

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

JACYARA FARIAS SOUZA MARQUES

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA

FRANCIVALDO GOMES MOURA

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F723

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

Coordenadores: Francivaldo Gomes Moura; Jacyara Farias Souza Marques; Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-492-1

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

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Mediação. 3. Conciliação. 4. Arbitragem.
VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

A história da humanidade está permeada de realidades fáticas que demandaram novas formas consensuais para a resolução de conflitos. Hodiernamente, tal situação se repete e os conflitos emergidos da sociedade conclamam a aplicação desses instrumentais. Neste diapasão, o Grupo de Trabalho – FORMAS CONSENSUAIS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS I – realizado no dia 08 de setembro de 2017 na Universidade do Minho, durante o VII Encontro Internacional do CONPEDI, em Braga Portugal, condensou o debate de temáticas de diversos ramos do direito perpassadas por um viés transdisciplinar que encontra como fio condutor os mecanismos que podem ser manejados para que a prestação jurisdicional se efetive mesmo sem o manejo dos mecanismos coercitivos próprios da seara jurisdicional.

Verificou-se que as diversas áreas do Direito, a saber: Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito da Criança e do Adolescente, Direito Empresarial, Direito Tributário, dentre outros ramos, encontram aportes profícuos na Sociologia, Antropologia, Filosofia, cultura, religião, visando a pacificação dos conflitos através da utilização de vertentes da chamada justiça restaurativa.

Variadas temáticas foram abordadas nesse Grupo de Trabalho que ramificavam com outros vieses, como: (i) as constelações sistêmicas e os direitos fundamentais; (ii) mediação intercultural, especialmente, a dos hipossuficientes através de propostas fomentadas pelo Poder Judiciário; (iii) práticas conciliatórias adotadas no Brasil e em Portugal, promovidas pelo Poder Público ou por organizações não-governamentais e (iv) adoção de mecanismos da justiça restaurativa em Tribunal de Contas Brasileiros e nas execuções fiscais promovidas pelo Ministério Público, dentre outros aportes.

Destacam-se as definições específicas dos mecanismos para a solução pacífica dos conflitos, com enfoque as teorias mais aplicadas modernamente, especialmente, àquelas que se correlacionam com a justiça restaurativa. Nesse aspecto, pontuam-se a participação do Poder Judiciário como fomentador/aplicador das técnicas conciliatórias e de mediação, muitas delas oriundas de áreas exógenas, notadamente, às ciências humanas, como mecanismos para um efetivo acesso à justiça.

Outro aspecto determinante que fora tratado nas temáticas abordadas neste Grupo de Trabalho diz respeito a preservação da dignidade da pessoa humana e sua correlação com a autonomia da vontade. Várias pesquisas de campo foram trazidas à baila e apontadas como instrumentos viáveis à efetivação dos direitos fundamentais. Percebeu-se também, que a maioria das situações, para que as técnicas aplicadas resultem aportes satisfatórios, deve existir um inter-relacionamento profícuo com o Poder Público, com o setor privado, e de maneira determinante, com a preservação da cultura dos povos.

Essas discussões que giram em torno das formas consensuais para a solução pacífica dos conflitos não devem encontrar barreiras no direito posto/positivado de cada Estado. Os limites culturais invisíveis devem ser sopesados e ultrapassados respeitando as nuances determinantes da dignidade humana. E as práticas e técnicas estanques, baseadas em teoremas fixos, prontos e acabados não mais se amoldam às novas realidades sociais a serem enfrentadas.

Pensar a solução pacífica dos conflitos é, portanto, buscar realizar uma interpretação teleológica fundamentada na preservação da dignidade da pessoa humana voltada para uma formação humanística e multidisciplinar dos operadores do direito.

Profa. Dra. Jacyara Farias Souza Marques

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga

Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA PROPOSTA DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA ATRAVÉS DO AGIR COMUNICATIVO

THE CONSENSUAL MEANS OF CONFLICT RESOLUTION: A PROPOSAL FOR ACCESS TO THE JUST LEGAL ORDER AND RECONSTRUCTION OF DEMOCRACY THROUGH COMMUNICATIVE ACTION

**Luana Michalski de Almeida Bertolla
Rozane Da Rosa Cachapuz**

Resumo

O acesso à justiça é fundamental para o exercício da democracia, pois garante a concretização dos direitos. Todavia, o Poder Judiciário atravessa uma grande crise que compromete a prestação jurisdicional. Ademais, com o avanço da globalização, a democracia do século atual tem perdido sua força e se limitado ao direito de voto popular. Propõe-se os meios consensuais de resolução de conflitos, especialmente a conciliação e a mediação, como meio de garantir o acesso à ordem jurídica justa e de reconstruir a democracia, sob fundamento da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas. A metodologia utilizada foi a dedutiva.

