

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ

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 Napolini - 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 – Santa Catarina

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 - Unicuritiba – 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)

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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart ; Caio Augusto Souza Lara ; Diego Mongrell González – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-049-7

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos II durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral “Constituição, Cidades e Crises”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase 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 mais diversas formas consensuais de solução de conflitos, bem como de uma enorme gama de técnicas e experiências a elas relacionada.

Os temas abordados vão desde a mediação de conflitos, a conciliação e até as práticas de Justiça Restaurativa. Novos trabalhos relacionando as formas consensuais e o Poder Público ganham destaque. A interdisciplinaridade com o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Empresarial foram a novidade deste evento e as discussões se somaram ao estudo tradicional das formas consensuais.

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!

Prof^a. Dr^a. Adriana Silva Maillart

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara

Prof. Dr. Diego Mongrell González

Nota técnica: O artigo intitulado “Pluralismo jurídico: judiciário e mediação como instrumentos de democratização do Direito” foi indicado pelo Programa de Pós Graduação - Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos II apresentados no I 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 8.1 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.

O DIÁLOGO COMO PLENIFICAÇÃO DO DIREITO THE DIALOGUE AS PLENIFICATION OF LAW

Clodomiro José Bannwart Júnior ¹
Francielly Podanoschi De Castro ²
Rafaela Almeida Noble ³

Resumo

Realizamos uma sintática exposição sobre a origem da linguagem, bem como, a exegese em viés filosófico acerca do diálogo. Após, adentramos na teoria da ação comunicativa aplicando-a ao novo modelo de justiça implementado no Brasil a partir do Novo Código de Processo Civil através dos instrumentos da mediação e negociação. Buscaremos demonstrar como a teoria da ação comunicativa é um poderoso mecanismo de solução de controvérsias contribuindo ao desenvolvimento da cultura de pacificação social, tão necessária num universo jurídico dispendioso e lento. Este estudo utiliza a linguagem intersubjetiva como instrumento de desenvolvimento do indivíduo e na busca pelo entendimento.

Palavras-chave: Linguagem, Comunicação, Diálogo, Mediação, Negociação

Abstract/Resumen/Résumé

Syntactic presentation was made on the origin of language, as well as exegesis in philosophical bias of dialogue. We entered the theory of communicative action applying it to the model of justice implemented in Brazil from the New Code of Civil Procedure through the instruments of mediation and negotiation. We will seek to demonstrate how the theory of communicative action is a powerful mechanism for resolving controversies contributing to the development of the culture of social pacification. We uses intersubjective language as an instrument for the development of the individual and in the search for understanding.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Language, Communication, Dialogue, Mediation, Negotiation

¹ Professor do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas e Pós-doutoramento. Advogado.

² Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - PR. Doutoranda em Ciências Jurídicas Universidade del Museo Social Argentino - AR. Advogada.

³ Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – PR. Pós-graduada em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mediadora judicial. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Para Ernest Cassirer o uso da linguagem é o verdadeiro “abre-se Sésamo”, com a linguagem é possível ao homem transmitir conhecimento no decorrer do tempo. Desde as pinturas rupestres até mesmo ao hábito de compartilhar boca a boca algumas histórias. A própria bíblia sagrada só foi possível ser escrita por meio do relato verbal dos apóstolos.

Já a razão tem origem em duas palavras, a *ratio*¹ (do latim) e *logos*² (do grego), ambos significam calcular, medir, coordenar, refletir antes de falar. Quando dialogamos com alguém além da linguagem estamos fazendo uso da razão, do raciocínio, do cálculo, pensando/medindo as palavras antes de falar.

Habermas constrói um conceito de racionalidade a partir da teoria da razão comunicativa, que se fundamenta na interação, ou seja, na intersubjetividade da comunicação. O filósofo acredita que no processo de linguagem corriqueiro há uma necessária racionalidade, visto que a partir de uma frase dita, o indivíduo já manifesta a intenção de entendimento com seu interlocutor.

Deparamos-nos com o problema da crise judiciária no cenário atual, uma estrutura abarrotada, com excesso de burocratização e uma cultura da judicialização dos conflitos. Sob o enfoque do acesso à justiça, uma saída plausível seria a efetividade dos meios alternativos de solução de conflitos, por meio da promoção do diálogo e da participação dos cidadãos na solução dos litígios.

No presente artigo, como objetivo geral, buscamos demonstrar que através da ação comunicativa é possível promover o entendimento mútuo, o que acarretaria uma interação social, de diferentes culturas e promoveria a consubstanciação da moral. Ocorrendo a interação dos objetivos individuais e reestruturação dos objetivos comuns pela via do diálogo, promovendo a pacificação social.

