XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

EUDES VITOR BEZERRA

MARGARETH ANNE LEISTER

MARIA APARECIDA ALKIMIN

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra; Margareth Anne Leister; Maria Aparecida Alkimin - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-455-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ciências sociais. 3. Justiça Social.

XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

A edição do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF é motivo de alegria e orgulho, consolidando-se como veículo de divulgação das pesquisasem Direito da comunidade acadêmica.

É, pois, com satisfação que oferecemos ao mundo jurídico o resultado das atividades científicas desenvolvidas nesta edição.

O presente volume se inicia com o artigo intitulado "A (POSSÍVEL) PRÁTICA RESTAURATIVA NOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS: OBSTÁCULOS E REFLEXÕES", apresentado por Yago Daltro Ferraro Almeida, mestrando da UFBA, onde aborda a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa em crimes funcionais praticados por Prefeitos, portanto, crimes de natureza transindividuais, apresentando ponderações acerca da aplicabilidade da Justiça Restaurativa diante da vitimização transindividual e da ausência de disciplina legislativa específica para regulação do instituto.

O artigo "A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO", de autoria de Juliana Buck Gianini e Vivian Valverde Corominas, da UniSantos, aborda a utilização da Justiça Restaurativa como solução para a crise do atual sistema de gestão da justiça penal, tratando-se de um novo modelo de justiça penal pautado no diálogo e responsabilização, cuja forma de solução de conflito penal é capaz de restaurar o dano e reintegrar o infrator.

Na sequência, o artigo "A DESJUDICIALIZAÇÃO E O PAPEL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS", de autoria de Cibelle Manfron Batista Rosas e Daniele Michalowski Cosechen, aborda a importância da atuação das serventias extrajudiciais na resolução de questões judiciais sem a presença de conflito de interesses como mecanismo para gerar a desjudicialização de todas as demandas, além de visar a solução célere e eficiente e ao mesmo tempo desafogando o Poder Judiciário.

O artigo "A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO COLABORATIVO NA MEDIAÇÃO JUDICIAL: RELATOS E CONTRIBUIÇÕES DA COMISSÃO ESPECIAL DE MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E PRÁTICAS RESTAURATIVAS DA OAB SUBSEÇÃO

SANTA MARIA-RS", cujas autoras são Taise Rabelo Dutra Trentin e Aline Casagrande, das Faculdade Paulatina de Santa Maria/RS, traz à lume a experiência da Ordem dos Advogados do Brasil da Subseção de Santa Maria-RS que atribui destaque ao papel do advogado diante do Novo Código de Processo Civil no que tange à sua vinculação e atuação junto à Comissão Especial de Mediação, Arbitragem e Práticas Restaurativas proporcionando à clientela uma resolução do conflito de forma célere e eficiente.

O artigo "A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NO TRATAMENTO DA CONFLITUALIDADE SOCIAL PELO PODER JUDICIÁRIO: DISCUSSÃO A PARTIR DA REALIDADE DO ESTADO DO CEARÁ" de autoria de Igor Benevides Amaro Fernandes e Flávio José Moreira Gonçalves, da Unichristus (CE), através da realidade do Estado do Ceará busca analisar a desjudicialização por meios adequados de solução de conflitos e de acesso à justiça, cuja análise está pautada na teoria do agir comunicativo de Habermas e no pensamento filosófico de John Ralws.

No trabalho ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E OS ACORDOS ENDOPROCEDIMENTAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS, de autoria de Edimur Ferreira De Faria e Luana Mathias Souto discorrem acerca da importância da construção de uma Administração Pública consensual, capaz de atender aos princípios da eficiência, boa administração e da democracia, mediante discussão sobre o modelo de Administração Pública do Decreto-Lei n. 4/2015, “novo Código do Procedimento Administrativo”, de Portugal.

Em "AS ETAPAS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL", Carla Faria de Souza e Fernanda Bragança apresentam análise da institucionalização da mediação no Brasil através da construção do seu marco legal e da promoção de políticas públicas e iniciativas que visam fomentar a transformação da cultura social pela paz.

Viviane Duarte Couto de Cristo e Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff apresentam "CONSENSULIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO", com destaque aos acordos de leniência como uma ferramenta consensual entre a Administração Pública e o infrator na obtenção de provas em troca de benefícios, discorrendo acerca das críticas por parte da doutrina, o que pode indicar óbice à sua consolidação no mundo jurídico.

"CULTURA DA PAZ: A ANÁLISE DO DISCURSO POR OCASIÃO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL" é o resultado da pesquisa de Aline Lemos Reis Bianchini, da

USP-RP, apresentado revisão bibliográfica, sobretudo dos trabalhos que se dedicam a teorizar sobre a questão da "mentalidade", propondo uma reflexão que se dirige ao tom de propaganda que estes trabalhos adotam, frente ao instituto dos meios alternativos de conflito.

Mercedes Ferreira de Araújo e Afonso Soares De Oliveira Sobrinho, da UNAMA, apresentam análise das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil em relação ao Direito de Família e Sucessões, em especial a mediação de conflitos em "DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: A PRIMAZIA DA MEDIAÇÃO PARA UMA CULTURA DO DIÁLOGO", abrangendo aspectos jurídicos e sociológicos relacionados à moderna teoria do direito processual.

"JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS: REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE SOLUÇÕES DIALÓGICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO", de Max Emiliano da Silva Sena e Carlos Victor Muzzi Filho, analisa a judicialização dos conflitos sociais, propondo reflexões sobre como se obter soluções consensuais, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Através do artigo "JUSTIÇA RESTAURATIVA: MODELO INOVADOR DA JUSTIÇA PENAL JUVENIL QUE GARANTE AO ADOLESCENTE INFRATOR A POSSIBILIDADE DA TRANSMUDAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-RETRIBUTIVO DA PENA PARA O RESTAURADOR-EDUCATIVO" elaborado e apresentado por Maria Aparecida Alkimin e Regina Vera Villas Boas, da UNISAL, a Justiça Restaurativa é abordada como uma nova realidade do sistema penal juvenil e um novo modelo para restauração do dano gerado pelo ato infracional e ressocialização do adolescente infrator com a redução da reincidência em razão do caráter autônomo, democrático e educativo-restaurador da prática restaurativa no âmbito da justiça juvenil, com intervenção mínima da justiça sancionadora.

Resultado de pesquisa em andamento sobre a formação e o campo de trabalho do mediador judicial, Joaquim Leonel De Rezende Alvim e Thais Borzino Cordeiro Nunes expõem "MEDIADORES JUDICAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: CAPACITAÇÃO, REGULAMENTAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DE PRÁTICAS A PARTIR DE DISPUTAS NO CAMPO DAS PROFISSÕES JURÍDICAS" apresenta três vertentes: (a) análise de leis e resoluções sobre mediação; (b) pesquisa empírica, de cunho qualitativo, consistente nas observações feitas nas atividades desenvolvidas em um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) e de (c) entrevistas com os mediadores que atuam nos CEJUSCs.

Em "MODELO DESCENTRALIZADO DE MEDIAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE REFORMA FUNDIÁRIA URBANA", Rachel Lopes Queiroz Chacur e Celso Maran De Oliveira tratam da dogmática da exclusividade da Jurisdição para resolução de conflitos de tutelas ambientais, revisitando as bases teóricas e jurisprudenciais, culminando na necessidade de vias alternativas de resolução de conflitos fundiários urbanos, decorrentes da demanda social. É necessária a ruptura do modelo jurisdicional, trazendo um novo paradigma de descentralização e desjudicialização das resoluções de conflitos fundiários urbanos, priorizando a participação democrática dos cidadãos nas tomadas de decisões afeitas ao plano fático do espaço urbano, adequando o caso aos fundamentos das normas constitucionais e infraconstitucionais protetivas dos Direitos Fundamentais do Homem.