Palavras-chave: Meios consensuais de resolução de conflitos, Democracia, Acesso à justiça, Agir comunicativo

Abstract/Resumen/Résumé

Access to justice is fundamental to the exercise of democracy, since it guarantees the realization of rights. However, the Judiciary is undergoing a major crisis that jeopardizes judicial performance. Moreover, with the advancement of globalization, the democracy of the present century has lost its strength and is limited to the right of popular vote. It is proposed to use consensual means of conflict resolution, especially conciliation and mediation, as a means of guaranteeing access to the just legal order and rebuilding democracy, based on Jürgen Habermas' theory of communicative action. The methodology used was deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consensual means of conflict resolution, Democracy, Access to justice, To act communicatively

INTRODUÇÃO

A evolução capitalista e o surgimento da globalização trouxeram inúmeras consequências para o Estado na esfera econômica, política, jurídica e social. Entre tais reflexos encontra-se a oposição à democracia, a qual acaba se reduzindo ao sufrágio e à liberdade de expressão.

Além disso, há uma crise no acesso à justiça, um requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que objetiva tutelar, e não apenas proclamar os direitos.

Muito mais amplo, o acesso à justiça deve abarcar toda a atividade jurídica, desde a criação de normas, sua interpretação e aplicação. Afinal, ao incluir no rol do artigo 5º da Constituição Federal a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito (inciso XXXV, art. 5º, CF), consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição, mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional justa. Logo, o acesso à justiça deve ser realizado de forma efetiva, célere e adequada.

Outrossim, trata-se de um importante instrumento da democracia contemporânea, em razão da sua característica de garantir a concretização dos demais direitos inerentes ao ser humano. Considera-se, então, o mais básico dos direitos humanos, uma vez que o exercício dos demais é garantido por ele.

Quem recorre ao Poder Judiciário confia na finalidade da instituição de distribuir a justiça como valor; uma instituição que, numa concepção moderna, não pode saciar-se em apenas resolver o litígio, mas precisa ir além, efetivar um julgamento justo. Todavia, em razão do grande número de processos, o Poder Judiciário não tem capacidade de abarcar todas as demandas do modo ideal. Não bastasse, na maioria das vezes, quando a decisão é proferida, as partes não ficam satisfeitas.

A fim de buscar soluções, o presente artigo manifesta a proposta de utilização e incentivo dos meios consensuais de resolução de disputas, no intuito de garantir a ordem jurídica justa e alcançar a redemocratização.

Para tanto, no primeiro capítulo será explanado acerca dos reflexos do capitalismo na democracia e disposto o modelo deliberativo apresentado por Habermas. Já no segundo capítulo será exposta a crise de prestação de jurisdição, bem como suas consequências jurídicas. Por fim, tratar-se-á da concepção dos métodos consensuais de resolução de conflitos e sua relação com a teoria da ação comunicativa.

1 OS REFLEXOS DO CAPITALISMO NA DEMOCRACIA E O MODELO DELIBERATIVO PROPOSTO POR HABERMAS

Diante da complexidade das tarefas assumidas pelo Estado e da dimensão das políticas heretogêneas, foi possível observar que a democracia de massa se mostrava cada vez mais insatisfatória e resultava numa desvitalização da política.

Com efeito, sobretudo aos progressos na saúde, estabeleceu-se na Europa, desde o início do século XIX, um aumento populacional significativo. Esse desenvolvimento demográfico permaneceu de modo explosivo no Terceiro Mundo, cujos especialistas preveem uma estabilização em torno de dez bilhões de pessoas apenas em 2030 (HABERMAS, 2001, p. 54).

A massa da população trabalhadora, que há tempos trabalhava na agricultura, passou a ocupar as indústrias de bens de consumo, e, posteriormente, migrou para o setor terciário do comércio, transporte e serviços. Entrementes, as sociedades pós-industriais possuem um setor quaternário de trabalho baseado no saber, compostas por indústrias da computação ou os serviços de saúde, os bancos ou a administração pública, que dependem da afluência de novas informações e, em última análise, de pesquisa e inovação (HABERMAS, 2001, p. 55).

Até o final do século 20, no período de governos social-democratas do pós-guerra, mediante as políticas keynesianas de pleno emprego e das Constituições dirigentes, o poder político-jurídico se impunha sobre os capitais financeiros. Todavia, com o advento dos grandes conglomerados industriais e a unificação dos espaços mundiais de circulação de capitais, o Estado começou a perder força como instância de mediação política, regulamentação e mecanismo de determinação de rumos coletivos (FARIA, 2017, p. 42).

A fim de estabelecer conexões, cumpre apresentar algumas definições pertinentes à democracia. Com efeito, tamanha é a sua relevância que no preâmbulo da Constituição tem-se como finalidade a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar os valores supremos da sociedade que se pretende construir. Nesse contexto contemporâneo, verifica-se a desafiante batalha a ser enfrentada, através da utilização da Democracia, em defesa da dignidade humana.