Na confecção deste estudo a pesquisa obedecerá ao método de raciocínio hipotético dedutivo para então chegar à conclusão, baseando-se em autores nas áreas de filosofia e jurídica, perpassando desde Aristóteles, Hans-Georg Gadamer, Jürgen Habermas, a Antonio Ianni Segatto, José Ricardo Suter e Luiz Guilherme Marinoni, com escopo de alcançar um nível preciso e científico de informação.

¹ *Ratio* é derivado do verbo *reor*, contar, calcular. *Ratio* originalmente é conta; *rationem reddere* é prestar contas. Mas *ratio* significa também: razão, faculdade de calcular e de raciocinar; juízo, causa, porquê; essência [Encontramos em Tomás de Aquino, usos como: "De ratione intelligendi est...", "é da essência da inteligência...".]

² Para o filósofo grego Heráclito, o primeiro a usar o termo "logos" no contexto filosófico, logos era o conceito responsável por prover a conexão entre o discurso racional e a estrutura racional do mundo. Heráclito sugere a existência do logos como uma entidade universal independente.

Este artigo empreende a análise da teoria da ação comunicativa como ferramenta para estabelecer o consenso e como pode ser utilizada nos institutos da conciliação e da mediação, implementados pela justiça brasileira a partir do Código de Processo Civil, como etapa obrigatória aos processos judiciais. Já que a ação ou razão comunicativa surge da interação entre dois sujeitos, com capacidade de racionalizar a linguagem e estabelecer um diálogo, objetivando o entendimento mútuo sobre uma determinada situação.

2 O INÍCIO DA COMUNICAÇÃO VERBAL E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS

Aristóteles caracteriza a linguagem como definidora da natureza humana, na medida em que o homem é um ser social e é precisamente o uso da linguagem na comunicação e na negociação política que torna possível a vida social.

Embora o filósofo Aristóteles não tenha escrito uma única obra pra tratar do tema, o seu pensamento é inteiramente permeado por essa questão, porquanto, é pela linguagem que se manifesta ou se torna possível o conhecimento da verdade:

Como dizemos frequentemente, a natureza não faz nada em vão; ora, o homem é o único entre os animais a ter linguagem [logos]. O simples som é uma indicação do prazer ou da dor estando, portanto, presente em outros animais, pois a natureza destes consiste em sentir o prazer e a dor e em expressá-los. Mas a linguagem tem como objetivo a manifestação do vantajoso e do desvantajoso, assim sendo do justo e do injusto. Trata-se de uma característica do homem ser ele o único que tem o senso do bom e do mau, do justo e do injusto, bem como outras concepções deste tipo. (ARISTÓTELES, 1991, p. 15).

Quando pensamos no ato da fala, da comunicação, isso nos remete ao nosso cotidiano, contudo, para que hoje tenhamos um complexo alfabeto, formando palavras e orações subordinadas advérbias nossos ancestrais, primeiros hominídeos, precisaram iniciar alguma forma de verbalizarem seus anseios. Mas por que iniciaram esse ato complexo de dialogar?

Essa é uma das indagações da metafísica da linguagem, que tem, por sua vez:

A reflexão sobre a linguagem serve aqui como caminho decisivo para saltar para dentro do pensar completamente outro, a saber, o pensamento da história do Ser. [...] A metafísica da linguagem pergunta ao modo da questão da origem da linguagem, porque o pensamento metafísico pergunta pelo fundamento do ente. (HEIDEGGER, 2015, p. 10).

De forma bastante inusitada, tem-se que a comunicação entre os seres humanos provavelmente nasceu da divisão do trabalho:

Os primeiros agrupamentos humanos organizados já contavam com divisão de tarefas entre caçadores, coletores de vegetais, preparadores de alimentos, responsáveis pelas crianças. Essa primitiva, porém, já complexa, rede social, exigia

uma forma de comunicação mais sofisticada que o gesto ou o grito – a linguagem. (SUPERINTERESSANTE, outubro de 2016).

Nessa mesma análise, temos Piaget afirmando que a interação dos indivíduos para expressar suas necessidades teria sido a motivação inicial da linguagem entre os seres humanos, pois “a organização do trabalho exigiu a necessidade de uma comunicação mais próxima a qual, por sua vez, possibilitou o aparecimento da linguagem como veículo de compreensão.” (PALANGANA, 2015, p. 139).

Para Piaget, a linguagem faz parte de uma organização do pensamento precedente, em particular, é um dos elementos da semiótica, onde há a imitação da imagem mental.