Maria Tereza Soares Lopes apresenta a arbitragem, em "O USO DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS PRIVADOS DE DIREITO MINERÁRIO ESTABELECIDOS ENTRE O MINERADOR, O PROPRIETÁRIO E O SUPERFICIÁRIO", como método adequado e eficaz para a resolução de conflitos privados de direito minerário estabelecidos entre o minerador, o proprietário e o superficiário, analisando as relações de direitos reais e as principais características da arbitragem strictu sensu, elucidando as vantagens de utilização deste método heterocompositivo face ao Poder Judiciário e apresentandoestudo de casos que exemplificam a controvérsia e os contrapõe.

"POR UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO COMO LASTRO FILOSÓFICO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO", de autoria de Geovana Faza da Silveira Fernandes, apresenta reflexão sobre a fundamentação dos meios alternativos de resolução de litígios, fomentados pela Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos, inaugurada pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e positivadas no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação. A partir da transição paradigmática e a insuficiência da dogmática jurídica para o tratamento de todos os tipos de conflitos, trata da importância da teoria habermasiana do agir comunicativo como norteador para os meios consensuais e como legitimadora da mediação e conciliação como métodos democráticos, que conduzem ao reforço da cidadania.

Por fim, Juliana Coelho Tavares da Silva e Caio Victor Nunes Marques apresentam "RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS AGRÁRIOS BRASILEIROS: UMA PROPOSTA PARTICIPATIVA E INTEGRADA", destacando o caráter eminentemente social do Direito Agrário e torna-se essencial a resolução adequada do conflito (RAD) devido às crescentes transformações estruturais do setor agrícola e a reivindicação premente de

soluções rápidas, justas e definitivas nas questões agrárias, de forma a diminuir as desigualdades e tensões sociais e assegurar o bem-estar de proprietários e trabalhadores rurais. Assim, objetiva-se desenvolver uma análise dos desafios e perspectivas da RAD para os conflitos agrários brasileiros.

Os temas aqui tratados são de fundamental importância hoje para todos os que operam no campo das Ciências Sociais Aplicadas.

Boa leitura!

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (Uninove)

Profª. Drª. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)

Profª. Drª. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)

POR UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO COMO LASTRO FILOSÓFICO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

FOR A FOUNDATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION AS THE PHILOSOPHICAL BASIS OF MEDIATION AND CONCILIATION

Geovana Faza da Silveira Fernandes [1]

Resumo

O presente artigo visa refletir sobre a fundamentação dos meios alternativos de resolução de litígios, fomentados pela Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos, inaugurada pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e positivadas no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação. O ponto de partida é a transição paradigmática e a insuficiência da dogmática jurídica para o tratamento de todos os tipos de conflitos. Trata, ainda, da importância da teoria habermasiana do agir comunicativo como norteador para os meios consensuais e como legitimadora da mediação e conciliação como métodos democráticos, que conduzem ao reforço da cidadania.

Palavras-chave: Transição paradigmática, Meios consensuais, Conflitos, Fundamentação, Agir comunicativo

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to reflect about the fundamentation of alternative disputes resolutions, fomented by the National Judicial Policy for Treatment of Conflicts, inaugurated by Resolution n.125/2010 of the National Council of Justice, fixed in the New Civil Precedure Code and in the Mediation Law. The starting point is the paradigmatic transition and the insufficiency of legal system for the treatment of all kinds of conflicts. It also discusses the importance of the Habermas´s theory of communicative action to guide consensual conflict´s treatment and to legitimate mediation and conciliation as democratic methods, that leads to the reinforcement of citizenship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Paradigmatic transition, Alternative dispute resolution, Conflicts, Fundamentation, Communicative action

---

[1] Bacharel em Direito (2002), pós-graduada em Direito Público (2008), mestranda pela Universidade Católica de Petrópolis; diretora do Centro Judiciário de Conciliação da Justiça Federal de Juiz de Fora-MG

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca dos meios consensuais de solução de conflitos não é nova e nem configura ineditismo tomar como ponto de partida a crise do Poder Judiciário brasileiro, com seus números astronômicos e suas causas. Ainda, não se descura da crescente relevância conferida a esses meios como estratégia de diminuição de acervo processual e para conferir maior celeridade e eficiência ao provimento jurisdicional. Todavia, olhar para a mediação e conciliação somente com a lente da redução de demandas e da celeridade processual é reduzir o seu potencial democrático, emancipatório e de fortalecimento da cidadania.

Não obstante todo o incentivo do Judiciário e de instituições de mediação privada para a adoção de meios autocompositivos como vias mais adequadas para determinados tipos de conflitos, não raro nos deparamos em audiências de conciliação ou mediação com posturas beligerantes dos participantes, o que demonstra que ainda estamos engatinhando em termos de mudança de uma cultura adversarial para outra mais colaborativa e menos violenta.

A partir desse contexto, nos propomos, neste trabalho, a buscar uma fundamentação filosófica para a adoção da mediação e da conciliação como meios consensuais de solução de disputas, enfocando em sua característica principal: o diálogo direcionado ao entendimento.

Primeiramente, tratamos de breve contextualização acerca da mudança paradigmática no trato dos conflitos e a conhecida crise do Judiciário. Passamos, então, a abordar, em poucas linhas, a complexidade da sociedade atual e a insuficiência da lógica dogmática para tratamento de todos os conflitos. Para tanto, nos itens seguintes, procuramos buscar uma fundamentação filosófica para a adoção dos meios consensuais no Brasil[1], recorrendo à multidisciplinaridade que permeia o tema, focando na importância do diálogo e na construção do consenso, e como os conceitos da teoria do agir comunicativo podem ser levadas para a ciência do direito, sem recorrer a uma forçada transposição de um conceito de uma ciência para outra.

Recorremos às teorias de Jünger Habermas, filósofo que teceu importantíssimo trabalho para trazer para a ciência do direito a importância da linguagem como *medium*, visando à construção de consenso e legitimação da própria democracia. E é com esse viés que passamos a analisar o problema da fundamentação filosófica do tema ora proposto, partindo

[1] A busca por uma fundamentação de uma prática, na sociedade atual, é importante tarefa, não só para contextualizá-la no mundo dos fatos, mas principalmente para conferir-lhe legitimidade e segurança. "O que está errado com a sociedade em que vivemos, disse Cornelius Castoriadis, é que ela deixou de se questionar. É um tipo de sociedade que não mais reconhece qualquer alternativa para si mesma e, portanto, sente-se absolvida do dever de examinar, demonstrar, justificar (e que dirá provar) a validade de suas suposições tácitas e declaradas". BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Zahar: Rio de Janeiro, 2001, p.33.

do método de revisão bibliográfica e do exercício autorreflexivo para a aplicabilidade da teoria do agir comunicativo no contexto brasileiro.

2 MUDANÇA PARADIGMÁTICA E SEUS REFLEXOS NO TRATO DOS LITÍGIOS

É importante, nesse momento de transição, refletirmos acerca das possibilidades de ruptura e transformação do paradigma adjudicatório, impregnado em nossas estruturas comunicativas, por meio do estabelecimento de uma "nova cultura jurídica democrática, emancipatória e jurisconstrutiva, que disponibilize, ao lado da solução adjudicatória, a opção por uma solução autocompositiva e autorreferenciada", evitando, contudo, "os malefícios da demonização da adjudicação e da sacralização do consenso" (VAZ, 2016, p. 26).

