural, demonstrando a força da técnica ao longo do processo civilizatório. No contexto de formação

da modernidade o mercantilismo e as novas técnicas desenvolvidas pela razão revolucionaram o berço do mundo ocidental.

Eram tempos de disrupção! Os veleiros oceânicos e a criação das bússolas abriam mares antes nunca navegados possibilitando novas rotas de comércio, em razão de um empreendimento coletivo entre estado e o investimento privado. Os primeiros passos dados em direção à globalização modificaram a noção de distância enquanto a informação passou a viajar em uma velocidade nunca antes vista. Os rígidos estamentos sociais que outrora marcavam a sociedade feudal européia encontravam-se em ruínas, ao passo que os burgos prosperavam. A nobreza financeiramente arruinada foi substituída de forma progressiva pela burguesia, que passou a ocupar o espaço social, econômico e político anteriormente restrito.

Contra a insegurança das invasões na formação do medievo, a proteção estava nos muros das cidadelas que representavam a relação feudal, mas na etapa formativa da modernidade, a solução para os abusos do senhor feudal encontravam-se nas associações (CASTRO, 1977), que em razão das novas possibilidades de comércio contribuiu para o desenvolvimento das relações societárias. Anunciava-se então a revolução mercantilista.

A expansão mercantil contribuiu para a formação de um capitalismo embrionário, que progressivamente mostrava seus traços. No campo econômico, a abundância dos metais preciosos do novo mundo circulando na Europa fez com que os preços subissem de forma vertiginosa, e as camadas mais pobres do campesinato que viviam das terras comunais sofriam com os cercamentos ao ver desaparecer seus métodos de subsistência frente a afirmação da propriedade (BEAUD, 1987). Era o esboço das modernas relações laborais, cujo valor havia sido fortalecido pela Reforma com a dignificação do trabalho. Tal qual seu contexto histórico, o homem moderno revelou-se um ser dinâmico, que se libertava da estática ordem medieval e para um vasto mundo aberto a possibilidades.

O movimento mercantil foi um das mais significativas experiências na formação do paradigma ocidental, sem ele, os quadros da vida moderna não seriam o mesmo, pois “determinados tipo de racionalização se desenvolveram no Ocidente e apenas no Ocidente.” (WEBER, 2001, p.23)

O mercantilismo contribuiu para o deslocamento das bases do comércio do plano local e regional da Idade Média, para afirmar o comércio em escala global. A atividade mercantil com sua finalidade lucrativa, até então condenada pela moral católica, estabeleceu a concorrência com base na produção e no comércio. Neste sentido, devemos à revolução mercantilista e seus elementos constitutivos o surgimento do capitalismo, isto é, do modelo econômico ocidental e suas relações jurídicas. (BURNS, 1970)

Como fase subsequente na formação do pensamento moderno, isto é, sua etapa de florescimento, as características de sua etapa formativa foram intensificadas culminando na revolução industrial. Os riscos do investimento aventureiro das navegações foram substituídos pela aplicação do capital em sistemas fabris, e a mão-de-obra rural vindas do campo foi reorganizada como operadores das novas máquinas. (BEAUD, 1987)

Com desenvolvimento dos mercados tanto em âmbito interno quanto internacional, se fez necessário o aumento dos modo de produção para os novos mercados, fomentando o descobrimento de novas técnicas e o desenvolvimento de novas tecnologias para suprir o aumento da demanda e reduzir dos custos.

À primeira vista, a forma especial do moderno capitalismo ocidental teria sido fortemente influenciada pelo desenvolvimento das possibilidade técnicas. Sua racionalidade é hoje essencialmente dependente da calculabilidade dos fatores técnicos mais importantes. Mas isso significa basicamente que é dependente da ciência moderna, especialmente das ciências naturais baseadas na matemática e em experimentações exatas e racionais. Por outro lado, o desenvolvimento de tais ciências e das técnicas que nelas se apóiam recebe, agora importante estímulo dos interesses capitalistas quanto a suas aplicações econômicas práticas. É verdade que a origem da ciência ocidental não pode ser atribuída a tais interesses. O cálculo, mesmo com decimais, e a álgebra, foram adotados na Índia, onde o sistema decimal foi inventado; mas seu uso foi desenvolvido apenas pelo capitalismo no Ocidente, pois na Índia isso não levou à moderna aritmética e contabilidade. Nem podemos dizer que as origens da matemática e da mecânica tenham sido determinadas pelos interesses capitalistas. Mas a utilização técnica do conhecimento científico, tão importante para as condições de vida da massa do povo, foi certamente incentivada pelas considerações econômicas, que lhe eram extremamente favoráveis no mundo ocidental. Esse incentivo, porém, derivava das peculiaridades da estrutura social no Ocidente. (WEBER, 2004, p. 8)