Segundo Bobbio (1986, p. 17), a democracia é caracterizada por um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Entretanto, até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos, pois o grupo como tal não decide. Por isto, para que uma decisão individual possa ser aceita como coletiva é preciso que seja tomada com base em regras que estabeleçam quais são os

indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos (BOBBIO, 1986, p. 17-18).

Para Hans Kelsen, no plano da ideia, a democracia é definida como

uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. Mas o que é esse povo? Uma pluralidade de indivíduos, sem dúvida. E parece que a democracia pressupõe, fundamentalmente, que essa pluralidade de indivíduos constitui uma unidade, tanto mais que, aqui, o povo como unidade é — ou teoricamente deveria ser — não tanto objeto mas principalmente sujeito do poder (2000, p. 35).

Nesse sentido, a democracia é construída quando o poder encontra-se na mão dos indivíduos, que são representados em seus interesses pelos governantes. Caso contrário, não atingirá o seu objetivo de estabelecer um governo para o povo.

Realmente, na democracia participativa, toda a sociedade é convocada a interpretar e compreender a Constituição e a colaborar a favor da realização dos seus princípios e regras no espaço social, o que implica na educação para a convivência democrática (GOMES, 2008, p. 247). Logo, a compreensão do sentido da convivência democrática é dotada de certos pressupostos, a começar pelo reconhecimento do valor intrínseco de cada indivíduo enquanto sujeito dotado de dignidade.

Assim, observa-se que a concretização de um convívio democrático depende de uma série de exigências, as quais só serão realizadas através de uma convivência harmoniosa. O modelo de democracia participativa objetiva a efetiva concretização dos valores considerados pelo texto constitucional como "valores supremos". Desse modo, para a construção de uma sociedade democrática é preciso uma transformação na forma de ver e conviver de acordo com os valores e ideais que caracterizam esse modelo (GOMES, 2008, p. 249).

A intensificação da globalização econômica é incompatível com políticas democráticas. Por sua vez, a conservação e o aprofundamento da democracia nos leva a ter de optar entre Estado-nação ou integração econômica internacional.

Nesse cenário, cada vez mais restringiu-se o aspecto democrático da expressão da soberania popular, resumindo-os ao sufrágio universal e às liberdades de expressão. Por conseguinte, tais mecanismos de representação política dificultaram o envolvimento da cidadania e engessaram a participação democrática, ao passo que limitaram a formação de um consenso político com base em uma discussão coletiva acessível aos cidadãos.

Já a democracia representativa, respaldada em anseios e interesses definidos com base no sufrágio universal e na regra de maioria, possibilita a imposição de limites à lógica capitalista, a fim de assegurar o equilíbrio entre o enriquecimento privado e a justiça distributiva (FARIA, 2017, p. 41).

Para Schumpeter, a realização da democracia tornaria necessária a redução da autodeterminação pública, em razão de dois argumentos: a democracia não constitui um mecanismo institucional hábil para que os indivíduos construam um conceito de bem comum de maneira consensual; e não há um indivíduo racional, mas sim um indivíduo massificado, que pode ser facilmente manipulado por outros indivíduos, líderes políticos, meios de comunicação etc (SCHUMPETER, 1976, p. 250).

Para o autor, a solução é abandonar a democracia baseada numa soberania popular e adotar um método ou procedimento minimalista, que consiste em chegar a decisões coletivas por meio do voto popular, ou seja, a participação política ficaria restrita ao sufrágio (SCHUMPETER, 1976, p. 269).

Conforme mais além, as democracias do século XXI serão cada vez mais confrontadas ao problema derivado do desenvolvimento da ciência, técnica e burocracia, o qual não produz apenas conhecimento e elucidação, mas também ignorância e cegueira, em razão do parcelamento e da fragmentação do saber (MORIN, 2000, p. 110-111).

A ciência e a tecnologia acabam se tornando privilégio de alguns especialistas, que, na grande parte das vezes, tem sua ação e decisões controladas pelo poder político. Todo esse processo faz com que a competência democrática regrida.

Diante dessas condições, impõe-se, nas sociedades ditas democráticas, a regeneração da democracia, através da retomada do civismo, que supõe a regeneração da solidariedade e da responsabilidade, ou seja, um desenvolvimento da antropo-ética (MORIN, 2000, p. 112). Nesse sentido, a ética indivíduo/espécie necessita de controle mútuo da sociedade pelo indivíduo e vice-versa, o que convoca a cidadania terrestre. De fato, a ética "deve formar-se nas mentes com base numa consciência de que o humano é, ao mesmo tempo, indivíduo, parte da sociedade, parte da espécie" (MORIN, 2000. p. 17).

Partindo disso, pode-se verificar que os valores estabelecem uma relação de controle mútuo entre a sociedade e os indivíduos, que só pode ser realizado através da democracia.