Mas a palavra “linguagem” pode deter diferentes sentidos, como assim aponta Heidegger:

Linguagem é exteriorização. É muito usual definir a linguagem como exteriorização de pensamentos pelos sons. Com isso, já se estabeleceram as marcas características – pensamento, som exteriorização – para a linguagem em sentido estrito, e ao mesmo tempo se estabeleceu o âmbito onde ocorre a linguagem: nesse sentido, só há linguagem onde se pensa, entre homens. (HEIDEGGER, 2015, p. 117).

Portanto, tem-se que a linguagem é um complexo conjunto de signos e significados que tenta expressar o pensamento, contudo, também determina a unificação de um povo em nação. Nesse sentido temos Piaget por Bagno:

Não há língua que seja, em toda a sua amplitude, um sistema uno, invariado, rígido. Ainda que frequentemente se defina cada língua como um sistema de comunicação e os métodos de análise e descrição linguística sejam delimitados em geral a partir do pressuposto de que se opera com uma estrutura bem determinada, sabemos que isso resulta de abstração feita conscientemente a fim de possibilitar um mais imediato domínio da estrutura linguística por parte do investigador. Na realidade, toda língua, quer sirva a uma grande nação consideravelmente extensa e muito diferenciada cultural e socialmente, quer pertença a uma pequena comunidade isolada de apenas poucas dezenas de indivíduos, é um complexo de variedades, um conglomerado de variantes. (BAGNO, 2002, p. 11).

A filosofia da linguagem foi fundada essencialmente por três pensadores, poetas, e escritores: Hamann, Herder e Humboldt. Em conexão surgiu a ciência da linguagem comparativa no solo da fonética e gramática, contudo, a filosofia se incumbiu de exegese em buscar a origem da linguagem por Herder:

A origem da linguagem é divina? Foi colocada dentro do ser humano em sua criação? – ou terá sido o homem que inventou a linguagem? Faz arte do ser humano por natureza? – ou a linguagem se desenvolveu naturalmente num certo estágio de desenvolvimento do homem? (HEIDEGGER, 2015, p. 121).

A razão é também linguagem, pois a razão, o pensamento, é sempre parte necessária do processo da linguagem. Nisso posto, temos o posicionamento de Humboldt, que vê esse problema do seguinte modo: “O homem só é homem pela linguagem: mas para poder inventar a linguagem ele precisou já ser homem” (HUMBOLDT, 1883, p. 51). Temos então que a linguagem não pode ser inventada, e assim, Humboldt imaginava que a linguagem havia sido colocada no homem, tal qual sugeriu Herder ao indagar sua origem divina.

Nisso posto, concluímos que a linguagem, independente de sua origem, divina, ou devido a necessidade de interação para a divisão do trabalho do homem tem uma dupla função: pensar e dizer. A determinação essencial do homem como animal que tem linguagem significa que somos um animal que diz e pensa, (seja antes do ato da fala).

Neste momento, já abordando o tema do diálogo, vejamos a exegese realizada por Gadamer acerca das relações interculturais advindas da linguagem:

Quem escuta o outro, escuta sempre alguém que tem seu próprio horizonte. Ocorre entre tu e eu a mesma coisa que entre povos ou entre círculos culturais e comunidades religiosas. Em todas as partes nos enfrentamos com o mesmo problema: devemos aprender que escutando o outro se abre o verdadeiro caminho em que se forma a solidariedade (GADAMER, 1998, p. 347).

Importante destacar que o filósofo alemão propõe um novo patamar ao diálogo como “fundamentação de nossa orientação no mundo pelo elemento da linguagem” (GADAMER, 2002, p.17), lembrando que a consciência histórica seria um elemento de dialética, ou seja, da linguagem racional.

Temos *ethos* diferentes, cada ser humano é diverso, único, e carrega suas peculiaridades, seu passado, sua visão de mundo, religiosidade, cultura. O diálogo entre esses *ethos* diferentes e o consenso para um convívio é o que denominados de moral. Nesse panorama, temos que Habermas relaciona a ética e moral com o paradigma da linguagem, do discurso:

Até os dias de hoje, as discussões teóricas sobre a moral são determinadas pelo confronto entre três posições: as argumentações transcorrem entre Aristóteles, Kant e o utilitarismo. Apenas as éticas da compaixão fazem valer um motivo diverso. Outras teorias, mesmo a hegeliana, podem ser entendidas como tentativas de síntese de iniciativas conhecidas. A ética do discurso (*Diskursethik*), que se põe como tarefa salientar o conteúdo normativo de um uso linguístico orientado para a compreensão, não é a referida síntese. Ao tentar demonstrar, com os meios da análise da linguagem, que o ponto de vista do julgamento imparcial de questões prático-morais — o ponto de vista moral — surge em geral dos pressupostos pragmáticos inevitáveis da argumentação, ela se filia à tradição fundada pela *Crítica da razão prática*. (HABERMAS, 1989, p. 1).