Nossa cultura litigante tem raízes históricas e sofre contribuições da formação jurídica oferecida pelas universidades e pelo próprio hábito de delegar ao Estado o poder de resolver os conflitos.

Nos acostumados a nos perceber como incapazes de resolver nossos próprios conflitos que passamos a enxergar o Judiciário como tábua de salvação para solução das disputas, sem que antes possamos tentar fazê-lo por nós mesmos. Essa mentalidade tem origem na própria formação do Estado brasileiro, desde a longínqua proclamação da República, e perpassou, se fortalecendo, nos regimes ditatoriais, nos quais a emancipação do indivíduo e seu empoderamento passam a ser vistos como 'perigos' à autoridade estatal.

A mentalidade positivista, que imperou em terras tupiniquins nos séculos XIX e XX, encerra uma racionalidade científica de purificação da ciência jurídica, deixando fora do círculo hermenêutico do direito questões afetas à ética, à moral e aos valores. É de concluir que, por muito tempo, o direito se viu purificado de influências de outras esferas do saber, buscando sua validade e legitimação dentro de sua própria estrutura positivada. O problema de fundamentação estava adstrito à lógica jurídica, não sendo buscada em outros saberes, como na filosofia, sociologia ou mesmo na antropologia.

Esse pensar relegou a outros planos menos importantes, na formação do jurista, disciplinas das áreas das ciências sociais. A ênfase era no direito positivo com sua dogmática, sua lógica dual, binária e excludente. Ocorre que esse mesmo direito passou a não mais atender adequadamente aos anseios da sociedade, cada dia mais complexa. Nesse contexto, aqui muito simplificado, passou-se a exigir do Poder Judiciário uma postura mais ativa, para que pudesse dar respostas a questões que não achavam solução na simplificação do tudo ou

nada, e mais adequada para determinados tipos de conflitos, que a dogmática jurídica e a lógica binária da subsunção não conseguem resolver a contento.

Paulo Afonso Brum Vaz leciona que as sociedades atuais se submetem a processos de transformação "extremamente rápidos, profundos e prenhes de complexidade, que colocam definitivamente em xeque as teorias, os conceitos e, sobretudo, os modelos estruturais antes considerados eficazes para diagnosticar e solucionar os conflitos sociais" (2016, p. 52).

Nesse fenômeno crescente de complexação, denunciado por tantos filósofos contemporâneos[2], e o fortalecimento dos direitos fundamentais no decorrer do século XX e ainda em construção neste século, passamos a assistir a um aumento cada vez maior de litígios. O resultado desse caldeirão de fatores é a conhecida crise do Judiciário, que passou a ser incapaz de dar resposta eficaz e célere à crescente demanda por justiça substancial. E já dizia Cappelletti que o acesso somente formal, mas não efetivo, à justiça, correspondia à igualdade apenas formal, mas não efetiva (1988, p. 9).

Essa crise, juntamente, com todo o pano de fundo de mudança paradigmática da sociedade pós-moderna ou líquida, expressão essa cunhada pelo sociólogo Zygmunt Bauman[3], torna necessária a retomada da filosofia como paradigma de fundamentação de novas práticas e de novas formas de pensar o direito, com a finalidade de se buscar um horizonte no qual os conflitos sejam tratados adequadamente, com a inserção dos atores no desenho da resolução de suas disputas, com o fortalecimento da cidadania, da razão no trato dos problemas, da emancipação dos indivíduos e de sua autodeterminação e, pois, de sua responsabilidade no tecido social.

Transição paradigmática quer dizer época de incertezas, de fluidez de conceitos, valores, fundamentações. Uma interseção entre visões de mundo de épocas distintas[4].

---

[2] Habermas afirma que as sociedades modernas tornaram-se tão complexas que as duas figuras de pensamento - a de uma sociedade centrada no Estado e a sociedade composta de indivíduos - não podem ser mais utilizadas indistintamente (2003, p.17/18).

[3] Para Bauman, a expressão modernidade líquida caracteriza melhor a época que vivemos, de fluidez, de incertezas e ausência de formas estáveis. É uma época de em que devemos buscar "unir novamente o que a combinação da individualização formal e o divórcio entre o poder e a política partiram em pedaços. Em outras palavras, redesenhar e repovoar a hoje quase vazia ágora - o lugar de encontro, debate e negociação entre o indivíduo e o bem comum, privado e público. Se o velho objetivo da teoria crítica - a emancipação humana - tem qualquer significado hoje, ele é o de reconectar as duas faces do abismo que se abriu entre a realidade do indivíduo *de jure* e as perspectivas do indivíduo *de facto*. E indivíduos que reaprenderam capacidades esquecidas e reapropriaram ferramentas perdidas da cidadania são os únicos construtores à altura da tarefa de erigir essa ponte em particular" (2001, p.55).

[4] Conforme leciona Boaventura, "transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade. É um período histórico que não se sabe bem quando começa e muito menos quando acaba. É uma mentalidade fraturada entre lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas entre saudosismos anacrônicos e voluntarismos excessivos. Se, por um lado, as raízes ainda pesam, mas já não sustentam, por outro, as opções parecem simultaneamente infinitas e nulas. A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incerteza, de

O projeto de repensar os modos tradicionais de solução de disputas, pautados na polarização, na lógica binária e no processo de substituição da vontade das partes pela vontade do Estado, plasmado na atuação do juiz, encontra sua fundamentação e razão de ser na busca por meios mais democráticos, céleres e eficazes de efetivar a justiça nos casos concretos. E nesse projeto, incentivado pelo Conselho Nacional de Justiça, inserem-se práticas consensuais que recebem um olhar mais amplo e multidisciplinar, deslocando o foco da disputa para o diálogo.

Trata-se de um novo paradigma de reflexão sobre o sistema de justiça no âmbito nacional. Novo aqui, porque lá fora as práticas consensuais têm sido estimuladas desde o início da década de 1970[5].

A opção de estudar e compreender os meios consensuais de solução de conflitos e seus diversos vieses tem seduzido muitos profissionais do direito, talvez por conta do véu da novidade que reveste a temática em solo brasileiro e pela abordagem multidisplinar que permeia o tema, o que permite ao pesquisador se debruçar em searas antes rechaçadas pela ciência do direito, como forma de entender o fenômeno jurídico e seus institutos.

Partimos, pois, do pressuposto de que vivenciamos uma época de transição paradigmática, da litigiosidade para a consensualidade, da exacerbação da competitividade para uma atuação mais colaborativa em termos de solução de conflitos. E a transição desse paradigma adversarial, que contribui para o desempoderamento do cidadão, para outro mais colaborativo, que preserve a autonomia das partes no desenho da solução de seus conflitos, tem com principal sustentáculo a restauração do diálogo e do entendimento pela comunicação e participação ativa.

Nos dizeres de Fabiana Marion Spengler, “a autocomposição é uma forma de instaurar a comunicação rompida entre as partes em razão da posição antagônica instituída pelo litígio”, uma vez que facilita a expressão do dissenso definindo um veículo que possa administrar a discordância e chegar a um entendimento comunicativo (2007, p.343).

O principal desafio da autocomposição, portanto, não é resolver o conflito, que é endêmico, mas encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica. Se é pelo diálogo que surgem as bases do conflito, então o diálogo pode ser a nossa

---

complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade" (2007, p. 257).

[5] Como exemplo, podemos citar a iniciativa norte-americana com seu sistema multi-portas (Multidoor Courthouse System), que foi descrito pela primeira vez na Conferência Pound de 1976, como alternativa frente à insuficiência do sistema judicial para atender satisfatoriamente os cidadãos. Essa conferência visava esboçar um modelo que previsse diferentes formas de solucionar os conflitos de acordo com suas especificidades. Ou seja, diferentes portas do Judiciário que levariam a um método mais adequado para a harmonização das partes e para o tratamento das relações adjacentes.

melhor opção para tratar das realidades conflitantes, reduzindo o potencial de hostilidade, de violência e agressão.