De acordo com Norberto Bobbio (1986, p. 31), a apatia política dos cidadãos compromete o futuro da democracia, pois para a consolidação de um ideal democrático é necessário a educação para a cidadania, a fim de transformar os súditos em cidadãos. Atualmente, assiste-se, com total impotência, ao fenômeno da apatia política. Tal conclusão é

constatada pela falta de interesse e fiscalização com as questões públicas e ausência de participação na tomada de decisões.

Conforme Sérgio Alves Gomes (2008, p. 250-251), há inúmeras características que devem acompanhar um "sujeito democrático", como interessar-se pelo outro e não apenas consigo, ter uma visão ampliada do mundo, desenvolver a consciência, elaborar uma concepção solidária da convivência humana, abrir-se para o horizonte axiológico, desenvolver um aguçado senso ético da vida coletiva, buscar o contínuo aperfeiçoamento, entre outros. Porém, isso não é fruto do acaso, mas deve ocorrer em um processo educacional, que ocorre ao longo da vida.

Habermas propõe um modelo de democracia deliberativa, a qual rejeita tanto o Estado enquanto comunidade ética quanto o Estado como guardião de uma sociedade estruturada em torno do mercado. Sua teoria volta-se para o procedimento de deliberação e de tomada de decisões. Assim, a base desse modelo é uma ação dirigida ao entendimento que rompe com a filosofia do sujeito e prioriza a linguagem, a intersubjetividade de alto nível dos processos comunicativos, a qual se desenvolve, de um lado, nas deliberações institucionalizadas dos órgãos parlamentares, e, de outro, nas redes informais da esfera pública (HABERMAS, 2002, p. 248).

Realmente, o poder comunicativo modela o poder administrativo, pois na democracia deliberativa a legitimidade do direito não se funda na unanimidade de opiniões de uma comunidade, mas nas condições de comunicação e nos procedimentos institucionalizados, que ao realizar um balanceamento dos diversos interesses presentes numa sociedade pluralizada, levam à construção de regras sobre matérias relevantes para o coletivo (NOBRE; TERRA, 2008, p. 180).

Segundo Habermas (2002, p. 249), a força integradora da solidariedade deveria se desenvolver através de mecanismos de deliberação democrática e de tomada de decisões juridicamente institucionalizadas, adquirindo a força necessária para se impor frente ao dinheiro e ao poder administrativo.

Contudo, os processos democráticos de discussão e deliberação em escala global se apresentam implausíveis, em termos de logística e autoridade, o que insurge o questionamento de como construir um corpo político e como reproduzir uma democracia representativa em escala global diante de conjuntos de regimes jurídicos e pluralidade de entidades internacionais e organismos multilaterais em espaços socioeconômico heterogêneo e setores de atividades diferenciadas.

Nesse diapasão, propõe-se uma nova formulação dos princípios do Estado de Direito,

sob a ótica da teoria discursiva. O primeiro princípio é o da soberania popular, o qual garante que os cidadãos criem suas próprias leis, oriundas de um processo democrático institucionalizado, em que o diálogo é organizado a fim de que as questões políticas recebam um tratamento racional (HABERMAS, 2002, p. 214). Portanto, todo poder emana do poder discursivo dos cidadãos.

O segundo e o terceiro princípio retomam a ideia da separação dos poderes. O segundo é o princípio da ampla proteção jurídica do indivíduo, que é assegurado mediante um Poder Judiciário independente, que desenvolve a aplicação das normas. Já o terceiro é o da legalidade da atuação da administração, que sustenta que se a lei emana do poder comunicativo dos cidadãos, e à administração só é permitido agir conforme a lei, o princípio garante a submissão do poder administrativo ao comunicativo (NOBRE; TERRA, 2008, p. 182).

O quarto princípio é o da separação do Estado e da sociedade, uma vez que o Estado não pode ser confundido com a sociedade, realizando as negociações e exercendo funções que justificariam que ambos estão no mesmo patamar (NOBRE; TERRA, 2008, p. 183).

Superado tais conceitos, parti-se para a análise dos efeitos da globalização sobre a prestação do acesso à justiça.

2 A CRISE NO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Além das consequências negativas frente à democracia, a evolução e a livre concorrência também atingiram o Poder Judiciário, que não consegue prestar de maneira efetiva a tutela jurisdicional. A inovação não termina jamais, o que desencadeia um processo chamado por Schumpeter (1964, p. 175) de "tempestade eterna da destruição criadora". Desse modo, as invenções estão sempre muito à frente das regulamentações impostas pelo Estado. Por outro lado, a intensificação na produção de conhecimento altamente especializado contrasta com a escassa capacidade cognitiva e as deficiências dos órgãos legislativos e dos tribunais (FARIA, 2017, p. 38).

