



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

LUANA MICHALSKI DE ALMEIDA BERTOLLA

**OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE  
CONFLITOS:  
INSTRUMENTOS DE DEMOCRATIZAÇÃO SOB A ÓTICA DA  
TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA**

---

Londrina  
2018

LUANA MICHALSKI DE ALMEIDA BERTOLLA

**OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE  
CONFLITOS:  
INSTRUMENTOS DE DEMOCRATIZAÇÃO SOB A ÓTICA DA  
TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, Estado do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz

Londrina  
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Bertolla, Luana Michalski de Almeida.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos : instrumentos de democratização sob a ótica da teoria da ação comunicativa / Luana Michalski de Almeida Bertolla. - Londrina, 2018.  
119 f.

Orientador: Rozane da Rosa Cachapuz.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, , 2018.  
Inclui bibliografia.

1. Acesso à justiça - Tese. 2. Solução de conflitos (Direito) - Tese. 3. Mediação (Direito) - Tese. I. Cachapuz, Rozane da Rosa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. . III. Título.

LUANA MICHALSKI DE ALMEIDA BERTOLLA

**OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS:  
INSTRUMENTOS DE DEMOCRATIZAÇÃO SOB A ÓTICA DA TEORIA  
DA AÇÃO COMUNICATIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
à obtenção do Título de Mestre em Direito no  
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em  
Direito Negocial da Universidade Estadual de  
Londrina, Estado do Paraná.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora: Profa. Dra. Rozane da Rosa  
Cachapuz  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa  
Espolador  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof. Dr. Flávio Bento  
Universidade Estadual do Paraná – UNESPAR

Londrina, 25 de Julho de 2018.

Dedico este trabalho ao meu amado  
companheiro, que, diante do esforço  
em tornar isso realidade, também é  
parte dessa conquista.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço ao autor da vida: muito mais do que um Deus, meu Pai; através da sua presença, me inspira, me ensina e me transforma.

Ao meu marido, Eduardo Henrique Bertolla, companheiro de todas as horas, que não me deu só um sobrenome, mas investiu seu amor, tempo e dinheiro na minha vida. Obrigada por ter me liberado para essa missão tão nobre. Sem você nada disso seria possível.

Aos meus pais, Leoni e Jocelaú, pela herança do estudo, essa que ninguém poderá reaver.

Gostaria de agradecer, ainda, os meus amigos e familiares, que disputaram a minha companhia com os livros e as aulas; que me permitiram voar, ir além dos limites antes encontrados.

Agradeço também a minha orientadora, Rozane da Roza Cachapuz, que acreditou em minha capacidade e me permitiu fazer parte do seu caminho.

À UEL, aos demais professores do Programa de Mestrado, ao Governo do Estado do Paraná, e aos cidadãos que contribuíram para a minha aprendizagem. Pretendo gastar minha vida levando a justiça, a honestidade e a pacificação por onde andar. É a minha contribuição social para esse mundo carente de convivência.

"O diálogo possui uma força transformadora.  
Onde um diálogo teve êxito ficou algo para nós,  
e em nós, que nos transformou"  
(GADAMER, 2000a, p. 135).

BERTOLLA, Luana Michalski de Almeida. **Os métodos consensuais de resolução de conflitos**: instrumentos de democratização sob a ótica da teoria da ação comunicativa. 2018. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2018.

## RESUMO

A democracia nasceu de uma concepção individualista de sociedade, como um produto artificial da vontade dos indivíduos. Inicialmente, tínhamos uma democracia deliberativa, onde os cidadãos eram chamados para se manifestar acerca das questões políticas que influenciavam a vida em sociedade. Com o aumento territorial e populacional das cidades, essa formatação se tornou inviável, sendo necessário a adoção da democracia representativa, onde, genericamente, as deliberações coletivas são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade. Contudo, vive-se um panorama emblemático para a democracia, que, muitas vezes, se limita ao direito de voto popular. De fato, usualmente, o Poder Legislativo não representa os interesses dominantes ao exercer a função legiferante, tornando ilegítima as suas manifestações. Outrossim, o Poder Judiciário também tem demonstrado suas debilidades na prestação jurisdicional, pois o acesso à justiça, previsto no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, é fundamental para o exercício da democracia e dos direitos humanos, uma vez que garante a concretização de todos os demais direitos. Porém, não pode ser entendido como a simples possibilidade de reivindicação, mas de uma maneira mais ampla, o acesso à ordem jurídica justa: célere, adequada e efetiva. O presente trabalho insere-se na grande área do direito negocial e na linha de pesquisa do acesso à justiça. Tem como objetivo verificar se os métodos consensuais de resolução de conflitos, especialmente a conciliação e a mediação, atuam como instrumentos aptos a reconstruir a democracia, uma vez que os indivíduos constroem uma solução adequada para o conflito, através do consenso. Para tanto, o método utilizado é o dedutivo. Ao decidir sobre o seu destino, o homem não só progride na convivência em sociedade, como delibera sobre um assunto de forma democrática. Assim, o negócio jurídico realizado entre as partes, fruto da autonomia da vontade, possibilita o acesso à ordem jurídica justa, que apresenta relevância para a democracia. Como base teórica, o trabalho se fundamenta na teoria do agir comunicativo, de Jürgen Habermas, a qual manifesta na dinâmica da linguagem, através do agir comunicativo, um suporte normativo para alcançar consensos, mediante compromissos normativos.

**Palavras-chave:** Meios consensuais de resolução de conflitos. Instrumentos de democratização. Acesso à justiça. Agir comunicativo.

BERTOLLA, Luana Michalski de Almeida. **The consensual methods of conflict resolution:** instruments of democratization from the point of view of the theory of communicative action. 2018. 119 p. Dissertation. (Master degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2018.

## ABSTRACT

The democracy arose from an individualistic conception of society, as an artificial product of the will of individuals. Initially, we had a deliberative democracy, where citizens were called upon to speak about the political issues that influenced life in society. With the territorial and population increase of the cities, this formatting became unfeasible, and it was necessary to adopt representative democracy, where, in general, collective deliberations are taken not directly by those who are part of it, but by people elected for this purpose. However, there is an emblematic panorama for democracy, which is often confined to the right of popular vote. In fact, usually, the Legislative Power does not represent the dominant interests in exercising the legislative function, making its manifestations illegitimate. Likewise, the Judiciary has also demonstrated its weaknesses in the jurisdictional provision, since access to justice, foreseen in item XXXV of art. 5, of the Federal Constitution, is fundamental for the exercise of democracy and human rights, since it guarantees the fulfillment of all other rights. However, it can not be understood as the simple possibility of claiming, but in a broader way, access to the just legal order: swift, adequate and effective. The present work is part of the great area of business law and research on access to justice. Its purpose is to verify that consensual methods of conflict resolution, especially conciliation and mediation, act as instruments capable of rebuilding democracy, since individuals construct an adequate solution to the conflict through consensus. For this, the method used is the deductive. In deciding on his destiny, man not only progresses in living in society, but also deliberates on a subject in a democratic way. Thus, the legal transaction between the parties, the result of the autonomy of the will, allows access to the just legal order, which is relevant to democracy. As a theoretical basis, the work is based on the theory of communicative action, by Jürgen Habermas, which manifests in the dynamics of language, through communicative action, a normative support to achieve consensus through normative commitments.

**Key words:** Consensual means of conflict resolution. Instruments of democratization. Access to justice. Act communicative.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>UM PANORAMA ACERCA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS NUANCES NA CONTEMPORANEIDADE</b> .....	<b>13</b>
2.1	O CONCEITO DE ESTADO E SEU DESENVOLVIMENTO ATÉ O ADVENTO DA DEMOCRACIA NA DINÂMICA POLÍTICA .....	13
2.2	A CONCEPÇÃO DE ESTADO - DA REPÚBLICA ROMANA ATÉ O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO .....	17
2.3	O MODERNO CONCEITO DE DEMOCRACIA .....	24
2.4	OS PRINCÍPIOS ORIGINÁRIOS DO ORDENAMENTO INSTITUCIONAL DOS GOVERNOS DEMOCRÁTICOS .....	30
2.5	A DEMOCRACIA DIANTE DE SEUS DILEMAS E DE SUAS APORIAS .....	36
2.6	OS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO .....	38
2.7	A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA PARA A DEMOCRACIA .....	41
<b>3</b>	<b>TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO</b> .....	<b>47</b>
3.1	A COMUNICAÇÃO HUMANA .....	47
3.2	BASE HISTÓRICO-FILOSÓFICA DA AÇÃO COMUNICATIVA .....	51
3.3	CONCEITO DE AGIR COMUNICATIVO .....	54
3.4	ELEMENTOS DA LINGUAGEM .....	56
3.5	RACIONALIDADE COMUNICATIVA E RACIONALIDADE INSTRUMENTAL .....	61
3.6	A COLONIZAÇÃO DO MUNDO VIVIDO .....	64
3.7	A CARACTERIZAÇÃO DE UMA BASE DEMOCRÁTICA NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA .....	67

<b>4</b>	<b>A UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO .....</b>	<b>69</b>
4.1	A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS: DOS PRIMÓRDIOS ATÉ A JURISDIÇÃO .....	69
4.2	O AFLORAR DOS MÉTODOS CONSENSUAIS NO BRASIL .....	74
4.3	A IDEOLOGIA CONSENSUAL PRESENTE NAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS .....	79
4.4	CRÍTICA: A CONSTRUÇÃO DE UM TRIBUNAL MULTIPORTAS MEDIANTE UMA REVOLUÇÃO PROCESSUAL.....	85
4.5	DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS PRINCIPAIS MÉTODOS CONSENSUAIS .....	89
4.6	A NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO PRODUZIDO PELAS PARTES.....	95
4.7	A NECESSIDADE DO CONSENSO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA .....	103
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>107</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>110</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O modelo ideal 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.