O que a autocomposição busca é o diálogo transformador e emancipador. Para tanto, deve-se despir dos preconceitos e da postura inflexível e olhar para o outro com um mínimo de sensibilidade e disposição para compreendê-lo. Daí a importância do agir comunicativo, como um meio de utilização da linguagem para a obtenção do entendimento mútuo.

3 INSUFICIÊNCIA DA DOGMÁTICA FRENTE À COMPLEXIDADE DOS CONFLITOS E A BUSCA POR UMA FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA PARA A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Partimos do pressuposto de que vivenciamos uma época de transição paradigmática, da litigiosidade para a consensualidade, da exacerbação da competitividade para uma atuação mais colaborativa em termos de solução de conflitos. E a transição para uma outra visão de mundo, que privilegie a colaboração e a autonomia das partes no desenho da solução de seus conflitos, tem com principal motor a restauração do diálogo e do entendimento pela comunicação e participação ativa.

Hoje vivenciamos conflitos dantes impensáveis, próprios do complexo processo de rupturas de paradigmas, “também chamado de ‘crise’ (BRUM, 2016, p. 33). Nesse pano de fundo, os postulados da racionalidade dogmática tornam-se insuficientes para oferecer respostas satisfatórias a diversas problemáticas humanas. Por essas razões é que o direito deve acompanhar a evolução social, assim como as formas de solucionar os conflitos também devem responder à altura, com novos meios de pacificação, mais racionais e menos arcaicos, mais emancipadores e democráticos e menos assistencialistas e coercitivos.

As instituições, principalmente a Justiça, devem acompanhar os avanços tecnológicos, políticos, sociais e os novos anseios individuais e das coletividades, sob pena de não responderem às demandas crescentes da população e aos novos tipos de conflitos, e, assim, deixar à margem do desenvolvimento grande parte da população e à margem da solução diversos dissensos que fogem da lógica binária para sua solução.

O juiz, hodiernamente, deixou de ser somente o servo e aplicador inerte da lei. A concepção liberalista do juiz como 'boca da lei' está em conflito "com o enfoque moderno do direito e da interpretação jurídica, aliás, em geral com a teoria moderna da hermenêutica: a interpretação sempre deixa algum espaço para opções, e, portanto, para a responsabilidade"

(1994, p.94). O juiz, então, passa a conviver com outras formas de realização da justiça, devendo reconhecer que ele não é o único apto a dizer o direito e que há fortes tendências de fortalecimento dos meios autocompositivos de solucionar os conflitos o que pode ser entendido, de certo modo, como abrandamento do monopólio estatal, vigente nos últimos dois séculos, de 'fazer a justiça no caso concreto'.

A construção de um sistema de tratamento de conflitos capaz de lidar com a complexidade destes e das próprias partes envolvidas pressupõe a adoção de uma política pública adequada, que propicie uma participação mais efetiva das próprias partes e de profissionais capacitados em meios não adversariais de solução de demandas, uma vez que a lógica desses meios centra-se na reconstrução do diálogo e no reforço da autonomia do cidadão. Reconstrução essa que passa pela comunicação como instrumento de consenso e de inclusão social e pelo discurso como fundamento da democracia pluralista. Daí a importância da filosofia, sociologia e até da psicanálise para melhor entendimento acerca da mudança paradigmática no campo dos instrumentos de pacificação social.

Por isso a busca de uma fundamentação democrática dos meios consensuais como forma de tratar os conflitos não se exaure na dogmática jurídica, mas persegue uma justificação filosófica e política para adoção da conciliação e mediação que podem ser mais adequados e compatíveis com a natureza dos pleitos e com a expectativa das partes.

4 TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

A tradição racional e juspositivista, que deságua num dogmatismo jurídico ferrenho, fez do *iter* procedimental para se obter um provimento jurisdicional racional uma sacralização do ritual processualístico. O foco não era o protagonismo das partes, mas o atingimento de uma decisão racional tomada a partir da atividade das partes, num processo dialético, que nossa cultura beligerante transformou num campo de batalha de argumentações.

Em outras palavras, o processo, visto como instrumento para se alcançar a justiça, pode ser considerando como um tabuleiro de jogo. Ganha aquele que utilizar da melhor estratégia, que melhor brigar ou que melhor souber produzir as provas a seu favor[6]. E onde está a comunicação honesta nesse jogo?

[6] As partes, em um processo, são dominadas pelo desejo de ganhar o jogo, em uma dinâmica conhecida como jogo de soma-zero. Todo jogo pressupõe interação, que, no caso do processo judicial, é permeada pelas regras positivas que norteiam o procedimento. E toda ação, nesse tabuleiro, deve ser racional. Desse modo, verifica-se que a atuação processual, além de ser regida pelo direito, também o é pelo sistema linguístico, que gerida somente pela dogmática deságua em práticas competitivas. Vence quem jogar melhor.

O processo pode ser vislumbrado como atividade em contraditório, um jogo no qual há complexa interação entre jogadores, regulada pelas leis, na busca do melhor resultado, que é dado pelo juiz. Todavia, como bem lembra Piero Calamandrei, o fato de apenas "decorar as regras do xadrez não torna ninguém enxadrista" (2002, p. 192), não obstante o conhecimento das regras habilite os jogadores a atuar. A partir do conhecimento das regras, portanto, os litigantes constroem seus comportamentos de acordo com o sistema, em uma atuação estratégica guiada pela vontade de vencer.

Entretanto, sob os influxos da ordem constitucional contemporânea, calcada nas ideias de democracia, fortalecimento da cidadania e da dignidade da pessoa humana, a humanização no trato dos conflitos passa a ser uma necessidade premente, como decorrência lógica de um Estado Democrático de Direito. Humanização, ética e solidariedade passam a ser vetores que devem ser considerados na atuação do profissional do direito. E, pela vertente assumida neste trabalho, trilhamos pela retomada da ética e da racionalidade comunicativa nos tratos intersubjetivos, principalmente no tocante à forma de tratamento dos conflitos.

Somos seres comunicantes e pela linguagem alcançamos a atual evolução social. Pela linguagem e pela ação da comunicação alcançamos a paz, mas também causamos a guerra. Nessas reflexões, recorremos às teorias de Jünger Habermas, filósofo e sociólogo alemão, pertencente à Escola de Frankfurt e crítico de sua primeira geração, um dos responsáveis pela mudança de paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem.

Partimos da teoria de Habermas porque estruturada em torno da noção de emancipação, da construção do consenso e do entendimento mútuo por meio da comunicação, do diálogo construtivo. Noções centrais ao estudo da mediação e conciliação.

Aspectos centrais nas teorias habermasianas são os processos linguísticos e a retomada da filosofia não só como pano de fundo e coadjuvante no mundo, mas como ciência da qual institutos e instituições do mundo da vida retiram seu fundamento de validade[7]. Adepto da filosofia crítica e da hermenêutica crítica, interpreta as instituições e estruturas sociais em termos comunicativos, trazendo à tona seus pressupostos de validade e tornando possível uma perspectiva crítica e emancipatória em relação a elas.