Com o fim do regime ditatorial, a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) surge com um vasto conteúdo de garantias e direitos fundamentais, restituindo o Estado Democrático de Direitos e reinstalando a democracia perdida. Destarte, houve a ampliação do direito de ação, mediante a previsão de apreciação pelo Poder Judiciário não só de lesão, mas também ameaça a direito, para assegurar direitos simplesmente ameaçados, antes da ocorrência da lesão.

O corolário do acesso à justiça foi colocado em nível de princípio constitucional, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988). A previsão constitucional consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo. Além de assegurar o direito de ação, invocar a jurisdição é também direito daquele contra quem se age, contra quem a ação é proposta, garantindo o direito de defesa, previsto no inciso LV do mesmo artigo (SILVA, 1999, p. 13-14).

Segundo Liebman (1981, p. 10-11), podendo ser aplicado ao Direito pátrio

O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representa a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade, e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos.

Desse modo, o acesso à justiça se apresenta como uma garantia constitucional, um dos mais importantes direitos; o direito de ação, que é a porta de entrada para a instauração do devido processo legal. Segundo Grinover (2015), o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não traz apenas um conceito de acesso ao Poder Judiciário, mas um amplo conceito de acesso à justiça e aos meios adequados de resolução de conflitos, como está explicitado na Exposição de Motivos da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

De acordo com Silva (1999, p. 9), o acesso à justiça é conceituado pelo direito de buscar tutela judiciária, ou seja, o direito de recorrer ao Poder Judiciário no intuito da solução de um conflito de interesses. Através dessa explanação simples, é possível compreender o conceito amplo de acesso à justiça e a sua fundamentalidade.

Malgrado a expressão "acesso à justiça" seja de difícil definição, serve para descrever duas finalidades básicas do sistema jurídico: a) um sistema acessível a todos, capaz de receber as reivindicações dos direitos e/ou resolver conflitos, sob a direção do Estado; e b) seus resultados, necessariamente, precisam ser individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 3).

Nesse diapasão, indubitavelmente, uma premissa básica da justiça social, tal como almejada pela sociedade, é o acesso efetivo. Assim, não basta que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário, mas também é necessário que obtenha uma resposta em tempo razoável e que a resposta seja plausível.

Outrossim, ao incluir no rol do artigo 5º da Constituição a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, contemplou-se não só o princípio do acesso à justiça, mas um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, o que o autor chama de acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 135).

Todavia, apesar do acesso à justiça constar na lei máxima do Estado como um direito fundamental, há uma crise de efetividade na prestação da jurisdição, a qual afeta diretamente o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário. Desde os anos 70, o Brasil tem sido uma sociedade industrializada e predominantemente urbana, com indicadores socioeconômicos perversos, mediante a existência de um dualismo estrutural básico, expresso pelo contraste de uma pobreza urbana massiva e alguns bolsões de riqueza (FARIA, 2002, p. 12).

Além disso, identifica-se outras três crises: a) crise de hegemonia: ocorre com a perda da capacidade de direção política e ideológica por parte dos grupos dominantes ou prevaletentes; b) crise de legitimidade: eclode quando essa condição social passa a não ser mais aceita de modo consensual pelos segmentos sociais; c) crise da matriz organizacional do Estado: surge quando essa condição social, ao perder estabilidade, sobrecarrega e compromete as instituições jurídico-administrativas e político-econômica que até então propiciavam e supriam sua capacidade de autorreprodução (FARIA, 2002, p. 12-13).

Embora essas crises tenham lógica própria e ritmos distintos, elas são convergentes e sua origem está associada à natureza do modelo de desenvolvimento adotado pelo regime burocrático-autoritário pós 64, o qual alcançou um crescimento jamais visto antes (FARIA, 2002, p. 13-14).

As consequências concretas das crises, obrigaram o Estado brasileiro a promover constantes ajustamentos no que se refere à organização socioeconômica e político-administrativo do país, sem, no entanto, conseguir superar as contradições.

As mais complexas questões jurídicas, provenientes da evolução humana e social, mostraram um Poder Judiciário incapaz de se adequar às transformações sociais. O resultado dessa incapacidade foi o completo despreparo e desorganização do sistema jurídico brasileiro, o qual refletiu no acúmulo de milhares de processos, na burocracia institucionalizada e, conseqüentemente, na violação de direitos e garantias fundamentais.

Segundo Santos, Marques e Pedroso (1996), a "crise da justiça" se traduz pela crescente ineficiência com que o Judiciário vem desempenhando suas três funções básicas: a instrumental, onde é o principal *locus* de resolução de conflitos; b) a política: exercendo um papel decisivo como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações e

assegurando a integração da sociedade; e c) simbólica: dissemina um sentido de equidade e justiça na vida social, socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibra os padrões vigentes de legitimidade na vida política.