Na atualidade, com a evolução do capitalismo, a expansão da globalização e a utilização do modelo de democracia representativa, cada vez mais restringiu-se o aspecto democrático da expressão da soberania popular, resumindo-os ao sufrágio universal e às liberdades de expressão. Essa situação, além de evidenciar uma debilidade, tornando o país vulnerável a turbulências políticas, econômica e sociais, deixa de explorar o potencial da população, do povo que forma a nação.

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.

Outrossim, a sociedade contemporânea revela-se pautada na competitividade e no individualismo, desencadeando processos de beligerância entre os membros de um mesmo grupo e, como consequência, aumentando o número de litígios e processos judiciais.

De fato, o acesso à justiça é um requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que objetiva tutelar, e não apenas proclamar os direitos. Para tanto, 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.

Ademais, trata-se de uma importante ferramenta da democracia contemporânea, em razão da sua característica de garantir a concretização dos

demais direitos inerentes ao ser humano. Considera-se, então, que a democracia é um dos direitos humanos, uma vez que o exercício dos demais é garantido por ela.

Quem recorre ao Poder Judiciário confia na finalidade da instituição de distribuir a justiça; 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 e, na maioria das vezes, quando a decisão é proferida, as partes não ficam satisfeitas.

A fim de buscar soluções, a presente produção manifesta a proposta de utilização e incentivo dos meios consensuais de resolução de disputas, no intuito de garantir a ordem jurídica justa e, com isso, alcançar a democratização. Em muitos casos, a decisão adjudicada não é capaz de oferecer a solução mais adequada, dando abertura para que os conflitos sejam resolvidos através da participação ativa das partes.

É por meio de algo tão fundamental quanto participar na resolução dos próprios conflitos, que as partes podem experimentar uma ferramenta poderosa, capaz de mobilizar os cidadãos a deixarem o papel de expectadores para se tornarem protagonistas dos seus destinos. Ademais, o conflito não precisa ser visto apenas como algo prejudicial, mas como uma oportunidade para os interessados redefinirem as diferenças antes vistas apenas como negativas.

Para tanto, primeiramente, será explanado acerca da democracia, seu nascimento e os requisitos essenciais para sua caracterização. Ainda, a transformação das características da democracia ao longo dos Estados e a forma como se apresenta nos dias atuais. Além disso, tratar-se-á dos dilemas e aporias da democracia na atualidade: a falta de legitimidade dos representantes do povo, o ativismo judicial, bem como os reflexos sobre a atividade jurisdicional.

No intuito de sustentar as bases democráticas através do consenso, será exposta a teoria da ação comunicativa. Nesse viés, Jürgen Habermas insiste nas patologias social e jurídica, propondo uma terapia por meio da nova conceituação que confere à razão comunicacional: ela rompe a clausura sistêmica de um direito curvado sobre as singularidades individuais a fim de moldar, em um espaço público, um contexto de discussão.

Há uma importância à virada linguística, pois a linguagem é a mídia universal que cria a possibilidade de comunicação. As relações interpessoais

passam, então, a ter prioridade sobre a individualidade. O paradigma do sujeito dá lugar ao paradigma da intersubjetividade.

Diante desse cenário, impõe-se a implantação de uma política pública de tratamento de conflitos baseada em uma nova cultura cidadã, a qual é caracterizada pela valorização da pessoa como ser humano e pelo pacto entre iguais, fomentando a cooperação, o entendimento e a justiça social. Trata-se da utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos, principalmente a conciliação e a mediação, que estão previstos no Código de Processo Civil.

Pretende-se resgatar a aptidão pessoal dos protagonistas de uma divergência, mediante o uso da comunicação adequada, com esforços comuns, encontrar a melhor forma de restabelecer o equilíbrio na relação, rompendo com uma cultura do litígio.

Com isso, os meios consensuais sugerem uma mudança de paradigma, uma nova forma de interação nos conflitos interpessoais, uma vez que traz à tona o desejo das pessoas em resolver seus próprios conflitos, por meio de suas escolhas. Propõe a autodeterminação e autonomia dos atores, bem como projeta o olhar para o futuro, deixando no passado, que é o lugar onde devem ficar, as mágoas e os rancores.

Ao tomar essa iniciativa, muito além de deliberarem sobre as situações da sua vida de forma consciente, as partes constroem um ambiente onde impera a democracia deliberativa. Com efeito, uma ação democrática pode apresentar diversas consequências desejáveis, sejam elas a liberdade geral, a autodeterminação, o desenvolvimento humano, a salvaguarda de direitos essenciais, a proteção dos interesses pessoais, a igualdade, a busca pela paz e, até mesmo, a prosperidade.

## 2 UM PANORAMA ACERCA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS NUANCES NA CONTEMPORANEIDADE

O termo "Estado Democrático de Direito", apesar de ser amplamente utilizado, é pouco compreendido e de complexa conceituação, considerando as múltiplas facetas que ele representa. Todavia, a relevância do seu entendimento é tamanha que o termo se encontra estampado no preâmbulo e no primeiro artigo do texto constitucional.

O preâmbulo não é mero adorno, mas figura como paradigma para resolver possíveis conflitos entre os dispositivos, pois ao mesmo tempo que reflete o espírito do constituinte, desenha claramente que tipo de sociedade aberta, justa e democrática se deve construir. Outrossim, ao constar no primeiro artigo, o termo serve como adjetivo da República Federativa do Brasil.

De fato, atualmente, em razão da maximização do papel do poder público, que permeia praticamente todas as áreas das relações humanas, a expressão "Estado Democrático de Direito" ganha uma extensão elástica, quase que ilimitada.

Nesse primeiro capítulo, sem pretensão de esgotar o tema, apresenta-se uma abordagem histórica, a fim de compreender a sua evolução no tempo e os fatores que o influenciaram. Além disso, é salutar a análise de princípios que se relacionam com o Estado Democrático de Direito, no intuito de ampliar o conhecimento.

Destarte, o Estado Democrático de Direito é o *locus* onde surge o problema do presente trabalho, uma vez que os dilemas apresentados por ele na contemporaneidade colocam em risco o seu principal elemento: a democracia. Ademais, pretende-se verificar as aporias da democracia na atualidade, e como isso reflete no exercício da principal função do Poder Judiciário, a jurisdição.

### 2.1 O CONCEITO DE ESTADO E SEU DESENVOLVIMENTO ATÉ O ADVENTO DA DEMOCRACIA NA DINÂMICA POLÍTICA

A fim de analisar a evolução histórica do Estado, é necessário a observância das formas fundamentais que o mesmo tem adotado ao longo dos Como dito acima, não se pretende esgotar o tema, nem mesmo realizar uma

pesquisa profunda em torno do conceito de Estado, porém, imprescindível a exposição do seu desenvolvimento, para a construção da base do presente trabalho.

O estudo da origem do Estado implica duas indagações, uma sobre a época do seu surgimento; a outra relativa aos motivos que foram cruciais para o seu aparecimento. Todavia, realizar essa análise é uma função demasiadamente delicada, pois, como afirma Dalmo de Abreu Dallari, os tipos estatais não têm um curso uniforme, muitas vezes exercendo influência em períodos descontínuos, o que dificulta a disposição cronológica, pois os exemplares de Estado não existiram um após o outro (2007, p. 59). Outrossim, há inúmeras correntes teóricas, que resultam em conclusões absolutamente contrastantes.

Nesse diapasão, será estabelecido, para fins didáticos, uma diferenciação entre diversas épocas da história, em sucessão cronológica, para melhor compreensão do Estado contemporâneo, servindo de processo auxiliar para uma futura fixação de tipos de Estado.

Primeiramente, cumpre apresentar um conceito de Estado. A denominação Estado (do latim *status*: estar firme), significa uma situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, sendo utilizada pela primeira vez na obra "O Príncipe" de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos para designar uma cidade independente (DALLARI, 2007, p. 51). Depois dali houveram diversos registros de admissão da expressão, nos séculos XVI e XVII, na França, Inglaterra e Alemanha.

O nome Estado, indicando uma sociedade política, aparece mais tarde, no século XVI, e é por isso que muitos autores não admitem o seu surgimento antes do século XVII (DALLARI, 2007, p. 51).

Sob o ponto de vista do período de aparecimento do Estado, Dalmo de Abreu Dallari destaca três teorias importantes (2007, p. 52-53). A primeira afirma que o Estado sempre existiu, pois desde que o homem vive sobre a terra acha-se integrado num complexo social, dotado de poder e autoridade para reger o comportamento de todo o grupo. Já um determinado grupo afirma que a sociedade humana existiu sem a presença do Estado por um certo tempo, até que foi necessária a sua constituição. A terceira corrente, como já tratado acima, afirma que o Estado só pode receber tal *status* ao se tornar uma sociedade política dotada de certas características muito bem definidas (DALLARI, 2007, p. 53).

Os primeiros Estados, ao que se tem apurado, teriam surgido como reflexo natural da evolução das sociedades humanas, emergindo do seio das primitivas comunidades e caminhando para a instauração de forma política específica (MALUF, 2013, p. 47)<sup>1</sup>.