Não é de se surpreender que a razão técnica trouxe consigo, para todos, um modo de vida, um modo de ser, de pensar e viver. Pensadores modernos, como Bacon e Descartes, depositaram enormes esperanças no progresso da ciência, da racionalização e da técnica. (ELLUL, 2004) Essa confiança na técnica de modo algum encontra-se ultrapassada, ela ainda reside no imaginário como uma forma de progresso apesar das inúmeras críticas sobre sua associação nociva com o liberalismo econômico, entretanto, não temos o objetivo de adentrar ao debate entre os benefícios da técnica e as narrativas escatológicas da ultra-tecnização. O que objetivamos é demonstrar como a racionalidade econômica mecanicista reflete o contexto sócio-cultural da formação e do florescimento da racionalidade moderna, que indiscutivelmente foi forjada em torno das máquinas, isto é, em torno do comércio, da produção e do consumo. Haja vista o próprio debate político clássico que marcou a modernidade teve em seu cerne a detenção do poder das máquinas, isto é, o controle dos meios e da titularidade da produção e da forma de consumo².

El desenvolvimiento de la técnica se acentúa en tal manera a lo largo del siglo XIX, tan rápida es la evolución de las relaciones sociales y económicas, que todas las cuestiones morales, sociales y económicas se resiente de ello. Bajo el impulso formidable de los descubrimientos y de las realizaciones cada día más perfectas y más maravillosas, surge una “religión del progreso técnico” (SCHMITT, 2009, p.18)

A racionalização das leis e da administração de Max Weber ilustra a racionalidade exposta, pois, para Weber (2004, p.31), o capitalismo racional não necessita apenas dos meios técnicos de produção, mas também de “um sistema legal calculável e também de uma administração baseada em termos de regras formais”. Isto porque, o capitalismo racional depende de sistemas legais e administrativos técnicos e com alto grau de precisão, e é isto que diferencia o capitalismo moderno do capitalismo aventureiro da etapa formativa da modernidade.

Neste sentido Schmitt (1998) afirma que o pensar econômico característico da modernidade conhece apenas um tipo de forma: qual seja precisão técnica. Sobre Weber, Carl Schmitt expõe que o racionalismo jurídico moderno foi dominado pelo ideal do funcionamento sem atritos. Isto é, provém de um conceito técnico de forma, produzido por uma regularidade uniforme baseada no exercício de repetição e calculabilidade. Neste sentido, a forma jurídica moderna segue uma lógica mecanicista baseada na expectativa da previsibilidade dos interesses ou dos relacionamentos.

O ponto levantado por Schmitt merece atenção nos novos tempos de pandemia ocasionada pela COVID-19, pois como um crítico da forma jurídica mecanicista, Schmitt expõe a dificuldade dos sistemas jurídicos em lidar com situações excepcionais. A emergência de uma exceção representa a força da vida real capaz de romper com a crosta mecânica cristalizada da repetição. Pois a exceção confunde a unidade e a ordem do esquema racional, uma vez que apesar da existência de normas que prevêm situações excepcionais, elas podem no máximo prever a possibilidade de uma situação-limite, mas as especificidades da situação excepcional não podem ser circunscritas em uma norma jurídica. Toda norma geral exige uma condição normal das relações de vida, nas quais ela tem que encontrar a sua aplicação tipificada e submetê-la à sua regulamentação normativa. (SCHMITT, 1996)

As inconveniências proporcionadas pela pandemia da COVID-19 não criam apenas excepcionalidades isoladas no sistema jurídico. Devido à complexidade das relações