O Judiciário acaba sendo indigente na produção de respostas para os problemas, uma vez que a falta de preparação técnica e a ausência de estímulo à reflexão e à criatividade traduz os cartórios judiciais em "máquinas kafkianas de fazer transcrições, emitir certificados e expedir notificações transformam os juízes em administradores de escritório emperrados, comprometendo o exercício da função jurisdicional" (FARIA, 2003).

Como demonstrado acima, com a positivação de direitos fundamentais e a saga em efetivá-los, as mais variadas demandas foram parar nas portas do Judiciário. Porém, o Poder Judiciário não tem estrutura suficiente para responder às reivindicações de maneira adequada, célere e efetiva. Ademais, até mesmo quando o Judiciário intervém de maneira célere, as partes não restam satisfeitas com o resultado.

Além disso, a economia atual, em escala global, se caracteriza por dinâmicas e processos submetidos a lógicas próprias, não respeitando as regras e espaço territorial de cada Estado. Tal situação ensejou inúmeras patologias na esfera jurídica, sendo uma delas a ausência de uma legislação unificada entre os Estados. Realmente, há necessidade de um órgão regulador macroprudencial, tendo em vista a progressiva desterritorialização dos capitais e com a autonomia das transações financeiras (FARIA, 2017, p. 39).

Outro problema está relacionado com a superação do arcabouço institucional do Estado, ao esgotamento tanto da operacionalidade quanto da eficácia de seus mecanismos jurídicos convencionais, os quais não acompanham a velocidade dos avanços, devido a globalização (FARIA, 2017, p. 40). Nesse viés, tem-se que os códigos e as leis já não mais se revelam capazes de submeter e enquadrar os agentes econômicos, bem como de apresentar um conjunto de respostas minimamente dotado de racionalidade lógica e coerência programática.

Destarte, os próprios operadores do direito revelaram-se sem capacidade cognitiva e competência funcional à altura do dinamismo e das inovações apresentadas pelo mercado financeiro. Tais avanços exigem um conhecimento técnico e específico dos profissionais, que apenas apresentam formação generalista, eclética e sem muito rigor metodológico.

Nesse ponto, o ordenamento jurídico e o sistema judicial do Estado viram-se progressivamente erodidos em sua pretensão de supremacia e universalidade. Não bastasse, verifica-se uma crescente fragmentação, complexidade e interdependência entre os agentes econômicos e os atores políticos, fazendo com que o Estado nacional deixe de ser o único

lugar de autoridade. Tal processo desencadeia uma tensão entre o capitalismo e a democracia, uma vez que o capitalismo é uma força acumulativa que não suporta limites.

Outro problema é a consequência da crise social, agravadas pela perda da capacidade de coordenação econômica e autonomia política do Estado, uma vez que as novas estratégias de regulação passam a ser discutidas e decididas no âmbito de entidades internacionais e organismos multilaterais (FARIA, 2017, p. 43). Nesse diapasão, O Estado perde a capacidade de dispor de fontes de investimento e linhas de financiamento para atender os socialmente pobres e vulneráveis, o que faz aumentar os efeitos da crise social.

Tais problemas fizeram com que os Estados tomassem algumas medidas, principalmente mediante uma revisão das políticas legislativas tradicionais e uma redefinição das fontes formais de direito. Ao perder progressivamente a capacidade de configuração sobre processos de inovação técnica e econômica, os Estados foram obrigados a enxugar seus ordenamentos jurídicos e estimular a sociedade para que desenvolvesse formas e mecanismos de autocomposição de interesses, ainda mais em espaços desregulamentados (FARIA, 2017, p. 95).

Embora o Estado ainda conserve seu poder para tentar impor as regras do jogo, consciente dos riscos de inefetividade dessa imposição em face da crescente internacionalização da decisão econômica, optou por abrir mão de grande parte das responsabilidades regulatórias.

Conforme veremos adiante, isso fez surgir inúmeros meios consensuais de resolução de conflitos, o que, por outro lado, também colaboram na retomada da democracia. O Estado deixa de tutelar determinados comportamentos e situações e passa a fomentar a autorresolução de litígios, por parte dos diversos setores sociais, econômicos e financeiros.

Essa ideologia é denominada desjuridificação¹ e ocorre através de processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização de direitos e criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como veremos adiante. Assim, o direito positivo deve se tornar funcional à sociedade e à economia.

3 A UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO FORMA DE REDEMOCRATIZAÇÃO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A SUA RELAÇÃO COM O AGIR COMUNICATIVO

¹ O termo é bastante utilizado por José Eduardo Faria e expressa essa nova tendência do Estado de permitir que o indivíduo resolva seus conflitos por meio dos métodos consensuais, sem que para isso o Estado precise intervir, mediante o uso da jurisdição (FARIA, 2017, p. 96).