Alguns autores atrelam o seu surgimento com o nascimento do mercantilismo, que surgiu na Idade Moderna, aproximadamente em 1500, quando a autossuficiência da comunidade feudal permitiu o desenvolvimento de um novo sistema de capitalismo comercial (BRUE, 2005, p. 13). As cidades eram cada vez mais importantes e o comércio prosperou internamente entre os países, ampliando, dessa forma, o uso da moeda. As grandes descobertas geográficas, com base no desenvolvimento da navegação, ampliam a esfera do comércio, tornando os capitalistas mercadores em figuras-chaves no mundo dos negócios. Nesse período, com o nascimento dos Estados Nacionais surgem também um conjunto de doutrinas que suplantam os conceitos feudais promovendo o nacionalismo e justificando uma política de expansão econômica e militar (BRUE, 2005, p. 13-14).

Com relação à evolução histórica do Estado, que é o ápice desta seção, apresenta-se a classificação de Eusébio de Queiroz Lima (1957), seguida pela maioria dos autores, pois evidencia os traços característicos dominantes da organização estatal de cada um dos estágios da civilização. Tal classificação segue a presente ordem: a) Estado oriental; b) Estado grego; c) Estado romano; d) Estado feudal; e) Estado medieval; f) Estado moderno; g) Estado liberal; h) Estado social; e i) Estado Democrático de Direito.

Os Estados mais antigos que a história relata foram os grandes impérios que se formaram no Oriente desde três mil anos antes da era cristã, podendo destacar os maiores e mais antigos os que se formaram na Baixa Mesopotâmia, banhada pelas águas dos rios Tigres e Eufrates, e no Egito, em torno do rio Nilo (MALUF, 2013, p. 101).

Nesse período, não existiam doutrinas políticas, mas uma única forma de governo, regida pela monarquia absoluta, exercida em nome dos deuses tutelares dos povos. Tratam-se de Estados mantidos pela força das armas, ou seja,

---

<sup>1</sup> Como já dito, não há pretensão de analisar as teorias de surgimento/aparecimento e justificação do Estado. Nesse viés, é relevante para a pesquisa a exposição das formas de Estado e como se deu a evolução até o Estado Democrático de Direito.

os povos viviam em constante guerra, no intuito de anexar territórios conquistados e escravizar as populações vencidas (MALUF, 2013, p. 101).

Destarte, não havia uma noção de liberdade como tiveram os gregos e romanos. No entanto, avançaram muito no estudo da matemática, da astronomia e no progresso moral da humanidade, diante da utilização do Código de Hamurabi, que vigorou na Babilônia por volta de 2.200 a. C. Conforme Sahid Maluf (2013, p. 103), neste documento, "encontram-se os princípios basilares da ordem social e que foram as fontes luminosas da legislação moderna".

Uma exceção entre os Estados do oriente estava o Estado de Israel, que era caracteristicamente democrático, no sentido que todos os indivíduos recebiam a proteção da lei, inclusive em desfavor do poder público. Embora ignorante nas limitações jurídicas, tal governo conceituava-se como um poder limitado pelas leis de Jeová, o que culminava numa legislação impregnada de sentido humano e democrático (MALUF, 2013, p. 103).

Apesar de não se ter conhecimento de Estado único, englobando toda civilização helênica, fala-se em Estado grego, uma vez que os Estados que floresceram entre os povos helênicos tinham uma concepção semelhante de sociedade política, tendo como característica fundamental a Cidade-Estado, ou seja, a *polis*, como a sociedade política de maior expressão (DALLARI, 2007, p. 63).

A Cidade-Estado grega foi o berço da política; nela apareceram as constituições que, "[...] ao darem forma e estrutura à *Polis*, distinguiram os helenos, orgulhosos de sua civilização, dos bárbaros, mergulhados na incultura" (GOYARD-FABRE, 2003, p. 15).

Foi no século V a. C. que Sólon, depois Clístenes e, sobretudo, Péricles contribuíram para instaurar um regime democrático na *Polis*. Entre as democracias gregas, a de Atenas era a mais relevante, sendo considerada um exemplo de participação dos cidadãos ou, como cunhada por alguns, era uma democracia participante.

No centro do governo havia uma assembleia a que todos os cidadãos estavam autorizados a participar, tendo como atribuição, entre outros, a eleição de funcionários essenciais. Assim, um cidadão comum tinha uma boa chance de ocupar um cargo importante no governo, pois poderia ser eleito pelos cidadãos para preencher tais vagas (DAHL, 2001, p. 22).

Contudo, a democracia de Atenas, que se apresentava como uma democracia direta, não era traduzida em um sistema que todos os cidadãos governavam, mas sim que todos os cidadãos tinham chance de compor o governo. Nesse viés, nem todas as pessoas eram consideradas cidadãs, sendo excluído desta casta os escravos, as mulheres, os estrangeiros e os menores de dezoito anos (GOYARD-FABRE, 2003, p. 20).

De fato, a forma dos cidadãos se reunirem representava um governo participativo, porém, nem todos tinham oportunidade de pensar nos assuntos relevantes para a coletividade e, conforme as cidades foram se desenvolvendo e aumentando sua extensão territorial e populacional, essa forma se tornou inviável.

## 2.2 A CONCEPÇÃO DE ESTADO - DA REPÚBLICA ROMANA ATÉ O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O Estado romano, malgrado tenha experimentado diversas formas de governo, sempre manteve características básicas de Cidade-Estado, desde sua fundação, em 754 a. C., até a morte de Justiniano, em 565 da era cristã (DALLARI, 2007, p. 64). Sua origem se deu, efetivamente, na ampliação da família. Da família surgiu a *gens*, grupo de pessoas colocado sob o poder público, e que foi o núcleo inicial do Estado (MALUF, 2013, p. 109).

Muito semelhante ao Estado grego, o povo "[...] participava diretamente do governo, mas a noção de povo era muito restrita [...]. Como governantes supremos havia os magistrados, sendo certo que durante muito tempo as principais magistraturas foram reservadas às famílias patrícias<sup>2</sup>" (DALLARI, 2007, p. 65).

Uma classe inferior e inteiramente fora da comunidade romana era a plebe, formada por elementos provenientes de outras plagas, desgarrados das famílias. Eram considerados sem família, nem pátria, nem religião; viviam à margem de vida social, sem lei e sem Deus (MALUF, 2013, p. 110).

Gradativamente, em longa e lenta evolução, outras camadas sociais

---

<sup>2</sup> As duas classes que compunham a população romana eram os patrícios, formados pelos próprios *paters* e seus descendentes, ou seja, a nobreza dotada de privilégios e amplas liberdades, e os clientes, eram os servidores das famílias, que tinham a posse e o uso das terras que cultivavam mas não o domínio, reservado este ao patrono, da classe dos patrícios (MALUF, 2013, p. 109-110).

foram adquirindo e ampliando direitos, sem que a base familiar e a ascendência de uma nobreza tradicional desaparecesse (DALLARI, 2007, p. 65). Neste modelo de Estado, na época republicana, o poder supremo pertencia ao povo, que o exercia nos comícios. Assim, se harmonizavam no governo: a realeza com os cônsules, a aristocracia com o senado, e a democracia com os comícios (MALUF, 2013, p. 111).

Ao invés de utilizar o termo democracia, os romanos prefeririam chamar seu sistema de república, a *res publicus*, que em latim significa a coisa pública. O direito de participar no governo da república inicialmente estava restrito aos patrícios, os aristocratas. Depois de muita luta, a plebe também adquiriu esse direito (DAHL, 2001, p. 23).

Nesse modelo, os cidadãos se reuniam em assembleias para decidir os assuntos do governo, todavia, não se deram conta de que com as expansões, advindas das anexações ou conquistas muito além dos limites da velha cidade, houve um aumento descomunal no número de cidadãos e no enorme distanciamento geográfico da cidade. Com isso, era negada a uma porcentagem cada vez maior de cidadãos a oportunidade de participar das assembleias que ocorriam no centro do sistema romano (DAHL, 2001, p. 23-24).

Posteriormente, após ditaduras militares e guerras civis, desmoronaram-se as velhas instituições republicanas, implantando-se o principado. Assim, houve o solapamento dos direitos públicos do indivíduo, embora possibilitasse o mais amplo desenvolvimento do direito privado (MALUF, 2013, p. 114).

Com as invasões bárbaras, ruiu o império romano, o último da antiguidade, e iniciou a Idade Média, no século V d. C., terminando no século XV, com o descobrimento da América. Depois desse período, veio a Renascença, a idade das grandes descobertas (MALUF, 2013, p. 115). Nessa época, surge o Estado medieval como uma afirmação solene da supremacia da lei, tendo os usos e os costumes como principais fontes do direito.

São características fundamentais do Estado medieval: a adoção pela forma de governo monárquica; supremacia do direito natural; confusão entre direito público e privado; descentralização feudal; submissão do Estado à Igreja romana (DALLARI, 2007, p. 66).

Diante desse cenário, havia uma subordinação e, conseqüente, exploração do vassalo ao senhor feudal. Todavia, tal formatação começou a ruir por diversos fatores: a crescente multiplicação dos feudos, a reação das populações

escravizadas, o desenvolvimento da indústria e do comércio e as pregações das novas ideias racionalistas, que deram lugar ao surgimento das nacionalidades e à restauração do Estado (MALUF, 2013, p. 117). Com isso, suprimidas as autonomias feudais, inicia-se uma nova fase, sob a forma absolutista do Estado monárquico.