A teoria crítica contesta o positivismo científico, oriundo do iluminismo. A partir da crítica, Habermas propõe teorias para tentar reverter os prejuízos da racionalidade

[7] Habermas afirma que a filosofia deve deixar o seu lugar de indicador para as ciências e de tribunal supremo da cultura, não abandonando a pretensão de racionalidade, de verdade e de correção, afogando-se num misticismo ressentido como em Heidegger ou ceder cética ou cinicamente à política como em Rorty. (CRUZ, 2008, p. XVII).

instrumental. Defende o movimento dialético entre teoria e prática, que devem se relacionar, sendo a teoria aplicada, diuturnamente, a contextos práticos. A pedra de toque de seu trabalho reside na guinada lingüística, ou seja, faz da linguagem a base e meio privilegiado de acesso ao objeto. E ele justifica a importância da linguagem para a compreensão dos fenômenos de integração social, para a coordenação dos planos de ação de vários atores e para o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, ou seja, para o surgimento de padrões comportamentais e da ordem social em geral (2003, p. 36). De acordo com Habermas (2003, p.36)

> enquanto a linguagem é utilizada apenas como *médium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através de uma influenciação recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o 'agir comunicativo'.

Podemos dizer, então, que a linguagem não é apenas um meio de transmissão de informações, mas é também ação, sendo 'fonte primária da integração social'.

A teoria do agir comunicativo[8] centra-se, também, na destranscendentalização da razão, conduzindo a um pragmatismo que parte da filosofia kantiana[9]. A prática comunicativa cotidiana não é transcendental, e os atos de fala devem ser analisados não sob esse prisma, mas sim a partir de um viés prático, sob os influxos de uma tensão entre facticidade e validade (2003, p.25). Nesse sentido Habermas busca resolver a questão-problema de como é possível surgir uma ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram

---

[8] O conceito elementar de agir comunicativo explica "como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Esta impõe limitações pragmáticas aos sujeitos (...) obrigando-os a sair do egocentrismo e a se colocar sob os critérios públicos da racionalidade do entendimento. Nesta ótica, a sociedade se apresenta como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo. Isso não impede o surgimento de interações estratégicas no mundo da vida. Essas, porém, não têm o mesmo caráter das de Hobbes ou da teoria dos jogos: elas não são mais entendidas como o mecanismo para a produção de uma ordem instrumental. (...) Mesmo assim, o que age estrategicamente mantém o mundo da vida como um pano de fundo; porém neutraliza-o em sua função de coordenação da ação. Ela não fornece mais um adiantamento de consenso, porque o que age estrategicamente vê os dados institucionais e os outros participantes da interação apenas como fatos sociais. No enfoque objetivador, um observador não consegue entender-se com eles como se fossem segundas pessoas". (HABERMAS, 2003, p. 45).

[9] Habermas propõe um novo conceito de racionalidade baseado em contribuições tomadas não só de Hegel, mas também da tradição pragmática da filosofia. Sua intenção é garantir as vantagens de uma ética formal que não possa ser acusada de conteudista e reducionista, que possa lidar com a complexidade de um mundo que vê a decomposição cada vez mais profunda da sua eticidade concreta . Para ele, a racionalidade não pode deixar de fazer referência a padrões estabelecidos historicamente nos processos de socialização e objetivados nos estoques de saberes atemáticos que constituem um mundo da vida compartilhado lingüisticamente. (HOLMES, Pablo. **Razão Destranscendentalizada e Teoria da Argumentação jurídica**. In: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1977674/mod_resource/content/1/Razao_Destranscendentalizada_e_Teoria_da_Argumentacao_juridica.pdf. Acesso em: 13/04/2017).

ameaçados por essa tensão, que a teoria do agir comunicativo tenta assimilar (2003, p. 25)[10]. A reconstrução das condições nas quais o consenso pode ser alcançado, superando, ou então amenizando, essa tensão, nos leva ao conceito habermasiano de mundo da vida[11] e, novamente, à importância do agir comunicativo.

No agir comunicativo, as interações assumem o risco da discordância, embutido no próprio mecanismo de entendimento. Em outras palavras, as interações trazem em seu bojo possibilidades de consenso e também de dissenso, no decorrer dos diálogos e discussões, durante os quais deverá haver, por parte dos atores, uma motivação racional para o acordo e para o entendimento mútuo, tendo esse, certamente, a vantagem de uma estabilização não-violenta de expectativas de comportamento (2003, p.40/41).

O alto risco de dissenso nas interações tornaria a integração social através do uso da linguagem implausível, isso se o agir comunicativo, orientado pelo entendimento, não estivesse inserido nos contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um pano de fundo consensual. Daí a importância do agir comunicativo para a solução das contradições, discordâncias e conflitos.

O conceito de 'agir comunicativo' leva em conta "o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação" (2003, p. 35), pressupondo que a comunicação é o centro de nossa vivência e que toda comunicação busca o acordo. Nos comunicamos a toda hora, sendo impelidos a solicitar e a dar respostas o tempo inteiro. E o filósofo se coloca a seguinte pergunta: que tipo de razão nos move na linguagem nossa de cada dia? Nesse campo, a razão instrumental é rechaçada e Habermas tenta recuperar a razão, não a instrumental, mas sim a comunicativa, que é trabalhada a partir de suas pretensões de validade.

São quatro as pretensões de validade da teoria do agir comunicativo, e, portanto, da razão comunicativa: (i) pretensão de inteligibilidade: pretensões proferidas no discurso devem ser inteligíveis; (ii) pretensão de veracidade: o conteúdo proposicional do debate deve ser verdadeiro; (iii) pretensão de sinceridade: o falante deve proferir sentenças sinceras; (iv)

[10] A teoria do agir comunicativo, para Habermas, tenta resgatar o nexo entre razão e sociedade, e esse nexo pode ser mediado pelo direito positivo e reflete que o direito positivo pode ser ponte (*médium*) que permite amenizar a tensão entre o mundo dos fatos, a realidade, e as pretensões de validade. O direito explicaria a possibilidade de reprodução da sociedade no solo frágil das pretensões de validade transcendentes (2003).

[11] O mundo da vida vincula-se à cultura, às instituições sociais e às estruturas de personalidade dos participantes de uma determinada sociedade, num conjunto que estrutura uma forma de entendimento, ou um horizonte de interpretação, inevitavelmente particular, indisponível em seu conjunto, inicialmente correlato dos processos de entendimento. Ainda, o mundo da vida dos sujeitos que agem comunicativamente "constitui-se de convicções subjacentes mais ou menos difusas e sempre isentas de problemas. (...) acumula o trabalho interpretativo prestado pelas gerações precedentes; ele é o contrapeso conservador que se opõe ao risco de dissenso, que surge com todo processo atual de entendimento" (HABERMAS, 2016, p.138/139).

pretensão de correção normativa: os proferimentos devem ser corretos e justos a partir dos valores e normas vigentes (CRUZ, 2008, p. 92/93).

No entendimento de Habermas é possível uma sinceridade de fala, que ocorre quando há ausência de constrangimentos externos, de modo que os falantes possam gozar das mesmas proporcionalidades de fala, das mesmas oportunidades sem que sofram pressão. Ademais, deve haver motivação racional para os participantes, isenta de pressões externas ou forças ocultas. A teoria, ainda, é deontológica, pois é do dever e não da utilidade; é racionalmente fundamentada e é universalista, porque as normas devem ser imparciais, justas e universais.

Desse modo, a racionalidade se apresenta como uma abertura de consenso e não como uma verdade imposta. Não é instrumental, técnica apenas, como fora na modernidade, mas tem um cunho ético de busca do entendimento e da emancipação. Nesse giro, a teoria habermasiana abrange os problemas conflitivos atuais a partir da comunicação, tentando estabelecer uma nova dinâmica para os novos tempos, superando a razão técnica, que busca uma resolução para os problemas deixando de lado aspectos como moral e ética e não se importando com os impactos sociais das opções e ações.