Habermas demonstra que a linguagem é o pressuposto central para o exercício da moral, que está ligada intrinsecamente aos princípios da justiça.

Gadamer também aponta a possibilidade de *ethos* diferentes dialogarem, entendendo que a linguagem somente se plenifica quando atinge o outro:

Quando duas pessoas se encontram e se comunicam entre si, e não são sempre dois mundos, duas perspectivas de mundo e duas imagens de mundo que se confrontam. Não é o olhar único sobre o único mundo, como o pensamento dos grandes pensadores com seu esforço conceitual e com sua teoria bem elaborada tentou torná-lo comunicável. Já Platão, não só por respeito ao mestre do diálogo, que tinha sido Sócrates, havia transmitido sua filosofia apenas em diálogos escritos. Ele tinha visto nisso um princípio da verdade que a palavra só encontra sua confirmação através da recepção no outro e da aprovação no outro, e que a consequência do pensar, que não fosse ao mesmo tempo um acompanhar dos pensamentos do primeiro pelo outro, ficaria sem força convincente. (GADAMER, 2000, p. 129 a 140).

A seguir abordaremos, com um pouco mais de enfoque, a teoria do agir comunicativo que Jürgen Habermas desenvolveu traçando um novo paradigma para a reabilitação da razão prática e como essa teoria pode colaborar na aplicação da justiça.

3 O AGIR COMUNICATIVO PARA O CONSENSO

Em 1981 o filósofo Jürgen Habermas publicou o livro “*Theorie des Kommunikativen Handelns*”, onde apresenta a “teoria do agir comunicativo” e preceitua o agir como um “processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis”, bem como é o produto “das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria” (Habermas, 1989, p. 166).

Analisando a teoria habermasiana podemos destacar que essa trataria do paradigma da racionalidade comunicativa, pelo qual o saber é concretizado por atos de fala e propicia o consenso e a unidade da intersubjetividade.

Habermas ainda observou que a teoria “Reino dos fins” de Kant é vantajosa no sentido de que os indivíduos observam a si e outros como meio e fim em si mesmo, e a reformula, de certa forma, com um novo paradigma do diálogo, pois cada indivíduo estaria submetido à vontade do todo, desse consenso advindo do diálogo exercido entre os envolvidos.

Nessa esteira, Habermas propõe em seu livro “Comentários à Ética do Discurso”:

Na medida em que [a ética do discurso] privilegia um procedimento para a formação da vontade, abre caminho aos indivíduos em causa, que têm de encontrar, por si

próprios, respostas para as questões práticas da moral, questões que se apresentam com toda a sua objetividade histórica. (HABERMAS, 1999, p. 13-14).

Esse agir comunicativo proposto pelo filósofo da Escola de Frankfurt estabeleceria a possibilidade dos agentes comunicativos de:

[...] negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos de através de processo de entendimento, portanto, pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passar a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja *entender-se* com uma segunda pessoa sobre algo mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. Sob essa condição, ofertas de atos de fala podem visar um efeito coordenador na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as consequências da interação. (HABERMAS, 2003, p. 36).

Sendo assim, podemos afirmar que a linguagem, para Habermas, seria um veículo de acordo entre as partes, distinguindo-se da razão prática proposta por Kant, sendo essa reformulada, pois seria restrita a um sujeito sociopolítico, contudo, o diálogo pode ser promovido por qualquer sujeito racional.

Para Habermas, na teoria do discurso, a ação comunicativa ocorre com a interação de no mínimo dois sujeitos. Então, toda vez que há um litígio, há espaço pra discussão. Só que esse debate deve existir, a partir do que Habermas chama de *situação ideal de fala*, onde os indivíduos envolvidos, não sofrem pressão externa, estes indivíduos, através de argumentos racionais, procuram convencer os demais, ou se deixarem convencer a respeito da validade de alguma norma que está sendo debatida para chegarem ao consenso, que é a terceira etapa da teoria de Habermas.

A ação comunicativa, para Habermas, ocorre:

[...] sempre que as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso, mas através de atos de alcançar o entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o seu próprio sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. Assim, a negociação da definição de situação é um elemento essencial do complemento interpretativo requerido pela ação comunicativa (1984, p. 285, 286).

Na teoria do agir comunicativo, ou teoria do discurso, os indivíduos estabelecem relações interpessoais com o objetivo de alcançar o entendimento com vista a coordenar suas ações pela via deste. Sob o aspecto do entendimento mútuo, a ação comunicativa serve não apenas para transmitir e renovar o saber cultural, mas para propiciar a integração social,

formar a personalidade individual e servir de suporte para a legitimidade normativa proveniente do Direito.