Diante desse cenário, cresce o incentivo por métodos alternativos, principalmente os consensuais, onde as partes precisam dialogar para encontrar uma solução, utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores informais. Ademais, tais métodos contribuem para a redemocratização, pois os indivíduos constroem a solução de maneira conjunta, através da linguagem.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos são aqueles que, ao contrário do método judicial tradicional, utilizam um terceiro facilitador para que as próprias partes cheguem à solução do conflito e à pacificação mais completa (GRINOVER, 2015). Assim, as partes assumem o papel de chegar a um consenso e encontrar a melhor solução ao conflito.

Além disso, o destaque aos métodos consensuais ocorre, principalmente, pela aprovação do Código de Processo Civil (CPC), Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2016, o qual destinou especial tratamento à conciliação e mediação. Toda sistemática do novo CPC foi pensada para garantir uma prestação jurisdicional mais justa que resolva o problema do acesso à justiça e da crise que acomete o Poder Judiciário.

De acordo com a ideologia do ordenamento, há um dever que, por ser imperativo ético, se estende a todo e qualquer operador do direito envolvido no feito de buscar a solução mais harmoniosa possível para as partes, e, apenas em caso de grave desacordo, depositar a responsabilidade nos ombros do juiz (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 192). Tal ideal colabora, significativamente, para um maior grau de satisfação das partes e maior celeridade na distribuição da justiça. Destarte, já no art. 3º, o Código estabelece como dever do Estado promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo.

Apesar de existirem inúmeros métodos consensuais, os mais conhecidos e praticados no Brasil são, justamente, a conciliação e a mediação, os quais vamos nos deter. Outrossim, a conciliação é um meio consensual caracterizado pela presença de um terceiro imparcial - o conciliador - que tem a função de apresentar propostas que auxiliem as partes na busca pelo consenso, a fim de obter a composição. Consiste no emprego de quatro etapas, a saber: a) abertura: onde são feitos, por meio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre o procedimento e suas implicações; b) esclarecimentos das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito; c) criação de opções; e d) o acordo (BRAGA NETO, 2003, p. 23).

Apresenta-se, nesse sentido, como uma técnica não adversarial, adequada para a resolução consensual de conflitos objetivos, nos quais as partes não se conheciam

anteriormente e o único vínculo existente entre elas é a necessidade de reparação dos danos causados (DEMARCHI, 2013, p. 54).

A conciliação e a mediação guardam inúmeras semelhanças. Todavia, na conciliação, o conciliador busca obter o acordo, ou seja, está focado no litígio, enquanto que na mediação o objetivo é restaurar a comunicação entre as partes. Trata-se esta última, portanto, de um procedimento que visa restaurar o relacionamento entre as partes, o qual já existia antes do processo, e as educa para a resolução do litígio.

De acordo com Serpa (1999, p. 90), a mediação é um processo informal, voluntário, onde um terceiro assiste os disputantes na resolução de suas questões, buscando auxiliar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.

A existência de uma sociedade humana só subsiste "onde é possível identificar a existência de convívio humano organizado, e orientado segundo determinados valores que servem de bússola ao viver individual e coletivo" (GOMES, 2008, p. 81).

Para que os métodos consensuais sejam bem sucedidos, faz-se imprescindível a abertura das partes ao diálogo e a alteridade. Nesse sentido, Gadamer (2000, p. 26) afirma que grandes foram os avanços técnicos e científicos da humanidade, mas não se aprende suficientemente a conviver, o que exige uma abertura de uns para com os outros, de modo se resolva as tarefas no intuito a conduzir a humanidade à paz e ao equilíbrio.

Tais métodos se relacionam muito bem com a chave da compreensão procedimental da democracia. De acordo com Habermas (2002, p. 27), o procedimento democrático institucionaliza discursos e negociações com a ajuda de meios de comunicação. Da mesma forma, os métodos consensuais de resolução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação, se utilizam de formas argumentativas para chegarem a uma deliberação.

Trata-se da teoria chamada ação comunicativa, a qual tenta explicar como é possível o fenômeno social da integração por meio de diversas práticas que levem as partes para o diálogo e a compreensão do outro. Assim, a ação comunicativa deve promover o consenso entre as partes, a fim de que resolvam a disputa e busquem reaproximação, construindo, desse modo, um convívio pacífico.

Cada sujeito encontra-se inserido no "mundo da vida", um espaço que acumula todo o trabalho interpretativo que as gerações passadas fizeram, um palco onde os atores comunitários realizam o seu papel na sociedade e que pode ser visto como um mundo objetivo, social e subjetivo (HABERMAS, 2002, p. 39). Nesse lugar compartilhado, os sujeitos exercem a linguagem e tem a capacidade de se relacionar mediante o consenso.

Na concepção habermasiana de ação comunicativa, "os indivíduos, livres de qualquer coação ou pressão, participam em igualdade de condições do processo comunicativo, manifestando suas opiniões e ideais com o fim de chegarem a um acordo" (OLIVEIRA, 1996, p. 344).