Pela defesa de Habermas, a razão passa pelo consenso, que é pressuposto para a construção colaborativa de normas e valores como ética, respeito, integridade, disciplina e cooperação. Razão e verdade, pois, não são valores absolutos, mas definidos consensualmente, a partir de debates. A comunicação, pois, deixa de ser apenas instrumento de comunicação e passa a ser ferramenta de construção de consenso e de pacificação.

Comunicar é agir, modificar a realidade em diferentes escalas. A linguagem aplicada e usada para o entendimento, pois, é o ponto de partida para as alterações sociais.

Não obstante essas constatações, a teoria de Habermas, entendida como procedimentalista, foi considerada por alguns como inadequada à realidade brasileira[12], uma vez que o Brasil ainda não concretizou os ideais do Estado Social, quanto mais de um Estado Democrático de Direito. Entretanto, considerando os objetivos deste trabalho, não trataremos aqui das críticas a uma suposta inadequação da teoria habermasiana a países de modernidade periférica, como o Brasil; compartilharemos da opinião de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2008) e de outros doutrinadores que vêm na teoria do agir comunicativo de Habermas uma universalidade aplicável à realidade tanto dos países desenvolvidos quanto daqueles em

[12] Lênio Streck rechaçou o procedimentalismo de Habermas, afirmando ser uma teoria alienígena inadequada à realidade pátria, por ser o Brasil um país de modernidade tardia, que nem vivenciou em plenitude o estado de bem-estar social, fase essa que o jusfilósofo alemão já considera superada (CRUZ, 2008, p. 15/19).

desenvolvimento[13]. Isso porque essa teoria tem em vista toda a coletividade e se pauta em uma racionalidade diversa daquela idolatrada pela modernidade, ou seja, parte-se de uma razão centrada na comunicação, sendo essa universal.

Com a ação comunicativa, os indivíduos estão interagindo todo o tempo. O resultado desse envolvimento intersubjetivo é o produto da própria comunicação e não produto de imposição por alguma instituição. Um dos objetivos é permitir que novos valores e normas possam ser construídos pela interação comunicacional, pelos diálogos e debates.

Uma vez que o homem é influenciado por sua linguagem, ele pode atribuir significação a suas experiências e vivências. Com a racionalidade pode construir caminhos. Assim, com a ação comunicativa os valores e normas passam ter validade, pois são discutidos. Com a discussão, os indivíduos podem validar ou refutar ideias, de forma que o conceito que resulta de todo o processo espelharia, em última análise, a liberdade para escolhas.

5 CONFLITOS NO MUNDO DA VIDA E SUA TRANSFORMAÇÃO A PARTIR DO AGIR COMUNICATIVO

Habermas separa a sociedade em duas esferas: sistema e mundo da vida. O sistema é, resumidamente, o espaço onde se desenvolve uma reprodução material, uma lógica instrumental, um mundo material criado pela lógica e que cria valores que as pessoas são impelidas a seguir. O sistema, portanto, seria o conjunto de regras sociais que condicionam as pessoas em seu agir e que, portanto, acaba não sendo livre.

Já o mundo da vida é composto por pessoas que se comunicam para buscar o consenso, onde se desenvolve uma lógica simbólica, dando espaço para a linguagem e os significados.

Enquanto ao sistema caberia as instituições sociais voltadas ao paradigma da produção, em que a ação dos indivíduos se torna sempre estratégica e voltada ao sucesso individual, o mundo da vida seria o momento da comunicação do homem, em que a ação comunicativa dos homens permite a eles harmonizar os seus interesses e estabelecer o consenso.

[13] Habermas se debruça sobre a importância da linguagem e de seu uso racional, visando o entendimento como forma de construir uma ponte entre o mundo dos fatos (facticidade) e as pretensões de validade do direito. Suas teorias possuem um substrato ético, reavivando uma ética kantiana esquecida pela exacerbação do projeto da razão, que culminou em diversos vieses de totalitarismo. Visa também um fortalecimento de instituições que possam contribuir para uma postura mais humanista e não opressiva e contra um capitalismo desumanizado, levado às últimas consequências por um consumismo exacerbado e pela globalização.

A constatação de Habermas, que para ele é um grande problema, é que o mundo da vida foi colonizado pelo sistema. E o que isso significa? Que as ações estratégicas voltadas para o sucesso, aquelas ações que buscam um determinado resultado, dominaram as ações de afetividade, as ações da família, as tradições das sociedades e assim por diante. Em geral, não fazemos as coisas com base no nosso juízo crítico, mas somos influenciados pelo sistema, desaguando em uma crescente instrumentalização do mundo da vida. Ou seja, há o desenvolvimento desse tecnicismo, fruto da contaminação pelo sistema, nas esferas da vida, tanto na esfera jurídica, quanto na econômica e na política. Pela colonização do mundo da vida pelo sistema, a liberdade acaba sendo restringida. Conforme pondera Habermas, um dos efeitos mais notórios dessa colonização é a juridicização do mundo da vida, principalmente nos setores da família e da escola[14].

Ainda, o mundo da vida forma um pano que fundo que oferece uma variedade de evidências culturais, das quais os participantes, em suas interações, retiram padrões de interpretações consentidas e padronizadas. E dentro desse cosmos, composto pelo sistema e pelo mundo da vida, estão os dissensos.

Os conflitos ocorrem no mundo da vida, do qual fazem parte as instituições, as personalidades dos indivíduos, os entrelaçamentos entre os diferentes atores. Um fato ocorrido é uma expressão que pode ser analisada de maneiras completamente diferentes dentro de uma mesma moldura, podendo ser todas elas válidas. Em grandes linhas, podemos dizer que o mundo da vida é o horizonte para situações de fala e também fonte para as possíveis interpretações, como dito antes, que esse mundo nos envolve e a partir dele vivemos e nos comunicamos diretamente e que, no pano de fundo dessa realidade, encontra-se o agir comunicativo. A linguagem não somente como instrumento, *médium*, mas também como ação, ela própria. Essa presença (do agir comunicativo) é como um fantasma, é latente, embora a tudo perpasse.

As características individuais dos participantes de um conflito, na esteira dos ensinamentos do psicólogo Morton Deustch (2004, p. 30), como força, meios de cognição, personalidade, assim como as características do meio nos quais inseridos, fazem parte do solo

[14] O direito estendeu-se e solidificou-se, o que é positivo no processo de modernização. Mas há o outro lado, o direito codificado é usado estrategicamente para regular contratos. O Estado burguês de direito regulariza suas funções para poder administrar, além de ter um novo papel que é o de proteger a burguesia. Ao mesmo tempo em que o Estado democrático de direito assegura aos cidadãos participação e liberdade de escolha, os processos de legitimação passam pela juridificação. Os aspectos "da reprodução cultural, da integração social e da socialização se vêem arrastados abertamente pelo redemoinho da dinâmica do crescimento econômico e, com isso, pelo redemoinho da juridicização" (1987, vol. II, p. 520). Para tudo se requer respaldo legal. ARAÚJO, Inês Lacerda. **A teoria da ação comunicativa de J. Habermas**. Fundació Catedra Iberoamericana: Palma de Mallorca, 2014. Disponível em: http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/ines/. Acesso em 28.04.2017.

no qual se desenvolvem as relações comunicativas e, desse modo, afetam o desenvolvimento e andamento de suas disputas. Tais característica fazem parte do mundo da vida, e impactam a forma como os envolvidos percebem o conflito e suas inter-relações.