² Schmitt de forma irônica se refere ao principal debate político do século como uma disputa sobre os métodos corretos de eletrificação da terra, afirmando que tanto os financistas americanos quanto os bolchevistas russos travavam a mesma batalha pelo pensar econômico. Cf. SCHMITT, C. Catolicismo Romano e forma Política. Lisboa: Hugin, 1998.

hipermodernas, as exceções que se apresentam em razão da pandemia atingem uma infinidade de relações jurídicas interconectadas. O sistema jurídico sem a devida participação dos agentes que constituem e dinamizam a vida pública não pode, e não dará conta de lidar com as contingências proporcionadas pela situação anormal da pandemia, tendo em vista todas as singularidades decorrentes das complexas relações jurídicas da contemporâneas.

Mas o que fazer quando as normas ou cláusulas contratuais não prevêm nada além da própria previsão de uma situação excepcional à qual não se aplicam as regras dispostas? Ou quando as noções de caso fortuito e força maior não dizem nada além da própria possibilidade da ocorrência de tais circunstâncias? Especialmente quando trata-se de uma situação generalizada que atinge uma interminável cadeia de relações jurídicas contratuais nas demais áreas fracionadas do direito, como nos tempos de pandemia pela COVID-19 ?

4. O CONSENSO E A VIOLÊNCIA DA DECISÃO

Konrad Hesse (1991) chamou de vontade da constituição, aquilo que pode ser compreendido como a vontade humana de concretizar a ordem constituída, e o desejo manutenção de sua vigência por meio de atos de vontade. A força normativa de uma constituição precisa residir no imaginário de uma sociedade para realizar-se pelos atos deliberados e deveres dos cidadãos. A manutenção de uma ordem com a complexidade dos sistemas normativos constitucionais contemporâneos carecem da “vontade” descrita por Hesse. “Não é em tempos tranquilos e felizes que a constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade”. (HESSE, 1991, p. 18)

A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. (HESSE, 1991)

Sabemos que constitucionalismo ocidental aprimorou-se nos últimos três séculos transcendendo o ideário do Estado Liberal em sua primeira fase, e do Estado Social em uma

etapa posterior. Também, já não é nenhuma novidade que não nos encontramos mais sob rígido paradigma positivista. O constitucionalismo ocidental contemporâneo em sua terceira vertente de desenvolvimento e aprimoração caracteriza-se pela afirmação do Estado Democrático de Direito e pela incessante busca de efetivação dos direitos, deveres e garantias fundamentais. Essa terceira vertente designada como novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, revela-se uma atualização do secular constitucionalismo ocidental, expressando uma síntese das premissas liberais e sociais à luz do humanismo jurídico, do diálogo e da solidariedade entre os indivíduos.

No contexto positivista, privatista e codificante do direito do século XIX e da primeira metade do século XX, por grande parte da doutrina as regras de direito significava apenas as regras legisladas ou decretadas, os atos negociais-consensuais, os precedentes e as decisões judiciais. A noção de princípio jurídico servia apenas como função de integração aplicada de forma subsidiária, na ausência de normas positivas para suprir as “lacunas” perante um caso concreto. (OLIVEIRA, 2016) Entretanto, no século XXI não restam dúvidas acerca da normatividade dos princípios constitucionais que se expressam também nas relações de direito privado, isto é, nos processos negociais-consensuais não estatais. (OLIVEIRA, 2016)

Não estamos aqui em uma defesa óbvia da aplicação dos princípios constitucionais para a resolução da potencialidade dos conflitos jurídicos advindos da pandemia. Advogamos a necessidade da interiorização da *razão intersubjetiva* em face da razão mecânica positivista, i.e. para que os princípios constitucionais sejam percebidos pelos agentes componentes da democracia brasileira como o vetor da autocomposição necessária para estes tempos incertos. A *razão intersubjetiva* considera a diversidade e o dissenso como pré-condições essenciais à realização de uma comunicação provedora de consenso, i.e aquela capaz de ser construída dialogicamente pela conscientização da corresponsabilidade dos agentes democrático, na efetivação dos legítimos interesses coletivos internos. O pós positivismo jurídico é aberto aos problemas das indeterminações jurídicas. (OLIVEIRA,2016)

O gozo da autonomia privada responsável traz consigo um dever de corresponsabilidade para efetivação do *télos* jurídico-civilizacional de proteção, emancipação e plenipotencialização³, ao passo que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais em sua dimensão horizontal institui um dever mútuo de observância dos princípios constitucionais e do *télos* jurídico-civilizacional.