Em caráter propedêutico, Habermas delinea três importantes considerações que auxilia na compreensão do papel da ação comunicativa integrada ao Direito: a) a coordenação de ações é derivada das forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento; b) a linguagem é perspectivada com um médium universal de incorporação da razão; c) o direito exercerá o papel institucional para que a linguagem, prenhe de racionalidade, exerça a direção da coordenação do agir de forma institucionalizada e, sobretudo, democrática.

Aspecto fundamental que norteia este eixo teórico rumo à reflexão jurídica consiste no questionamento da legitimidade e da manutenção da integração social das ordens sociais contemporâneas. A coordenação de ações exercida pela linguagem em um contexto de corrosão da eticidade tradicional e que se realiza através de tomadas de posições em termos de sim/não, gera instabilidade ao processo de socialização da modernidade. A linguagem, no entanto, já carrega consigo a marca da tensão ente facticidade e validade e, sozinha, sobrecarregada com o fardo de realização da interação social, não suporta a coordenação de ações que transcendam a dimensão comunicativa, como por exemplo, as ações estratégicas, instrumentais e funcionais. É nesse sentido que Habermas aponta a importância que o direito positivo possui ao garantir, do ponto de vista institucional, a tentativa de amortização das instabilidades geradas no seio da socialização. Contudo, o direito também possui uma tensão entre facticidade e validade que lhe é inerente do ponto de vista interno, a saber: a coerção da norma, por um lado, e a tentativa de legitimidade racional da norma, por outro. Então, o direito, na medida que se ocupa de manter de forma institucional a possibilidade de gerir a integração social, não se furta de manter aberta, e de forma permanente, a fissura entre facticidade e validade. Essa fissura desdobra-se no problema da legitimidade normativa e, em última instância, na legitimidade da própria ordem social.

Nesse sentido, pois, a linguagem, ainda que implicada na tensão entre facticidade e validade, firma-se no horizonte como meio possível – talvez último recurso de uma razão pós-metafísica – para assegurar a legitimidade do direito, na medida que este guarda uma pretensão normativa, cuja validade deve ser reconhecida como legítima. Deixando claro que “a positividade de uma norma (sua facticidade) não se confunde, pois, com a sua legitimidade (validade)” (SEGATTO, 2008, p. 50) é necessário, então, que as normas sociais busquem sua legitimidade além do fato de serem meramente instituídas (positividade) e além do caráter meramente impositivo e coercitivo (força estatal legal). Tais normas devem ter a sua legitimidade extraída da aceitabilidade racional (discursiva) e do reconhecimento dos

cidadãos que são afetados por elas em um Estado Democrático de Direito. Eis, pois, o sentido que integra o direito à teoria do discurso e vice-versa. Se, por um lado, a ação comunicativa aponta para o direito como base institucional capaz de sustentar a realização da integração social ausente de violência, por outro lado, o direito volta à ação comunicativa para, por seu intermédio, extrair a legitimidade normativa.

4 A CRISE NO MODELO TRADICIONAL DE JUSTIÇA

O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e garantias de acesso à justiça impulsionaram o deslocamento do centro de decisões do Legislativo e Executivo para o Judiciário que passou a ser visto como único recurso do cidadão para a garantia de seus direitos não realizados pelos outros poderes. Essa perspectiva, aliada a complexidade das relações humanas, desencadeou uma crise do modelo tradicional de justiça.

Ademais, a ordem jurídica – por demais ritualizada e dogmática, com fulcro no convencionalismo de sua lógica individualista e de sua racionalidade formal – não conseguiu acompanhar o ritmo crescente de transformações aceleradas, da criação de constantes e maiores necessidades, de reivindicações por que passa a sociedade, representando normalmente o interesse exclusivo de uma minoria burguesa. A ordem jurídica já não consegue se comunicar a toda população, gerando entraves ao acesso do órgão estatal jurisdicional. (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Segundo João Carlos Leal Junior e Tânia Lobo Muniz (2012), em decorrência de fatores de ordens diversificadas, o Poder Judiciário brasileiro, instituição do Estado responsável pela resolução de conflitos de interesse por meio da prestação jurisdicional, vivencia, há muito, crise de proporções dramáticas. Anacronismo e inoperância, em razão especialmente de legislação desatualizada, falta de recursos humanos e excessivo formalismo, têm levado a um descrédito generalizado desta instituição, que, contraditoriamente, é oficialmente responsável pela garantia e realização dos direitos, quando violados, ou mesmo ameaçados, dos indivíduos.