Como se observa, Habermas elabora uma teoria que contempla: a igualdade de oportunidade de fala entre as partes; a busca pelo consenso entre os participantes, precedido da racionalidade dos sujeitos; e a possibilidade de externar o interesse de acordo de forma livre, sem pressão ou coação. Logo, tais aspectos coadunam com a conciliação e a mediação das partes, onde o Poder Judiciário e/ou órgãos específicos de autocomposição de conflitos judiciais e extrajudiciais se propõe à realizar o encontro entre as partes, para que juntas discutam e encontrem a solução para a controvérsia.

É no encontro que se produz a paz ou a guerra, tais situações são reflexos da forma de convivência entre os seres que povoam a terra. A consideração recíproca para com o outro, essa noção de alteridade, entendendo que o outro é semelhante, por se tratar de um humano, e diferente, em razão dos múltiplos fatores espaciais, temporais e culturais, define o destino da própria humanidade (GOMES, 2008, p. 111).

Assim, busca-se uma compreensão do mundo para permitir o agir na busca do entendimento mútuo. Outrossim, a partir do momento que as partes acordam de forma livre sobre o futuro de suas vidas, há uma retomada da democracia, afinal, as partes deixam de ser coadjuvantes, meros telespectadores das decisões de suas vidas e passam a deliberá-las.

Segundo Habermas, há um agir comunicativo no momento em que os atores harmonizam internamente seus planos de ação e se propõem a perseguir suas respectivas metas delineadas em um acordo ou a negociar a situação e as consequências esperadas (1989, p. 165).

O indivíduo que tem sua disputa submetida aos métodos consensuais deve estar consciente da sua situação de fala, bem como exercer de forma racional e livre a ação comunicativa. Por sorte, o ordenamento processual civil incentivou o diálogo voluntário entre as partes, no intuito de alcançar uma solução para o conflito de modo efetivo e célere. Contudo, cumpre às partes e aos demais atores agirem com a racionalidade que a prática comunicativa exige para a satisfação de um interesse mútuo.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou explorar a disputa entre o capitalismo e a democracia e a crise no acesso à justiça. Contudo, o ensaio não se deteve em descrever um panorama de caos já conhecido, mas foi além, propondo a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, consignados no Código de Processo Civil, no intuito de encontrar uma alternativa para a ampliação do acesso à justiça e redemocratização.

À medida que os seres humanos convivem, surgem inúmeros conflitos, os quais devem ser ajustados da melhor maneira para que a humanidade encontre harmonia e promova a pacificação social.

O homem é um ser dotado de possibilidades, tanto construtivas, a ponto de realizar seu desenvolvimento contínuo, quanto destrutivas, enquanto tendências negativas que levam o ser humano à frustração. O ambiente e as circunstâncias em que está inserido são fatores que influenciam o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, importante se faz questionar a respeito das condições que propiciem uma evolução construtiva dessas potencialidades para que permitam tanto seu favorecimento, quanto da humanidade em que está inserido.

Nesse seara, verifica-se a importância das políticas de incentivo ao agir comunicativo, no intuito do homem redimir suas controvérsias de maneira construtiva e, por outro lado, obter uma solução eficaz, a qual, na maioria das vezes, não é prestada de maneira adequada pelo Poder Judiciário.

Com efeito, considerando que o órgão jurisdicional atravessa uma grande crise, que traz reflexos diretos para o corolário do acesso à justiça, visou-se demonstrar a necessidade e as vantagens de que a própria parte delibere acerca dos seus conflitos e atinja o consenso de maneira racional e livre.

Apesar da explanação do método habermasiano ter ocorrido de forma sucinta, pretende-se explorar o agir comunicativo nos métodos consensuais, tendo em vista que tais medidas podem representar na práxis um avanço para a resolução dos conflitos e empoderamento das partes.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre a mediação e a arbitragem**. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade mecum**. 21 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

_____. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Vade mecum**. 21 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

_____. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. **Vade mecum**. 21 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (Org.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 3 reimp. São Paulo: Atlas, 2013.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. In: **SEMINÁRIO DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO XXI**. 2003. Centro de Estudos Sociais. Coimbra. 29 maio/1 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. **O Estado e o direito depois da crise**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (organizadores). Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo código de processo civil**. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **A constelação pós-nacional** – Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **A inclusão do outro** - Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. 1981-1973. **A democracia**. 2 ed. Tradução dos originais em alemão: Vera

Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 4ª ed., vol. I. Giuffrè: Milano, 1981.

MORIN, Edgar. 1921. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2 ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). **Direito e democracia**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. 1996. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm Acesso em: 20 ago. 2016.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **História da análise econômica**. 1959. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1964.

_____. **Capitalism, socialism and democracy**. Harper: 1976.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, José Afonso. O acesso à justiça e cidadania. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.