³ Conferir: OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Como indivíduos e coletividade, somos sujeitos de direitos e de garantias, no entanto somos igualmente devedores de respeito e da efetivação dos direitos e das garantias dos demais indivíduos e da coletividade. (OLIVEIRA,2016) Esta percepção relaciona-se também com a perspectiva pluricêntrica de poder que se difere do paradigma pretérito, ao conferir aos diversos aos agentes da complexa sociedade plural um *status* como centro emanador de normatividade e por consequência uma maior atuação e responsabilidade de seus atos no concerto democrático e sua estabilidade. Em outras palavras, o reconhecimento do *status* de fonte de emanação de poder traz consigo uma corresponsabilidade no aprimoramento e na efetivação do *télos* constitucional, e também de sua própria conservação.

Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas. (HESSE, 1991, p. 18)

As democracias contemporâneas possuem um núcleo essencialmente comunicativo, e é justamente o diálogo que ela espera de seus agentes. Por mais de três séculos o direito moderno foi submetido à mudanças históricas que transformaram suas estruturas. A percepção dessas mudanças pela sociedade e a compreensão de seu papel no equilíbrio da ordem, revelam-se o passo inicial para uma sintonia entre para sua concretização e manutenção em situações indesejadas. Desta forma, é preciso que haja uma resposta ativa de seus agentes em consonância com sua forma contemporânea.

O contrato é um símbolo representativo da modernidade, ele ilustra a função intermediadora do direito contra sua face violenta. Neste sentido, o contrato é um instrumento de fala, nele habita um núcleo comunicativo que representa o *parler* (HAN,2017), neste sentido o contrato possui uma natureza dialógico-instrumental, i.e. constitui-se em um meio para consecução democrática do diálogo jurídico. (OLIVEIRA,2016)

Entretanto nos lembra Walter Benjamin – quem compreendia a violência como a essência do direito e vislumbrava o direito a partir do caso excepcional – que o contrato não significa a extirpação da violência do direito, pois o rompimento de uma das partes concede à outra o faculdade de invocar a violência, isto é a decisão de um terceiro. O termo decisão é proveniente do latim *decidere*, que significa cortar. Portanto, a violência da decisão corta a possibilidade de diálogo. (HAN, 2017)

A quebra de tantas expectativas proporcionadas pela pandemia podem gerar um influxo no sistema jurídico e agravar os reflexos econômicos da pandemia. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo – terceira vertente do constitucionalismo ocidental – ao reconhecer a normatividade dos negócios privados não estatais abre mão do monopólio da responsabilidade pacificadora dos conflitos.

Os métodos alternativos de resolução de conflito estabelecem uma ordem consensual contrária àquela solução imposta pelo Poder Judiciário, que seguem prescrições ou modelos prontos impondo suas soluções que na maioria das vezes, não significa uma solução efetiva para o litígio. Na lógica consensual, as partes mantêm do começo ao fim o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado, trata-se de um procedimento autônomo na medida em que as partes estipulam suas regras, e informal no sentido que não seguem modelos prontos. (POZZATTI JUNIOR, KENDRA, p. 689)

Para Benjamin, quando desaparece a confiança surge a violência. E portanto defende que a autocomposição é sempre a solução mais elevada, pois ela representa uma política de entendimento e de intermediação extraordinária. A mediação, afirma Barbosa (2008), é um instrumento que somente consegue se expressar em sua concretude quando norteada pelo princípio da solidariedade, pois encontram-se essencialmente interligados.

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda nas questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo. (RODRIGUES JUNIOR, 2007, p. 50).