Desse modo, o solo no qual nasce um conflito deve ser analisado, assim como o microclima e os fatores sociais e naturais que interferem em suas dinâmicas. Os contextos sócio-econômico-culturais dos envolvidos são de extrema importância, pois determinam a forma como se comunicam. E, como sabemos, grande parte dos conflitos se originam de problema de comunicação, e sua quase totalidade poder ser transformada pelo trabalho de um agir comunicativo orientado pelo entendimento e consenso.

Nesse ponto, saliente-se que os atos da fala não servem apenas para a representação do mundo objetivo, ou seja, para a representação de estados e acontecimentos, mas também para a produção ou renovação de relações interpessoais, regadas de subjetividades, que se referem, pois, ao mundo subjetivo, ligado a vivências, experiências e à história de cada um.

A forma como nos comunicamos reflete como pensamos e somos. E como pensamos e o que somos molda nossa forma de comunicação. É uma via de mão dupla. Sendo assim, nossa história se reflete na forma como nos comunicamos e também como nos comunicamos molda nossa história.

Concluímos, nesse ponto, que os atores de um diálogo orientam seus esforços de entendimento mútuo em um sistema de referências que se apóiam concomitantemente em (i) um saber compartilhado intersubjetivamente, (ii) em uma concordância normativa e (iii) em uma confiança recíproca. É o mundo da vida e o próprio sistema permeando as relações intersubjetivas e a forma como lidamos com nossos conflitos. A teoria do discurso é, pois, intersubjetiva e não só subjetiva, porque pressupõe participação e interação entre os envolvidos.

Neste contexto, os indivíduos não possuiriam pressão externa, o que seria uma situação ideal de fala, e eles, por meio de argumentos racionais, procurariam convencer os demais ou se deixarem convencer a respeito de determinada norma que está sendo discutida. Esse é o palco ideal de uma conciliação e mediação.

Toda vez que há um conflito ou litígio é aconselhável passar-se ao debate (que seria uma primeira etapa), devendo haver espaço para a discussão e diálogos. É necessário, ainda, trabalhar para que haja uma situação ideal de fala (que seria uma segunda etapa). Diante dessa situação ideal, se chegarmos a um consenso (que seria uma terceira etapa da teoria), passaríamos a uma quarta etapa da teoria do agir comunicativo, que é o princípio da

universalização (Princípio U)[15], princípio da aplicação da norma que é debatida. E a norma pode ser entendida como solução dialogada.

Assim como a legitimação do direito ocorre, para Habermas, por meio da democracia deliberativa, do debate, e a base da democracia é o agir comunicativo, assim também o é com as melhores soluções para os conflitos. A solução mais racional seria, portanto, aquela fruto do consenso, do debate nos moldes propugnados pela teoria em análise, conforme visto nos itens anteriores. Portanto, a teoria que visa o consenso é fundamental para entendermos o direito e os meios consensuais de solução de conflitos.

Habermas trabalha, ainda, a tensão entre facticidade e validade, que a linguagem e seu uso comportam, retornando no modo de integração dos indivíduos socializados comunicativamente e devendo ser por eles mesmos trabalhadas. Essa mesma tensão é estabilizada pelo direito positivo (2003, p.35). O direito teria, por conseguinte, a função primordial de estabilização da tensão existente na sociedade entre os fatos do mundo, o mundo como é, e a pretensões de validade.

Se o direito só pode ser compreendido a partir da noção de uma 'tensão entre facticidade e validade'[16], no contexto ora examinado, a facticidade reside no plano dos fatos, das coisas como elas são e funcionam, na dimensão real do mundo, sendo que aqui estamos tratando dos conflitos. E validade seria o plano dos ideais, das normas que se reconhecem como corretas e que justificam as ações, dos valores que justificam as escolhas, das utopias que justificam as instituições existentes e das esperanças que se reconhecem como necessárias e que justificam o caminhar da sociedade. O direito, portanto, é o *medium* para aliviar e estabilizar a sobredita tensão entre a realidade e o mundo das pretensões de validade.

E os ideais de maior pacificação, emancipação e harmonização, os valores como solidariedade, alteridade, colaboração e as justificativas ligada ao fortalecimento da cidadania para a adoção da conciliação e da mediação como instrumentos de tratamento de conflitos validam a inserção dessas práticas e sua positivação como meios constitucionais e democráticos de 'resolução' dos conflitos. São outras 'portas' que o Judiciário que o próprio Estado deve oferecer aos cidadãos para um acesso mais adequado à Justiça.

---

[15] ARAÚJO, Inês Lacerda. **A teoria da ação comunicativa de J. Habermas**. Fundació Catedra Iberoamericana: Palma de Mallorca, 2014. Disponível em: http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/ines/. Acesso em 28.04.2017.

[16] Sendo analisado somente sob o ângulo da facticidade, do plano fático, o direito não conseguiria justificar sua obrigatoriedade e, por conseguinte, explicar sua legitimidade. Concebido apenas pelo ângulo da validade, o direito perde seu contato com o mundo concreto, tornando-se incapaz de realizar a justiça substantiva e não conseguindo coordenar eficazmente as relações sociais. Assim, Habermas (2003) defende que o verdadeiro lugar do direito é entre os planos da facticidade e da validade, como uma ponte entre eles, tornando a facticidade válida o bastante para ser obrigatória e aceitável e a validade factual o bastante para ser viável e concretizável ao longo do tempo.

6 CONCLUSÃO

Somos imersos num viver que nos ocorre na linguagem. Se não estamos na linguagem, não há conhecimento, não há reflexão, não há discurso, não há consenso, e nem participação. Dependemos, portanto, da linguagem e da cooperação para a estabilização da vida em sociedade e para que possamos percorrer um caminho de evolução. Nessa vertente, Habermas acredita que para que haja uma estabilização dos complexos de interações não basta a influência recíproca de atores orientados pelo sucesso e competição, mas principalmente, pela integração da sociedade por meio do agir comunicativo.

A forma como lidamos com nossos conflitos, pois, é espelho do grau evolutivo de uma dada comunidade. Em sociedades organizadas em forma de Estado, a resolução dos conflitos obedece a uma ordem normativa positivada. Em nossa atual sociedade complexa, temos percebido que o direito positivo, fundamentado em sua lógica binária (certo x errado; vencedor x perdedor; culpado x inocente), não se mostra suficiente para resolver uma série de conflitos levados ao Judiciário. Desse modo, reclama-se uma atuação não só mais eficiente, mas também mais humanitária e adequada.

Se a humanidade quiser galgar degraus na escala evolutiva, evolução essa guiada por um ideal de paz e solidariedade, deverá olhar para a forma como lida com seus dissensos e trabalhar instrumentos de transformação de conflitos apoiados não na imposição da visão do mais forte sobre o mais fraco, em um sistema de perde-ganha, mas na transformação humanitária, que traga ganho mútuos e saltos de empoderamento dos envolvidos.

Nos dizeres de Paul Lederach (2012, p 35), transformar conflitos é perceber e reagir às “enchentes e vazantes do conflito social como oportunidades vivificantes de criar processos de mudanças construtivos, que reduzam a violência e aumentem a justiça nas interações diretas e nas estruturas sociais, e que respondam aos problema da vida real dos relacionamentos”.

A pós-modernidade há de ser pensada *cum granum salis*, ou seja, todos os seus prodígios, decorrentes em grande parte da globalização, devem ser analisados com viés crítico e é isso que Habermas, assim como Zygmunt Bauman, propõe.