No período de transição para os tempos modernos, o absolutismo monárquico teve suas configurações teóricas pautadas nos humanistas da Renascença, como Nicolau Maquiavel, John Locke, Thomas Hobbes, Jean Bodin e Giovanni Botero, entre outros, os quais, afastando os fundamentos teológicos do Estado, passaram a encarar a ciência política por um novo prisma realista (MALUF, 2013, p. 123-129).

Esse período se inicia no século XV, com o Rei Luiz XI da França, o qual anexou à coroa os feudos, subjugou a nobreza guerreira e pôs em prática uma violenta política unificadora. Em regra, às monarquias tudo era permitido, não conheciam a limitação do poder. Esse modelo sofreu grande resistência das massas sacrificadas, o que culminou na revolução francesa, estreando uma nova página na história da civilização humana.

De fato, o liberalismo teve seu berço na Inglaterra, com a imposição à Coroa do *Bill of Rights* pelo Parlamento, em 1689, que estabeleciam os princípios de liberdade individual, especialmente de ordem religiosa. Pretendiam a autorização do porte de armas pelos cidadãos ingleses de religião protestante, a fim de possibilitar a defesa de suas franquias constitucionais (MALUF, 2013, p. 131).

O parlamento representativo da Inglaterra medieval teve uma origem muito obscura e paulatina, sendo considerado uma evolução das assembleias convocadas esporadicamente, sob a pressão de necessidades, durante o reinado de Eduardo I, de 1272 a 1307 (DAHL, 2001, p. 31).

Apesar do ímpeto de retomar o velho sistema, três Declarações de Direitos, nos anos 1679, 1689 e 1701, incorporadas ao sistema constitucional inglês, afirmaram a vitória do Parlamento em estabelecer uma nova ordem. Como resultado, consolidaram-se princípios de "[...] tripartição do poder, sistema representativo, preeminência da opinião nacional e intangibilidade dos direitos fundamentais do homem" (MALUF, 2013, p. 132).

Tais postulados reverberaram em todas as Constituições dos Estados liberais, podendo citar a Declaração de Virgínia, em 1776, na Constituição Federal dos EUA de 1787. Na França, os ideias liberais inauguraram uma estrada

larga da democracia que deveria levar o povo escravizado a um mundo novo e melhor (MALUF, 2013, p. 133).

Um grande marco da Revolução Francesa foi a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, inserindo, em posição de destaque, o direito de liberdade, que consiste em poder fazer tudo o que não for contrário aos direitos de outrem.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1998, p. 12),

[...] este Estado, em sua forma típica e original, caracteriza-se, primeiro, pelo reconhecimento de que o Poder é limitado por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar. Tal Direito, natural porque inerente à natureza do homem, constitui a fronteira que sua atuação legítima não pode ultrapassar. Visto do ângulo dos sujeitos (passivos) do Poder, esse Direito é um feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene, e recobrem o campo da autonomia da conduta individual. Autonomia que é a regra, a qual sofre apenas as restrições estritamente necessárias ao convívio social.

Nesse cenário, observa-se que o Estado liberal ou Estado de Direito tinha como característica a limitação do poder e da função do Estado, que agora estava adstrito à lei. Não se pode deixar de registrar, neste ponto, que das revoluções burguesas do século XVIII não nasceu a democracia, mas delas se originou o governo representativo, conceito mais restrito do que o de democracia, com uma participação do povo bastante limitada.

Até meados do século XIX, entendia-se democracia como a participação direta do povo nos destinos da nação, locução que se contrapunha ao termo “representação”. Rousseau (2002, p. 125), que não admitia a representação da vontade popular, retratou bem essa distinção:

A soberania não pode ser representada, pela mesma razão por que não pode ser alienada; ela consiste, essencialmente, na vontade geral, e a vontade não pode ser representada; ela é a mesma ou é outra; não há meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, já que não passam de comissários; nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não ratificou em pessoa é nula; não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre; ele se engana muito, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que são eleitos, o povo torna-se escravo, não é nada. No curto momento de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca.

Aos poucos, tudo que o liberalismo havia prometido ao povo redundou em conquistas e privilégios de uma classe dominante. Realmente, os seus

idealizadores não esperavam que a Revolução Industrial modificaria fatalmente a realidade social dos países envolvidos, criando problemas até então desconhecidos. Assim, as consequências desse período foram nefastas: profunda desigualdade social, com a formação de grandes monopólios, surgimento do proletariado, em condições de miséria, doença, ignorância, que tendiam a acentuar-se com o modelo de Estado não intervencionista (DI PIETRO, 2017).

Em decorrência disso, alguns Estados passaram a adotar o modelo do Estado de Direito Social, que não deixa de ser Estado de Direito (que protege os direitos individuais, mediante a sujeição do Estado à lei e ao controle judicial), mas que passa a preocupar-se também com o bem-comum. Destarte, o Estado assume a missão de buscar a igualdade entre os homens, perdida com o liberalismo, mediante a intervenção na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos.

Assim, o modelo de Estado social surge da crítica reformista ao direito formal burguês, onde a sociedade econômica, regida pelo direito privado, - como exemplo tem-se o direito de propriedade e a liberdade de contratar -, deveria ser desvinculada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e suscetíveis ao movimento do mercado (HABERMAS, 1997a, p. 138). Nesse tempo, a "sociedade de direito privado" era caracterizada pela autonomia dos sujeitos, os quais acreditavam que a felicidade estaria, unicamente, em conquistar interesses próprios.

Houve uma mudança de paradigmas<sup>3</sup>, que refletiu no âmago do pensamento liberal, o qual passa da visão de uma sociedade individualista, onde o Estado facilita a atividade privada, para uma ideologia de um Estado mais dirigista e redistribuidor, ou seja, um Estado do bem-estar social. (CHEVALLIER, 1988, p. 376),

---

<sup>3</sup> O termo paradigma pode apresentar várias definições, a depender da visão utilizada. Nesse momento, importa observar com os olhos voltadas para a contemporaneidade. Segundo Edgar Morin, a definição de paradigma "[...] comporta um certo número de relações lógicas, bem precisas, entre conceitos; noções básicas que governam todo discurso" (1996, p. 287). Nesse viés, o paradigma "[...] primeiro impõe conceitos soberanos e impõe, entre esses conceitos, relações que podem ser de conjunção, de disjunção, etc.". Assim, um paradigma privilegia algumas relações em detrimento de outras, o que faz com que comande o discurso.

[...] o princípio democrático, longe de contribuir para frear a expansão estatal, vai, ele mesmo, servir de poder propulsor; é a favor do exercício das liberdades políticas e sob a pressão dos eleitores que vão ser consagrados os direitos novos”, no campo social e econômico. [...] o Estado vai ver erguerem-se as barreiras que entravam sua atuação: não há mais ‘espaço privado’ protegido, ‘sociedade civil’ preservada de suas ingerências; o Estado vê a ele atribuir-se uma função de regulamentação global, que o leva a imiscuir-se nas relações sociais de toda natureza, sem se deixar deter por um princípio de liberdade do comércio e da indústria transformado, no fim dos anos, em uma concha vazia.

Apesar de muitos avanços, inúmeros aspectos negativos costumam ser apontados pelos doutrinadores como decorrentes do Estado Social de Direito, podendo citar: a) a perda da superioridade do Poder Legislativo em favor do Executivo, tendo em vista que mecanismos foram criados na estrutura dos três Poderes, gerando dependência administrativa e financeira do Legislativo e Judiciário em relação ao Executivo; b) a perda do prestígio e da grandeza da lei, em decorrência de sua desvinculação dos princípios do direito natural e da ideia de justiça, passando de instrumento de realização do bem comum para instrumento da realização da vontade de grupos, de classes, de partidos; c) o enfraquecimento do Poder Judiciário, na medida em que passa a examinar a lei apenas sob o aspecto formal, sem qualquer preocupação com seu conteúdo material, desvinculado que ficou dos princípios de direito natural que estavam presentes nas origens do Estado de Direito (DI PIETRO, 2012, p. 18-20).

Não se pode negar que com o Estado social houve um grande avanço da sociedade, todavia, o que deveria ser o Estado do bem-estar não passou de um paternalismo, em uma estrutura concentradora de poder, autocrática e carecedora de legitimidade popular.

Em razão disso, deve-se avançar mais na composição do conceito do Estado de Direito, agregando-lhe outro indispensável elemento, dando o suporte necessário à sua anatomia, denominando-o, dessa forma, Estado Democrático de Direito, conceito-chave que será a seguir examinado.

O Estado de Direito nasceu liberal, voltado para a contenção do poder em benefício da liberdade, da proteção dos direitos individuais, tendo como base os princípios da separação de poderes, da legalidade, da isonomia, da judicialidade. A essas características o Estado Social de Direito acrescentou a preocupação com o bem comum. Uma nova fase do Estado de Direito foi introduzida com a instituição do modelo de Estado Democrático de Direito, adotado na Lei

Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, e, dentre outras, na Constituição Portuguesa de 1976, na Constituição Espanhola de 1978 e na Constituição Brasileira de 1988 (DI PIETRO, 2017).

Não restam dúvidas que o ponto principal desse modelo é o aspecto que lhe adjetiva, ou seja, o viés democrático. Afinal, é a democracia que vai orientar o novo paradigma estatal, de modo que não venha a se confundir com as outras formas de Estado que existiram ao longo da história.