A autocomposição encontra-se fora do alcance da violência, i.e. da decisão impositiva de um terceiro (HAN, 2017). Portanto, se as soluções para as quebras das expectativas jurídicas ocasionadas pela COVID-19 não partirem de um senso de corresponsabilização e da tão desejada solidariedade no âmbito do Estado democrático-constitucional de direito, que então a autocomposição e o diálogo apresentem-se aos olhos dos agentes como a forma mais racional para solução dos conflitos nestes tempos incertos, pois somente pelo *parler* é possível se esquivar da violência da sentença, i.e da decisão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia revela a emergência de adequação das relações sociais ao modo-de-ser que se espera nas democracias contemporâneas e às novas técnicas de solução de conflitos que vem se desenvolvendo no direito brasileiro, em conformidade com a principiologia constitucional. Conforme foi exposto, as democracias contemporâneas têm um núcleo essencialmente comunicativo, e é justamente o diálogo que se espera de seus agentes, notadamente em tempos de imprevisibilidade e do atual contexto de pandemia e quebra das expectativas das relações jurídicas.

Ao longo do das fases do constitucionalismo o direito foi submetido à mudanças históricas que transformaram suas estruturas e proporcionaram uma maior liberdade e reconhecimento de seus agentes como elementos indispensáveis para a consecução do arranjo democrático.

Nos atuais tempos de incerteza e instabilidade provocados pela pandemia de COVID-19, é imperioso que os agentes do concerto democrático ajam em consonância com sua forma contemporânea e reconheçam sua corresponsabilidade para a manutenção da ordenação jurídica.

Reiteramos que o cenário “pós-pandêmico” ainda é um cenário incerto, tendo em vista que nos encontramos ainda em período de latência. Propusemos por meio da reflexão apresentada uma defesa da autocomposição e da internalização dos agentes que compõem o concerto democrático, notadamente na interiorização da corresponsabilidade na solução das controvérsias decorrentes da quebra da expectativa dos legítimos interesses das partes.

Uma vez que reconhecidos como centros emanadores de poderes e normas, os agentes democráticos devem, em sua atuação, garantir a operacionalidade do sistema jurídico que há décadas não se limita apenas as legislação e a regulação estatais como no antigo paradigma positivista que vigorou até o fim da segunda guerra.

Reiteramos que a autocomposição é sempre a solução mais elevada, pois ela representa uma política de entendimento e de intermediação extraordinária. A decisão jurídica revela a face violenta do direito, de uma decisão imposta por meio de um terceiro.

Àqueles que insistem em ater-se à lógica jurídica do passado, reafirmamos que autocomposição e o diálogo revelam-se como a forma mais racional para solução dos conflitos nestes tempos incertos, pois o *parler* afasta a da violência do *decidere*.

6. REFERÊNCIAS:

- BARBOSA, Águida Arruda. Mediação e princípio da solidariedade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e solidariedade. Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008. p.19-33
- BATTISTI, César Augusto. *A natureza do mecanicismo cartesiano*. PERI - Revista de Filosofia, v. 02, nº 02, 2010, p. 28-46.
- BEAUD, Michel. *História do Capitalismo: de 1500 aos nossos dias*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987.
- BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental*. Porto Alegre: Editora Globo, 1970.
- CASTRO, José Olegário Ribeiro de. *História e teoria política: ensaios*. Belo Horizonte Interlivros. 1977
- ELLUL, Jacques. *Le systè,e technicien*. Paris: Le Cherche Midi, 2004.
- HAN, Byung-Chul. *Topologia da violência*. Petrópolis: Vozes, 2017.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- PONCZEK, R. L. . *Deus ou seja a natureza: Spinoza e os novos paradigmas da Física*. 1. ed. Salvador: Edufba, 2009.
- POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. Do conflito ao consenso: A mediação e o seu papel de democratizar o Direito. v.10, n.10/2015. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria: UFSM, 2015, 688-689.
- RIBEIRO, Darcy O processo civilizatório. Etapas da evolução sociocultural. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2007
- ROSSI, Paolo. *O nascimento da ciência moderna na Europa*. Bauru, SP: EDUSC, 2001.
- SCHMITT, C. Catolicismo Romano e forma Política. Lisboa: Hugin, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Teologia Política in: A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta,1996.

WEBER M. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Trad. de José Marcos Mariani de Macedo; revisão técnica, apresentação entre outras contribuições de Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia de Letras, 2004.