Um dos fatores que contribuiu para a crise do atual modelo de justiça é a morosidade da prestação jurisdicional, pois, quando finalmente se obtém a sentença, ambas as partes perderam em tempo, dinheiro e esforços.

[...] el colapso por el que atraviesa la administración de justicia, con procesos que se dilatan interminablemente y en los que, cuando por fin se llega a sentencia definitiva, siempre ambas partes pierden en gastos, tiempo y esfuerzos. (Juan Pedro

Refere Adolfo Braga Neto (2014) à questão econômica, que, por seu turno, avança sempre, quer seja de forma positiva quer de maneira negativa: “Por isso, eventuais descumprimentos contratuais ocorrem por força de não atenderem ao dinamismo exigido pela economia a que estão intrinsicamente ligados”.

No mesmo sentido preleciona José Eduardo Faria:

Diante do policentrismo que hoje caracteriza a economia globalizada, o direito positivo e suas instituições perdem uma parte significativa de sua jurisdição. Como foram concebidos para atuar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos de violência monopolizados pelo Estado, seu alcance ou seu universo tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da microeletrônica, da informática, das telecomunicações e dos transportes. E quanto maior é a velocidade desse processo, mais os tribunais passam a ser atravessados pelas justiças emergentes, quer nos espaços infra-estatais (os locais, por exemplo) quer nos espaços supra-estatais. (FARIA, 1997 p. 44)

De acordo com Faria (2017), “o Estado deixou de tutelar determinados comportamentos e situações e passou a fomentar a autorresolução de litígios, por parte dos diferentes setores sociais, econômicos e financeiros não regulados (unregulated spaces).”

O contexto atual, de grandes e velozes mudanças, com cenários internos e externos cada vez mais inconstantes, onde a conflitualidade é cada vez mais presente, tem-se a impossibilidade do Estado abrigar as diferentes situações do intrincado cenário globalizado, não restando outra saída a não ser buscar por mais céleres e efetivas.

A crise enfrentada pelo judiciário induziu ao entendimento que o Estado não é mais suficiente para garantir a efetivação de direitos e solução de todos conflitos. Surgiram então soluções e instrumentos de pacificação social como única alternativa ao Estado, que ironicamente, passou a fomentar a desjudicialização através de métodos de conciliação e mediação.

5 A PRIMAZIA DO ENTENDIMENTO EM RELAÇÃO À NORMA

No Brasil, somente com a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que tratou de políticas públicas voltadas para a resolução adequada dos conflitos e, posteriormente, com o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei n.º 13.140/2015 – a conciliação e a mediação judicial no Brasil passaram a ser utilizadas como instrumento

efetivo de pacificação social, visando o restabelecimento da comunicação entre as partes para que elas próprias encontrem a solução para os conflitos.

As ADRs (Alternative Dispute Resolution) como são chamadas pelos norte-americanos ou MASCs (Métodos Adequados de Solução de Conflitos) que são a arbitragem, a conciliação e a mediação, estes últimos significam o maior estímulo a mecanismos como da negociação assistida e primam pela solução dialógica dos conflitos.

Logo, na aplicação da teoria da ação comunicativa ao Direito, em especial ao instituto da mediação, o ato do diálogo entre as partes têm sido cada vez mais proposto na lide, haja vista o disposto nos §2º ao 3º do artigo 3º onde:

CPC - Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
[...]
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Bem como ainda está disposto no artigo 165 do CPC:

Art. 165 Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

A iniciativa legal de implementar soluções negociadas, por meio da conciliação e mediação, tenta conter a chamada explosão de litigiosidade, tendo em vista que o sistema jurídico massificado, funcionarizado, lento, oneroso e imprevisível, não consegue acompanhar as demandas numa sociedade globalizada, carente de respostas rápidas para suas novas necessidades. Escreve Fernanda Tartuce: “Ao Poder Judiciário deve caber a apreciação apenas das questões impossíveis por outras vias e das que, por sua natureza, demandam obrigatória passagem judiciária, constituindo ‘ações necessárias’. (TARTUCE, 2018)

Observa-se que a conciliação e a mediação têm objetivos diversos, enquanto a conciliação será utilizada quando não houver vínculo anterior entre as partes, a mediação privilegia o restabelecimento da comunicação entre indivíduos com vínculo anterior, como por exemplo parentes, sócios e vizinhos. Vejamos:

CPC - Art. 165. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os

interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Vejamos a distinção entre conciliação e mediação feita pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, Roberto Portugal Bacellar:

A conciliação é opção mais adequada para resolver situações circunstanciais, como indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do incidente), e, solucionada a controvérsia, lavra-se o acordo entre as partes, que não mais vão manter qualquer outro relacionamento; já a mediação afigura-se recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, entre outros. Como a mediação procura preservar as relações, o processo mediacional bem conduzido permite a manutenção dos demais vínculos, que continuam a se desenvolver com naturalidade durante a discussão da causa. (BACELLAR, 2006, p.75/76).