Uma definição de Estado Democrático de Direito é exposta como sendo "[...] a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais" (MORAES, 2000, p. 43).

Todavia, de acordo com a definição acima, o elemento democrático se restringiria à limitação do poder estatal e a democracia ao instituto da representação política. Ora, o Estado Democrático de Direito não pode se fundamentar apenas a um método de escolha dos governantes pelos governados.

Com efeito, o Estado Democrático envolve, necessariamente, aspectos outros para sua compreensão, tendo um papel de destaque a soberania popular. O Estado Democrático, na visão de José Afonso da Silva (1988, p. 66), se baseia no princípio da soberania popular, o qual impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública. Todavia, essa participação não se exaure na simples formação das instituições representativas, uma vez que estas constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.

Nesse viés, o conceito de soberania do povo provém da apropriação da conversão republicana da ideia de soberania, decorrente dos tempos modernos, e que, no início, era ligada ao governo absolutista. Afinal, o Estado, monopolizador dos meios de aplicação legítima da força, é visto como uma concentração de poder, capaz de se impor aos demais centros de força (HABERMAS, 1997a, p. 23).

De fato, diante dos conceitos apresentados, torna-se imperioso estabelecer uma definição para a democracia, bem como analisar suas nuances na atualidade, o que será realizado em seguida.

### 2.3 O MODERNO CONCEITO DE DEMOCRACIA

Apesar da democracia ser hoje um regime reconhecido mundialmente, não significa que suas ideias estão claras e que o regime que se declara democrático realmente adote padrões condizentes com a democracia. Há muitas questões temíveis que implicam diretamente nas áreas política e filosófica dos Estados, uma vez que seus reflexos serão observados nas estruturas organizacionais, na exigência de liberdade e dignidade na condição humana.

Nesse momento, cumpre apresentar alguns conceitos que melhor explicitam a democracia. Realmente, tamanha é a sua relevância para o ordenamento 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 pela utilização da democracia.

Como visto anteriormente, a democracia é grega de nascença. Segundo suas raízes, a palavra democracia designa o poder do povo (*demos, kratos*), correspondendo a uma noção surgida na Grécia antiga, a partir do século VI a. C., em Mileto, Megara, Samos e Atenas (GOYARD-FABRE, 2003, p. 09). Apesar de afirmar que cada cidadão podia participar ativamente da vida política, cumpre repetir que nem todos eram considerados cidadãos, sendo excluídos os escravos, mulheres, metecos (estrangeiros que residiam em Atenas) e os menores de dezoito anos.

Robert Dahl afirma que a democracia foi reinventada de maneira autônoma, por diversas vezes, em diferentes períodos e locais, sempre que existiram condições adequadas (2001, p. 19). Primeiramente, instituições políticas que pareciam necessárias ou desejáveis para a democracia na pequena escala de uma cidadezinha se mostraram impróprias para a escala atual, de países maiores. Assim, a partir dos séculos XIX e XX, surgiu um novo conjunto de instituições parcialmente assemelhado às instituições políticas nas democracias e repúblicas antigas, que constitui um sistema político novo.

Todavia, todas essas instituições não são suficientes para atingir a democracia ideal, uma vez que se verifica uma grande lacuna entre a democracia real, vivenciada pelos povos, e a democracia ideal, constante nas doutrinas e discursos. Diante desse cenário, apresenta-se o problema: é possível encontrar

maneiras de tornar os países democráticos, ou que se dizem democráticos, mais democráticos?

Atualmente, se utiliza a forma de democracia representativa. A representação era quase desconhecida no mundo antigo, vindo a florescer na Idade Média, como uma forma de assegurar a cooperação da comunidade na execução de políticas, sobretudo a de fazer guerras, aprovar os estatutos e as taxas (LUCAS, 1985, p. 139).

Segundo Norberto Bobbio (2000, p. 30), 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, 2000, p. 31).

Para Hans Kelsen (2000, p. 35), 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.

Nesse sentido, a democracia é construída quando o poder se encontra 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.

Contudo, muito se discute se seria possível outra forma de democracia, a não ser a representativa, uma vez que, ao contrário da Grécia Antiga, as *Polis* cresceram exageradamente, o que dificulta a utilização da democracia nos seus termos originais. Por tais motivos, Montesquieu se mostrou favorável à democracia representativa:

Como, em um Estado livre, todo homem que supostamente tem uma alma livre, deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo. Mas, como isto é impossível nos grandes Estados e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça através de seus representantes tudo o que não pode fazer por si mesmo (MONTESQUIEU, 1993, XI, p. 6).

Já Sérgio Alves Gomes afirma que, muito mais do que uma democracia representativa, é necessário adotar uma forma de democracia participativa, uma vez que 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, 2011, p. 247). Logo, aliado ao sentido da convivência democrática pode-se elencar 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 mediante 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, 2011, p. 249).

Na atualidade, com a expansão da globalização e a utilização do modelo de democracia representativa, 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.

Com efeito, 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).

Ademais, 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 antro-po-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 (2000, p. 43), 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, provida de impotência, a sociedade assiste ao fenômeno da apatia política. Tal afirmação é constatada pela falta de interesse e

fiscalização com as questões públicas e ausência de participação na tomada de decisões.

Sobre o tema, John Stuart Mill (1982, p. 406) pondera que entre cidadãos ativos e passivos, os segundos sempre serão preferidos pelos governantes, mas a democracia necessita dos primeiros. Se prevalecessem os passivos, os governantes de forma prazerosa transformariam seus súditos em ovelhas empenhadas apenas em pastar o capim, uma do lado da outra, sem reclamação.

Conforme Sérgio Alves Gomes (2011, 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<sup>4</sup>, 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, 2002a, p. 248).

A deliberação costuma vir acompanhada de dois elementos: a votação e a negociação. Nesse modelo de democracia, dois aspectos guardam importância central; “[...] o fato de as decisões serem tomadas por todos aqueles que serão afetados pela decisão e que os argumentos que sustentam tais decisões sejam racionais e imparciais” (CENCI, 2013, p. 98).

Realmente, o poder comunicativo modela o poder administrativo, pois na democracia deliberativa a legitimidade do direito não se funda na

---

<sup>4</sup> Delibera “quem considera atenta e detidamente cada ponto favorável ou contrário de uma determinada decisão antes que esta seja adotada, e as razões ou ausência das razões dos votos antes de emiti-los” (VELASCO, 1996, p. 38).

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 (2002a, p. 249), a força integradora da solidariedade deveria se desenvolver por meio 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 (FARIA, 2017, p. 92).

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, 2002a, 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).

Outro autor que trabalha muito bem o conceito de democracia deliberativa é Carlos Santiago Nino. Para ele, a democracia atinge um conceito

normativo. Foca seu olhar para a legitimidade objetiva, na crença da comunidade acerca daquilo que justifica moralmente um regime político, ao contrário de muitos autores que se preocupam somente com a legitimidade subjetiva, consubstanciada na crença generalizada da população na justificação moral do governo e suas diretivas. Acreditam que a democracia é um instrumento para se alcançar o fim de estabilidade (NINO, 1997, p. 21).

O poder público mantém no Estado o exercício do dever-poder de decidir, juridicamente, os conflitos que lhe são submetidos. Porém, para tanto, a constituição deve ser aberta e complexa, admitindo valores na construção dos direitos e na sua implementação.

Nesse ínterim, o autor trabalha o conceito de democracia carregado de sentido valorativo. Nas suas palavras, "[...] *la democracia es una práctica social que consiste en una conducta regular y actitudes predecibles. Estas prácticas crean instituciones que se encuentran orientadas hacia un cierto fin o valor*" (NINO, 1997, p. 23).

Assim, referido autor, na mesma linha de Sérgio Alves Gomes, a fim de obter uma participação consciente e inteligente, propõe que se adote uma atitude interpretativa à luz de certos fins e valores, devendo eleger aqueles que estão melhor justificados (NINO, 1997, p. 23-24).

Nesse viés, torna-se importante a percepção dos valores constantes em uma sociedade, a fim de compreendê-la, pois "[...] compreensão é valoração. Compreender, em última análise, é valorar, é apreciar as coisas sob prismas de valor" (REALE, 1988, p. 203).

No intuito de verificar a base axiológica, adiante serão analisados os princípios que devem estar presentes para que um governo seja reconhecido como democrático.

#### 2.4 OS PRINCÍPIOS ORIGINÁRIOS DO ORDENAMENTO INSTITUCIONAL DOS GOVERNOS DEMOCRÁTICOS

Os doutrinadores repetidamente afirmam que não existe um denominador comum entre a democracia antiga, nascida na Grécia, e a democracia moderna, presente na atualidade. Em outras palavras, apesar da invariância do

nome, uma distância considerada definitiva separa as duas figuras adotadas, no passado e no presente, pela democracia.

Como observado, a democracia atravessou inúmeras transformações, desde o início de sua existência. Porém, o simples fato de sofrer mudanças não lhe garante uma imagem negativa, pois revela uma característica da democracia, qual seja se apresentar de maneira dinâmica. Outrossim, malgrado a democracia não desfrute de uma boa saúde, não está à beira do túmulo. A verdade é que nenhum outro regime se apresentou tão sólido e justo. Assim, faz-se necessário analisar os princípios arquitetônicos, em busca da fundação do ideal democrático.