Bauman reforça o compromisso da teoria crítica na sociedade dos indivíduos. Ainda que reconheça que o espaço público esteja deixando de desempenhar sua antiga função de lugar de encontro e diálogo sobre questões públicas e privadas, e que os indivíduos estejam sendo despidos da armadura protetora da cidadania e expropriados de suas capacidades e

interesses de cidadãos, mantém a esperança de que o indivíduo *de jure* ainda possa vir a se tornar indivíduo *de facto* (aquele que controla os recursos indispensáveis à genuína autodeterminação). Assevera o sociólogo que o "indivíduo *de jure* não pode se tornar indivíduo *de facto* sem antes tornar-se *cidadão*". Isso porque a autonomia individual pressupõe uma sociedade autônoma, e a "autonomia da sociedade requer uma autoconstituição deliberada e perpétua, algo que só pode ser uma realização compartilhada de seus membros" (2011, p.55).

Assistimos, de fato, a uma mudança nos fundamentos filosóficos da sociedade se compararmos o contexto atual com imediato pós-segunda guerra. Falamos em termos de valores morais, posturas filosóficas, complexidades conflituosas, saberes e interações interpessoais. Porém, em termos de manifestações de violências, truculências e exercícios irracionais de poder e da própria liberdade parece que pouco avançamos. Todavia, não podemos fechar os olhos para a necessidade de maior participação dos poderes estatais e da própria sociedade na forma de pensar os meios de tratamento dos conflitos.

Nesse ponto o Estado brasileiro não fechou os olhos para a realidade, mesmo que tardiamente. A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária de Tratamento Adequado aos conflitos, assim como o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei nº13.140/2015 vêm nessa esteira de mudança paradigmática da atuação do Judiciário e da própria sociedade na condução dos conflitos.

Tratamos de disseminar uma nova forma de ver e interpretar o direito, menos dogmática e mais permeável às demandas sociais, e essa mudança de mentalidade deve necessariamente passar, não só pela formação dos profissionais do direito, mas também pela própria educação de base das gerações vindouras. Mas é necessário começar de algum ponto. E esse ponto de partida pode ser a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, que merece ser expandida para as comunidades e para iniciativas extrajudiciais.

Pela teoria do agir comunicativo, a conciliação e mediação, em grande parte dos casos, passam a ser vistas não como meras possibilidades, mas como a melhor solução, por causa da ideia de consenso dos participantes. Pelo exercício da comunicação livre, que exige crítica, racionalidade, diálogo, reflexão permite-se criar outros valores e normas.

A linguagem não é apenas instrumento de comunicação, é um mundo intersubjetivo, por meio do qual é possível colocar percepções distintas em discussão. Sendo assim, ela pode se tornar o principal veículo de promoção do bem comum, pois nela pode prevalecer a dinâmica da compreensão mútua.

Os papéis desempenhados pelos indivíduos em um conflito refletem suas perspectivas de mundo, seus saberes e contextos biológico, social, cultural e econômico e a forma como os atores lidam com os conflitos por eles vivenciados espelham, exatamente, essas percepções. Por isso na teoria de solução consensual de conflitos bate-se muito na tecla de que os conflitos, em regra, nascem de diferenças de percepção e de problemas na comunicação. E a conciliação e mediação oferecem espaços informais de fala e escuta, orientados à cooperação, o que possibilita o exercício da cidadania além de fundamentar a pretensão de validade das decisões e do próprio direito.

Para Habermas, "o sistema de perspectivas dos falantes está entrelaçado com um sistema de perspectivas do mundo", ou seja, a ação comunicativa dos indivíduos orienta-se a partir do pano de fundo do mundo da vida, podendo o agir comunicativo ser compreendido 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; ao mesmo tempo, ele é também produto das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria" (2003, p.166).

Essa expressão, que conduz a construção do presente trabalho, traduz interações sociais que o uso da linguagem orientado para o entendimento pode possuir. Desloca-se, pois, a atenção da lógica competitiva, adversarial, há muito arraigada no cultural do povo brasileiro, para outra ótica mais colaborativa e consensual e, portanto, mais pacificadora. Esse deslocamento advém da ineficiência da coercibilidade e da heterocomposição, fundamentadas em estruturas de poder como elementos condutores de um agir em relações conflituosas.

Não se quer colocar em cheque a importância do direito enquanto meio de solução de disputa e, assim, relegar a segundo plano sua secular função. Mas essa virada paradigmática vem trazer de volta a importância da comunicação e dos processos interrelacionais para a construção do consenso, emancipação e inclusão social, como velhas alternativas para o tratamento de controvérsias, revestidas de nova roupagem filosófica e intelectual.

O foco é a transformação na forma de interação pela alteração dos padrões comunicativos e a mudança de uma postura combativa e competitiva para outra mais cooperativa e solidária. E colocamos a seguinte reflexão: a nossa linguagem influencia o nosso modo de pensar ou nosso modo de pensar influencia nossa linguagem? Em outro giro, nossa visão de mundo é condicionada pela forma como nos comunicamos, ou a forma como nos comunicamos é moldada pela forma como vemos o mundo?

Independentemente da resposta a essas indagações filosóficas, sobre as quais há divergências, certo é que a comunicação é decisiva no processo de interação humana,

socialização e aquisição de novas percepções e capacidades. O acordo, nessa esteira, é alcançado caso os atores aceitem uma pretensão de validade pelas mesmas razões e quando o entendimento mútuo acontece mesmo quando um vê no outro, além das diferenças, razões que são boas para ele.

A importância dessas lições para a análise da mediação e conciliação reside justamente na centralidade que o diálogo, a coordenação das ações dos atores e o entendimento passam a ter como focos de atenção para a atuação dos partícipes dos processos de resolução. Os meios consensuais estimulam este agir comunicativo em uma sociedade marcada pela individualidade e pela comunicação violenta e rotuladora, permeada por conflitos, pela relação adversarial e competitiva, predominando em seu campo um agir instrumental. Esses instrumentos podem ser vistos como construção de espaços públicos democráticos, pois possibilitam a participação dos próprios atores no desenho da solução de suas disputas. Reforçamos essa conclusão com palavras do próprio Habermas (2003, p.36):

> (...) os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Quando os participantes suspendem o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. (...).Então, nesse uso da linguagem orientada pelo entendimento, ao qual o agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constatam dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação. Em qualquer ação de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, que apontam para o reconhecimento intersubjetivo.

Portanto, a teoria do agir comunicativo confere lastro filosófico, ético, moral e sociológico às políticas públicas de tratamento adequado dos litígios, servindo também de pilar para a atuação do terceiro imparcial, como condutor e viabilizador de formas de comunicação que levem à cooperação e ao entendimento e reforçam o status de lócus democrático que a arena de solução de conflitos deve se revestir nesse novo século.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Inês Lacerda. **A teoria da ação comunicativa de J. Habermas**. Palma de Mallorca: Fundació Catedra Iberoamericana:, 2014. Disponível em: <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/ines/>. Acesso em: 28/04/2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Tradução Roberto Del Claro. Curitiba: Revista Gênesis, n. 23, p. 191-290, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo, ano 19, n. 74, p. 82-97. São Pauto: RT, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Lumen Iuris. 2008.

DEUTSCH, Morton. A Resolução do conflito. **Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação** Vol.3 **.** André Gomma de Azevedo (org.) - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. Disponível em:<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>. Acesso em 10/04/2017.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, volume I. 2 ed.; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo**, vol. I, Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HOLMES, Pablo. **Razão Destranscendentalizada e teoria da argumentação jurídica.**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1977674/mod_resource/content/1/Razao_Destranscendentalizada_e_Teoria_da_Argumentacao_juridica.pdf>. Acesso em: 13/04/2017.

LEDEARACH, Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Atena, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência**. 6ª Edição. São Paulo : Cortez, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion**. O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflito**s. São Leopoldo. 2007. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp126648.pdf>. Acesso em: 10/04/2017.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários - Séries monografias do CEJ; v.21, 2016.