A mediação integrou-se ao ordenamento jurídico como ferramenta legalmente prevista para possibilitar caminhos pautados pelo diálogo, conforme esclarece Fernanda Tartuce:

As pessoas se dispõem a dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui o futuro como perspectiva a ser considerada. Por prevalecer a autonomia dos envolvidos, o terceiro facilitador da comunicação não intervém para decidir sobre o mérito, mas para viabilizar o diálogo em prol de resultados produtivos. Nessa medida, constitui pressuposto da mediação a relativização da dicotomia certo/errado que funda o sistema legal (THEODORO JÚNIOR apud TARTUCE, 2018, p.99)

Conforme as lições de Roberto Portugal Bacellar a vantagem da utilização da solução negociada pelo diálogo é que não apenas o problema posto em discussão é resolvido, mas preza pelo refazimento da relação entre os envolvidos (1999, p. 130):

A verdadeira Justiça só se alcança quando os casos se solucionam mediante consenso que resolva não só a parte do problema em discussão, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a implementação de um “modelo mediacional” de resolução dos conflitos, o Estado estará mais próximo da conquista da pacificação social e da harmonia entre as pessoas.

Para Tania Almeida (2006, p. 9-11) a utilização da negociação direta, comunicando entre si, é uma tendência mundial, demonstrando que a busca pela solução através do litígio é negativa e indesejável:

A tendência mundial de privilegiar a atitude preventiva e a celeridade na solução de desacordos contribui para que ratifiquemos como negativa e indesejável a experiência da resolução de divergências por meio da litigância. Em seu lugar, o diálogo ganha importância na composição de diferenças. O lugar de destaque dos

diálogos somente pôde advir depois que o homem precisou abandonar a ideia de certeza e necessitou tornar tênues as fronteiras entre as culturas. Ele não pôde mais deixar de olhar o mundo global e sistemicamente e, portanto, não pôde mais abrir mão de soluções e ações cooperativas, sob pena de ameaçar a própria sobrevivência.

Marinoni, por sua vez, explica que é mais vantajoso o procedimento que inclui a tentativa prévia de composição por meio do diálogo, uma vez que, a primeira participação do réu no processo é para tentativa de conciliação e não para o oferecimento de defesa:

O novo CPC, ao invés de estimular uma cultura do litígio e da sua heterocomposição, procura fomentar a cultura do diálogo e da sua autocomposição. Isso porque, em vez de desenhar um procedimento em que a primeira participação do réu é uma participação litigiosa (oferecimento de defesa mediante contestação), engendrou um procedimento em que a sua primeira participação no processo é uma participação voltada para o diálogo, na medida em que o réu é citado para comparecer a uma audiência voltada para a conciliação (art. 334), que poderá inclusive desembocar em uma tentativa de mediação do litígio por conciliadores e mediadores especializados. (MARINONI, 2017)

O diálogo, no caso da mediação no âmbito judicial, seria mediado por alguém, antes do juiz atuar diretamente na lide, como vimos acima, contudo, não seria possível fomentar a conversa entre as partes antes de ajuizarem uma demanda que acarreta custos ao Estado, às partes e mais demora na resolução dos conflitos?

Os agentes do direito deveriam exercer o papel de intermediadores do diálogo entre dois pretensos litigantes para chegarem a um consenso evitando a judicialização de inúmeros conflitos, ou o diálogo deve ser promovido diretamente sem um “mediador”?

Seria possível o diálogo racional quando estamos diante da fúria da injustiça que nos foi causada?

Daí advém a necessidade do exercício da dialética, do contraponto de pensamentos, mas racionalizados, concatenados, para que se chegue a um bem comum, evitando incumbir ao Poder Judiciário a resolução de todos os conflitos existentes diante da convivência humana.

No contexto da democracia participativa, as ADRs, em especial a mediação, a conciliação e a negociação, ressurgiram como instrumentos para a participação dos cidadãos na gestão política e social, ao promover o diálogo e a construção de consenso. (ALMEIDA, 2016. p.62).