Para Simone Goyard-Fabre (2003, p. 42-57), a democracia encontra-se alicerçada sobre a Constituição e a política, o povo e a cidadania e a lei e legalidade. De fato, a noção de Constituição ocupa um lugar de destaque no direito político dos governos democráticos modernos. A Constituição é responsável por abrigar uma série de direitos e garantias fundamentais, é o coração de um Estado Democrático de Direito.

Na democracia, a Constituição é orientada com base em princípios de justiça que visam corrigir as desigualdades materiais, mediante a utilização de mecanismos que possibilitem chances de desenvolvimento a todos e, principalmente, aos desfavorecidos (GOMES, 2011, p. 242).

Nesse viés, Miguel Reale discorre sobre o que ele chama de constantes axiológicas componentes da ideia de democracia, que são valores que permanecem ao longo do tempo no núcleo de tal ideia, integrados que foram à consciência humana (1998, p. 294-305). Assim, destaca o *logos* grego (a razão, o argumento), a *voluntas* (vontade) romana, a solidariedade ensinada pelo Cristianismo, a defesa da liberdade (liberalismo) e da igualdade (socialismo) como valores constantes na construção de um ideal democrático.

#### Segundo o autor

Eis aí como o *logos* e a *voluntas* vieram ordenando, através de mil vicissitudes, as idéias (*sic*) de fraternidade, de liberdade e de igualdade, dando-lhes um conteúdo vital, infundindo-lhes a universalidade que transcende as peculiaridades de cada ciclo histórico onde cada 'constante axiológica' haja encontrado o clima espiritual propício à eclosão ou à sua maturidade. [...] Nada tem sido tão adverso ao ideal democrático como o apego a soluções tidas na conta de definitivas, o amor cego por fórmulas cristalizadas no tempo, quando a democracia só pode ser concebida como um *processus* histórico aberto para o futuro, correndo-se, dia a dia, o risco e o benefício das atitudes inovadoras (REALE, 1998, p. 304-305).

Todavia, no mundo antigo a Constituição já desfrutava de prestígio, inclusive, servia de base para a edificação da política da Cidade-Estado (GOYARD-FABRE, 2003, p. 42).

Inicialmente, a Constituição era uma plataforma de princípios que, embora não escrita, nutria-se da substância da vida. Somente em 330 a.C., Aristóteles reúne a documentação e redige a Constituição dos Atenienses. Nessa Constituição, o povo tornou-se senhor de tudo, pois tudo estava regulado pelos decretos e pelos tribunais onde o povo era soberano (GOYARD-FABRE, 2003, p. 43).

Como se observa, a finalidade básica da Constituição democrática dos atenienses, tida como o fundamento da política, era a participação de todos os cidadãos na organização e funcionamento da Cidade-Estado, o que "[...] implica no reconhecimento do "povo" como corpo político e da "cidadania" como uma das categorias centrais da existência política" (GOYARD-FABRE, 2003, p. 45).

Nesse diapasão, se constituem outros pilares da democracia: o povo e a cidadania. O termo democracia, como já descrito, designa o poder do povo. Entretanto, as democracias de antanho eram diretas, enquanto as de hoje precisam da mediação de representantes. Ainda assim, independente do período, a democracia tem como principal motor do seu governo o povo.

A dificuldade consiste em determinar o que é o povo. Na Grécia, o povo passou a sentir-se depositário orgulhoso da cidadania que podia ser-lhe atribuída, assim, se viu portador de prerrogativas e das obrigações que a vida política exige e assumiu com entusiasmo suas responsabilidades (GOYARD-FABRE, 2003, p. 46).

Destarte, nesse cenário, "[...] o "povo", que é formado por esses cidadãos ativos, reúne-se na Ágora onde a Eclésia detém o poder deliberativo que, na Cidade-Estado, é o poder soberano" (GOYARD-FABRE, 2003, p. 48). Nesse contexto, é necessário compreender que a noção de cidadania para essa época era pautada na participação das funções judiciárias e nas funções públicas.

Se na Constituição de um Estado encontra-se suas bases, se espera de um cidadão que ao menos conheça o essencial desse documento, ou seja, os direitos e deveres, princípios e garantias fundamentais. Nesse viés, torna-se necessária a distinção entre povo e massa:

Povo não é massa. A massa é homogênea. É una. Cada porção da massa é igual a todas as outras porções, como, por exemplo, as porções da massa do pão. Cada porção dessa massa é igual às outras porções. O povo real, o povo constituído de seres humanos concretos, de pessoas com suas vidas individuais, vidas efetivamente vividas, esse povo complexificado, feitos de grupos, de 'corpos' sociais, não pode ser tratado como se fosse massa simplesmente. [...] O povo é uma entidade essencialmente heterogênea, feita de famílias, de escolas e universidades, de sindicatos, de centros e uniões dos trabalhadores; de institutos de pesquisa e de centros de cultura; de associações da indústria, da agricultura, do comércio e dos serviços; de uniões e centros de estudantes; de associações dos esportes; das agremiações dos servidores públicos; de igrejas, de partidos, de ONGs, de sociedades de amigos; de sociedades dos deficientes; de agrupamentos das minorias, dos 'sem-terra, dos 'sem-teto' (TELLES JUNIOR, 2003, p. 104-106).

Assim, só é possível contar com um verdadeiro povo, quando todos adquirem consciência de um projeto de vida em comum e civilizado. Todavia, esse ideal encontra um grande desafio a ser enfrentado pela democracia: a educação das massas. Toda pessoa que desenvolve suas potencialidades hermenêuticas está apta a perceber, construir e a comunicar sentidos. E, assim, "poderá participar e contribuir com sua participação, mediante ações concretas e conscientes, na construção da vivência democrática" (GOMES, 2011, p. 102).

Nesse sentido, verifica-se que o povo é composto por indivíduos conscientes de sua dignidade e de sua responsabilidade perante a dignidades dos outros. É o povo que elege e hierarquiza os valores básicos para a convivência livre, justa, pacífica e solidária, bem como elabora a Constituição e as leis para garantir-lhes o respeito.

Em outras palavras,

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. [...] A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito de cidadania [...] os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (HÄBERLE, 1997, p. 37).

Com efeito, em um Estado democrático, o povo, através dos constituintes eleitos para representá-los, estabelecerá, em sua carta magna, normas por meio das quais constitui, estrutura e determina o sentido e a função do Estado. Desse modo, o Estado será visto como uma instituição criada para suprir as necessidades humanas fundamentais. Para tanto, na construção de uma

democracia participativa, exige-se que o povo que compõe o Estado seja um povo ativo. Entretanto,

Só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual [*nicht zuletzt*], também os direitos fundamentais políticos. Direitos fundamentais não são "valores", privilégios, "exceções" do poder de Estado ou "lacunas" nesse mesmo poder [...]. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, isto é, dos cidadãos, a uma participação ativa [*active Ermächtigung*]. No que lhes diz respeito, fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, "o povo" permanece em metáfora ideologicamente abstrata e de má qualidade (MÜLLER, 1998, p. 63-64).

Assim, a Constituição de cada Estado deve abordar de forma específica a legitimidade da atuação política da jurisdição. Deve delimitar a competência de cada Poder, a fim evitar arbitrariedades.

Além do povo e da Constituição, a lei é outro instrumento essencial para o desenvolvimento da democracia. Afinal, a lei é a garantia da ordem e o escudo do povo contra todas as formas de tirania. De fato, a lei é o "[...] pilar da democracia, a vocação desse regime é defender a legalidade em todos os terrenos" (GOYARD-FABRE, 2003, p. 51).

Como as leis devem velar pelo igual acesso de todos aos mesmos direitos, sua função é zelar para que os direitos não sejam violados e os sujeitos tenham sucesso.

O modelo democrático veio para atender ao ideal de transformar o Estado Legal em Estado de Direito, novamente vinculando a lei aos ideais de justiça, mas com o objetivo de submeter o Estado ao Direito e não à lei em sentido puramente formal.

Nas palavras de José Afonso da Silva,

[...] a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática qual seja a que instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção (SILVA, 1989, p. 105).

Num ambiente democrático, a lei atinge um *status* formal, pelo fato de que emana do Poder Legislativo, exceto algumas hipóteses, como é o caso das leis delegadas e medidas provisórias, e também material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição sob a forma de princípios fundamentais (DI PIETRO, 2017).

Assim, todo ordenamento jurídico deve ser harmônico, a fim de atingir seu fim, e o Estado deve atuar nos limites estabelecidos pela lei, evitando abusos de direito. Logo, as leis não são úteis apenas para a ordem momentânea, mas são símbolo de uma política na qual o engajamento do povo é o caminho para a autonomia.

Além desses pilares, autores acrescentam muitos outros requisitos como indispensáveis para a caracterização da democracia na atualidade. Como exemplo, Robert Dahl (2001, p. 49-50) qualifica um processo democrático a partir da presença de cinco elementos. Primeiro, a participação efetiva: todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política. Segundo, a igualdade de voto; todos os membros devem possuir direitos iguais e efetivos de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.

Não menos importante, como terceiro elemento pontua a necessidade do entendimento esclarecido, uma vez que cada membro deve ter chances iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências. Quarto, o controle do programa de planejamento, pois os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento.

Por fim, tem-se a inclusão dos adultos na tomada de decisões. Nesse sentido, todos ou, ao menos, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro critério.

Embora edificada sobre princípios políticos que zelam pelo exercício da cidadania, inúmeros desafios envolvam a democracia, a qual se encontra numa mistura insólita de esperança e de temor, que serão enfrentados adiante.