Conforme refere Tania Almeida, o fomento da mediação, dentro de um procedimento sigiloso e cooperativo, gera, em última análise, a criação de uma sociedade mais harmônica, com a restauração da almejada pacificação social:

Atuam, outrossim, não somente na resolução, mas também na prevenção de conflitos, na medida em que os partícipes, em vez de constrangidos à decisão inafastável de um terceiro, como ocorre com os métodos heterocompositivos, são os próprios autores do acordo. Desse modo, lhes é concedida a oportunidade de resgatar a sua autonomia, com a ampliação de sua capacidade analítica e decisória, a partir do reconhecimento de suas necessidades e potencialidades, da capacitação ao diálogo colaborativo e às técnicas de negociação, a fim de que passem a prescindir do Judiciário para resolver eventuais novos conflitos. (ALMEIDA, 2016. p.62).

Nesse diapasão, a negociação e a mediação são mecanismos de promoção do diálogo entre as partes que pretendem resolver um conflito, sem que esse seja levado ao judiciário diretamente, evitando a judicialização de todo e qualquer problema gerado devido à convivência social.

Cumprido destacar que, o próprio Código de Processo Civil novamente fomenta o diálogo entre as partes quando prediz que o juiz poderá tentar conciliação em qualquer fase do processo, conforme dispõe do artigo 6º deste. Logo, para haver a tentativa de promoção dessa conciliação, o fomento ao diálogo é fundamental, as partes devem conversar, expor seus pontos de vista, demonstrar o que lhes é justo ou injusto para que se humanize a lide para que o processualismo positivado não seja imperioso nas resoluções dos problemas humanos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorreremos sobre a linguagem, sua possível origem, como fora contestada por filósofos e escritores se essa havia surgido por obra divina, se o homem a criara por ser homem ou se precisa ser homem para deter a linguagem.

Percebemos que a linguagem é um processo racional, em que o pensamento é parte fundamental desse processo, e que exprime todo o conjunto que cada indivíduo carrega de conhecimento, o que vivenciara, cultura, religiosidade e assim denominamos de *ethos*, distinguindo a ética a moral.

Logo, para alcançarmos essa moral, que é um pressuposto da justiça, propomos uma teoria que se utiliza do diálogo como cerne para a promoção da convivência harmônica, proposta por Habermas.

Aplicando-a aos conflitos que, por derradeiro, abarrotam o Poder Judiciário brasileiro com milhares de ações que poderiam se resolver apenas com a exposição das considerações de cada parte envolvida, ou seja, o exercício do diálogo racional, a teoria habermasiana parece se concretizar atualmente no cenário nacional através dos instrumentos da mediação e negociação, como demonstramos.

Contudo, para que o agir comunicativo, o diálogo, plenifique o direito, teremos que compreender o *ethos* alheio, entendê-lo, despojarmos dos vícios da discriminação que muitas vezes maculam nossos pensamentos e se materializam em falas violentas e segregadoras.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ALMEIDA, Tania. *Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenadoras Tânia Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. Coleção saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAGNO, MARCOS (ORG). *Língua Materna Letramento, Variação e Ensino*. São Paulo: Parábola. 2002.

CALERIA, J. P.; Rojas, J. A. *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

FARIA, José Eduardo *O Estado e o direito depois da crise*. 2. ed. (Série direito, desenvolvimento e justiça : direito em debate). Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIA, JOSÉ EDUARDO. *Direitos humanos e globalização econômica: Notas para uma discussão*, 1997. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8994>. Acesso em 06.12.2019.

GADAMER, Hans-Georg. *A diversidade das línguas e a compreensão do mundo*. In: *GW 8*, Barcelona: Paidós, 1998.

_____. *A incapacidade para o diálogo* In: ALMEIDA, C.L.; FLICKINGER, H.-G.; ROHDEN, L. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Editora PUC RS, 2000.

_____. *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston: Beacon Press, 1984.

_____. *Comentários à Ética do Discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II*. Tradução: Flávio Beno siebenichler – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. Conferência do Mês (IEA/USP): "Zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft", realizada em outubro de 1989.

HUMBOLDT, W. *Über das vergleichende Sprachstudium in Beziehung auf die verschiedenen Epochen der Sprachentwicklung*, Berlim, 1883.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência da linguagem: a metafísica da linguagem e a vigência da palavra a respeito do tratado de Herder "Sobre a origem da linguagem"*. Petrópolis: RJ, 2015.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; MUNIZ, Tânia Lobo. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL, 2012. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/rdd/article/view/15684>. Acesso em: 05.12.2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. 3º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

PALAGANDA, Isilda Campaner. *Desenvolvimento e aprendizagem em Piaget e Vigotski [recurso eletrônico]: a relevância do social*. 6ª ed. São Paulo: Summus, 2015.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUPERINTERESSANTE. *Como, quando e por que o ser humano passou a falar?* 31 de out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/palavra-de-homem/>. Acesso em: 10/04/2020.

SUTER, José Ricardo. *Mediação no Direito de família: gestão democrática de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis / Fernanda Tartuce*. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.