## 2.5 A DEMOCRACIA DIANTE DE SEUS DILEMAS E DE SUAS APORIAS

Desde o seu nascimento, na antiga Grécia, a democracia choca-se sem cessar não só com contradições sociais e históricas, mas com uma lógica interna afetada por sua ambivalência. Não é difícil concordar que no mundo político caracterizado pela pluralidade humana, um ideal unitário da democracia revela-se tão distante que se multiplicam os adjetivos, no intuito de identificá-la melhor.

Nesse sentido, são as palavras de Simone Goyard-Fabre (2003, p. 276):

Num exercício intelectual sem fim, fala-se de democracia liberal ou popular, governada ou governante, direta, eletiva, parlamentar, representativa... ao que se acrescenta, segundo a frasologia da moda, que a democracia pode ou deve ser! - plural, cidadã, televisiva, midiática, e até "intelectual"!... como se não fosse possível esgotar a intenção de sua fundação. Notemos, de passagem, que a noção de "cidadania", que surgiu no mundo grego junto com a idéia (*sic*) de democracia, envisca-se hoje na mesma logomania: fala-se, numa inflação da linguagem que às vezes beira o sem-sentido, de cidadania na empresa, de cidadania na escola, de jornadas da cidadania, e até de "nova cidadania"... Como, ademais, esses diversos caminhos, verbais e caóticos, se encontram, nas "encruzilhadas do labirinto", de maneira eminentemente problemática, todos também concordam sobre sua falta de unidade já que no seu trajeto não se encontra nem ponto de referência nem critério estabilizador.

De fato, a democracia não é apenas um processo de governar, mas como os direitos são imprescindíveis nas instituições políticas ditas democráticas, a democracia também é inerente a um sistema de direitos. Além disso, tais direitos devem realmente ser cumpridos e, na prática, devem estar à disposição dos cidadãos. Se não estiverem, se não forem compulsórios, o sistema político não é democrático, apesar do que digam seus governantes (DAHL, 2001, p. 62).

Destarte, por causa do apelo aos ideais democráticos, no século XX, os déspotas disfarçaram seus governos com um espetáculo de democracias e eleições. Além disso, observa-se que as incertezas e as vertigens da democracia decorrem dos dilemas que envolvem a obra política dos homens. Com efeito, percebe-se que as instituições inventadas pela democracia não carregam um conceito que corresponda com retidão às intenções de outrora.

Para entender esse dilema, é preciso relembrar um dos pilares da democracia desde antigamente, a soberania popular. O princípio da soberania popular comporta, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 292), cinco dimensões: a) o domínio político não é pressuposto e aceite, mas precisa de

legitimação; b) esse domínio só pode emanar do próprio povo, não sendo aceito nenhuma outra forma de legitimação, seja ela de ordem divina, natural, hereditária, etc.; c) o povo é o titular da soberania ou do poder, ou seja, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio e há uma necessidade de legitimação democrática efetiva para o exercício do poder; d) a vontade ou soberania do povo existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional; e e) a constituição fornece o plano da construção organizatória da democracia.

Cumpra esclarecer que tal Constituição deve ser materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática destes princípios.

Assim, se extrai que a legitimação é algo fundamental para atingir a democracia pretendida. O povo precisa reconhecer suas aspirações e motivações nas instâncias que criaram e na legislação, as quais devem expressar a vontade do povo. Todavia, não é isso que vem ocorrendo.

Jürgen Habermas analisou esse fenômeno de crise nas sociedades ocidentais avançadas, e atestou que há crise de legitimação e crise de motivação nos atos do Poder Público. Segundo ele, mesmo se o aparelho estatal conseguisse otimizar a produtividade do trabalho e dividir os ganhos de acordo com o crescimento econômico, certamente este crescimento se efetuará segundo prioridades que nascem, não de interesses universalizáveis da população, mas de objetivos privados de otimização dos ganhos (2002, p. 105).

De acordo com Simone Goyard-Fabre (2003, p. 284)

Nas sociedades "avançadas" que se declaram democráticas não existe mais consenso relativo aos ideais políticos, aos interesses sociais e aos valores éticos; no lugar do sistema de valores tradicionais, o jogo da competição se instalou nessas sociedades industrializadas ao máximo e, com esse jogo competitivo, se dá livre curso ao pluralismo, à irracionalidade, ao individualismo e até ao egoísmo. De fato, os governantes, eleitos pelo povo para a função de representá-los na elaboração das leis e tomada de decisões, acabam por expressar a sua própria vontade, esquecendo-se do real sentido de uma democracia representativa. Destarte, o que se vê é uma confusão entre as esferas pública e privada, afinal, a vida privada não encerra o indivíduo nele mesmo, nem mesmo a vida pública se desenrola toda em público.

Malgrado não seja objeto do presente trabalho, vislumbra-se nas deficiências de legitimidade do Poder Legislativo uma ausência de percepção e de interesse pela busca do bem comum. Em outras palavras, observa-se o descaso em

torno do ideal político da cidadania virtuosa (RAMOS, 2011, p. 63). Ora, o Estado é constituído pelo seu povo; o povo é a essência de uma nação. O povo é o que dá vida ao Estado; portanto, deve participar ativamente na construção da identidade da nação, ainda que de forma representativa. Outrossim, somente leis justas e legítimas são capazes de garantir a existência de liberdades individuais e assegurar os direitos subjetivos.

O lugar da política é o domínio público, em que o único poder atuante é o público. Ademais, a publicidade deve se fazer presente, pois uma política secreta contraria as exigências essenciais da política. Simone Goyard-Fabre afirma que a gestão dos assuntos públicos é competência dos próprios cidadãos, não diretamente, mas pela mediação eleitoral e a função representativa; disso decorre a responsabilidade dos eleitos para com seus eleitores (2003, p. 292). Assim, em nenhum momento se observa uma oposição da vida pública à vida privada, porém, na política, a primeira prevalece sobre a segunda.

Diante desses dilemas acerca da soberania legiferante do povo, principalmente no que tange à legitimação do exercício do poder, o Poder Judiciário usurpa algumas funções e passa a assumir um papel ativista. Tal reflexo será analisado no subcapítulo adiante.

## 2.6 OS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Vem de Montesquieu a ideia de que cada poder desempenha uma função própria, ou seja, o Poder Legislativo deveria ser separado do Poder Executivo e, ainda, separado do Poder Judiciário. Trata-se de um equilíbrio de poder, oferecendo as bases para a constituição de um governo misto.

Desde aquele tempo, as instituições foram modificadas e hoje a separação de tais funções do Estado já não é mais absoluta, separadas em nítidas caixas institucionais (TAYLOR, 2007, p. 249).

Cumpra aos juristas o desafio atual de adaptar a separação dos poderes à realidade constitucional. Logo, aceita-se o aparelhamento do Executivo, a fim de que responda à crescente e exigente demanda social. Ora, no mundo de hoje,

[...] o homem necessita preocupar-se com o Estado. Também deve precaver-se contra os grupos, porque, em face deles, mais uma vez a liberdade corre perigo. É preciso limitar o Estado, mas é preciso verificar que nem ele, nem a sociedade correspondem às imagens oferecidas pelos séculos XVIII e XIX. Reivindica-se, agora, a atuação do Poder Público para quebrar o domínio dos grupos e corporações (CLÈVE, 2011, p. 43).

Realmente, a partir das alterações proporcionadas no cenário brasileiro pela entrada em vigor da Constituição de 1988, permitiu-se o protagonismo dos tribunais, em razão da ampliação dos instrumentos de proteção judicial.

Segundo Jeremy Waldron, o ativismo é fruto de duas ações sociais: o retrato idealizado do julgar e a má fama do legislar (2003, p. 2).

Adentrando com maior propriedade no tema, Clèmerson Merlin Clève (2014, p. 111) afirma que

[...] o ativismo judicial caracteriza-se por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder, manifestando-se mais facilmente nos casos de omissão e de vazios de poder, mas não apenas neles. Reconhecida como postura proativa, não pode ser associada a uma específica perspectiva ideológica.

A partir do momento que o Legislativo cede suas atribuições ao Poder Judiciário, ocorre o fenômeno da derrogação política<sup>5</sup>, transferindo o embate político para as deliberações nos tribunais, culminando em um declínio da confiança nos parlamentos e descrédito dos políticos.

Todavia, a usurpação desse papel representativo pelo Poder Judiciário é alvo de críticas

Frequentemente existe uma percepção pública de que há algo errado nessa atuação política dos tribunais no processo de formulação de políticas públicas [...] a crescente judicialização e o conseqüente crescimento do impacto judicial em quase todo o mundo trouxeram consigo [...] uma crítica muito forte, por parte dos poderes eleitos, aos 'legisladores não-eleitos' (TAYLOR, 2007, p. 249).

As Constituições, como cartas políticas, são dispositivos de pré-compromisso, mecanismos criados para autorrestringir a atuação política, evitando que os mesmos tomem decisões desalinhadas com a vontade coletiva.

---

<sup>5</sup> Para fins de compreensão, afirma-se que “[...] o poder legislativo tem delegado decisões ao poder judiciário por razões como a elaboração de leis vagas e ambíguas, a falta de fôlego e a pouca perícia técnica para atuar a cada mudança de quadro” (AGUIAR, 2007, p. 2).

Com efeito, o Judiciário deve atuar em prol dos direitos das minorias, todavia o processo democrático não pode ser o último recurso na proteção de direitos individuais. A principal função dos direitos é conter as decisões majoritárias e proteger os interesses das minorias. Outrossim, “A ideia de uma democracia liberal implica uma democracia limitada e insiste em que certos direitos não sejam violados, inclusive por decisões majoritárias” (NINO, 1997, p. 269).

Nesse sentido, dispõe Clèmerson Merlin Clève que uma das missões do Judiciário, como instituição democrática, é zelar pela observância dos direitos fundamentais para, “[...] no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)” (2003, p. 23).

De fato, a passividade do Poder Legislativo em concretizar as promessas constitucionais, culmina em uma postura ativista do Poder Judiciário, o que faz com que haja uma sobrecarga de trabalho nesta instituição. Com isso, há um solapamento de sua função essencial, a prestação jurisdicional nos moldes convencionais.

Ademais, vive-se uma época de tamanha complexidade, onde a sensação de incertezas abala a maioria das instituições, dentre elas o Poder Judiciário. Esse estado, que não é recente, reflete na prestação da jurisdição, ou seja, na concretização do acesso à justiça. Nesse sentido, Eliana Calmon Alves afirma que

[...] os problemas que hoje são proclamados são os mesmos anotados em 1913 pelo Ministro Guimarães Natal, da Corte Suprema [...] estamos a viver uma fase institucional abalada pela descrença, pela cobrança de soluções e pelo desrespeito institucional dos mais diversos segmentos sociais, onde se questiona até mesmo a divisão tripartite de poder (1994, p. 4-5).

Atualmente, atravessa-se um momento de insegurança que reverbera até mesmo nos atos do mais alto escalão do Poder Judiciário, o qual deveria representar a segurança jurídica. Como exemplo, há alguns meses, a Suprema Corte foi instada a se manifestar acerca da necessidade de cumprimento do início da pena de reclusão, quando o réu é condenado em segunda instância, mas ainda tem possibilidade de recorrer. Tal posicionamento estava consolidado pelo Supremo Tribunal Federal desde 2016, quando decidiram pela prisão.

No entanto, havia probabilidade de mudança de entendimento, com base no princípio da presunção de inocência, princípio este que foi superado em 2016, quando os réus eram outros e os ministros também. Tal conversão não ocorreu, contudo, restou claro o quão instável é o momento político e jurídico. Apesar da Constituição e dos princípios invocados serem os mesmos, o exercício hermenêutico realizado pode ter um resultado diverso, a depender das partes envolvidas.

Realmente, cumpre ao Poder Judiciário velar pela realização da justiça, mediante o cumprimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, o que Kasuo Watanabe (1988, p. 135) chama de acesso à ordem jurídica justa. E é justamente nesse ponto que se encontra um dos grandes dilemas do Poder Judiciário: a prestação da tutela jurisdicional de maneira satisfatória.

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. De um lado, temos o Poder Legislativo que, muitas vezes, padece de legitimidade popular em suas ações. De outro, o Poder Judiciário, que se encontra em um estado de saturação.

Nesse cenário, constata-se a problemática do presente trabalho, qual seja a questão de como garantir um Estado Democrático, pautado na soberania do povo, diante dos dilemas que assolam as instituições que velam pela democracia. Esse trabalho, definitivamente, não pretende esgotar o tema, mas oferecer o mínimo aporte doutrinário para suscitar a reflexão no campo jurídico. Nas seções seguintes, far-se-á um panorama geral da crise de efetividade, as possíveis causas, bem como os reflexos no acesso à justiça.

## 2.7 A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA PARA A DEMOCRACIA

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. Contudo, a partir de 1974, esse modelo passou a demonstrar suas brechas, as quais geravam obstáculos para sua execução. O modelo se revelou incapaz das seguintes medidas:

[...] (a) de promover uma reformulação nos seus gastos, funções e nas suas responsabilidades; (b) de administrar o crescente conflito entre os diferentes interesses do capital industrial; (c) de redefinir o papel do capital produtivo no esforço de substituição de importações; e (d) de avaliar corretamente as consequências da mudança de comportamento do capital industrial externo (FARIA, 2002, p. 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.

Nesse processo de ajuste, com um fosso cada vez mais profundo entre o sistema jurídico e os interesses sociais, atenuado pela dificuldade do Judiciário de se adaptar aos novos tempos, conduziu a uma desconfiança tanto na objetividade das leis, como no critério de justiça, o que diz respeito à sua efetividade (FARIA, 2002, p. 17).

O objetivo primordial do Poder Judiciário é prestar uma tutela de qualidade aos seus jurisdicionados, a fim de garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos. Tal finalidade garante as bases de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, de acordo com Clodomiro José Bannwart Júnior, dois elementos são fundamentais para resguardar a prática do exercício democrático no contexto de Estado de Direito; a soberania popular e o respeito das liberdades subjetivas (2014, p. 9). Esse último é garantido pelo acesso à justiça.

Porém, 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.

Ocorre que a falta de efetividade dos direitos fundamentais, tidos como tão importantes para promover o amplo acesso à justiça, culmina em um dos maiores problemas atuais: a crise de efetividade do Poder Judiciário.

Nesse diapasão, 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 (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1996).

Embora o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico, a definição de "efetividade" ainda é muito impreciso. A efetividade poderia ser conceituada como a "igualdade de armas", a garantia de que a condução final depende exclusivamente dos méritos jurídicos das partes, sem qualquer relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, contudo, tem total interferência na afirmação e reivindicação dos direitos (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 6).

Entre tantas justificativas para a crise, José Eduardo Faria afirma que a conversão dos cartórios judiciais em "[...] máquinas kafkianas de fazer transcrições, emitir certificados e expedir notificações transformam os juizes em administradores de escritório emperrados, comprometendo o exercício da função jurisdicional" (2003).

O pensamento kafkaniano traduz uma crítica à burocracia instaurada, bem como à fragilidade do homem em resistir ao sistema a ele imposto. O autor satiriza a forma como as autoridades se encontram alienadas ao que realmente ocorre no mundo e na vida cotidiana das pessoas.

Ainda, tem-se que esse contexto organizacional tende a embotar o espírito e a não estimular nem a reflexão nem a criatividade, e o Judiciário acaba sendo indigente na produção de respostas para os problemas.

Tendo em vista que a obra de Cappelletti e Garth (1988, p. 6-10) tem enorme relevância histórica na luta contra os obstáculos a serem transpostos para a concretização do acesso à justiça, faz-se necessário transcrevê-la em alguns pontos.

Na visão dos autores, os principais obstáculos para se alcançar o acesso à justiça são quatro. Primeiro, o ônus das custas processuais. É preciso reconhecer, ter acesso ao Poder Judiciário é altamente dispendioso para as partes, uma vez que os advogados e seus serviços são caros e, não bastasse, também é muito oneroso para manter a máquina Judiciária. Quem paga essa conta são as partes do processo, o que, na maioria das vezes, dificulta ou impossibilita o acesso.

Segundo, a morosidade; a demora na solução do litígio, além de aumentar os custos e pressionar os economicamente fracos a abandonarem suas causas, fomenta na população a sensação de ineficiência do Poder Judiciário em fornecer uma resposta ao litígio em tempo razoável. Terceiro, a possibilidade das partes, seja com relação a sua capacidade financeira que, se for abastada, pode suportar as delongas do litígio, seja em função da capacidade jurídica das partes, pois será importante para reconhecer a existência de direito juridicamente exigível e irá fortalecer a parte diante de um ambiente intimidador, com figuras tidas como opressoras (juízes, promotores, advogados).

Em quarto, a dificuldade em postular por um interesse difuso, diante do fato que o indivíduo sozinho se mostrava pequeno demais, na esfera jurídica, para buscar a reparação de uma lesão a interesse coletivo.

Apesar de um estudo amplamente difundido, sua relevância neste trabalho se dá por duas razões: a maioria dos entraves destacados pelos autores ainda não foram transponíveis e o combate mediante a utilização de ondas com soluções práticas para o problema de acesso à justiça influenciou a utilização de métodos consensuais.

A primeira onda visava a assistência judiciária para os pobres. No Brasil foram tomadas algumas medidas; houve a aprovação da Lei 1.060/50 que prevê a assistência judiciária aos necessitados e a criação da Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1988, embora já instituída por alguns Estados, mediante leis estaduais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15).

A segunda onda foi a de representação dos interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 18). No Brasil houve a aprovação da lei que instituiu a ação popular (Lei n.º 4.717/65), a ação civil pública (Lei n.º 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), como um importante mecanismo de defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Essas duas ondas foram muito bem sucedidas no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo não foram tutelados. Entretanto, o novo enfoque de acesso à justiça tem alcance muito mais amplo e é na terceira onda que se encontra a promoção de soluções adequadas para o conflito, sejam elas judiciais ou extrajudiciais.

Nesse viés, a terceira onda renovatória inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, concentrando-se no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas sociais modernas. Uma série de medidas, entre elas as ondas anteriores, são utilizadas para melhorar o acesso (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 25).

Essa terceira onda revela uma nova forma de fazer justiça, procurando remodelar o seu perfil, no intuito de adequá-lo ao da justiça que se espera desse tempo. Nesse diapasão, a justiça deve servir e ser instrumento de pacificação social, sob pena de perder-se no tempo e espaço.

Sobre essa onda, os autores lecionam que, além de abranger a reforma dos procedimentos judiciais, a criação de determinados procedimentos especiais, a mudança dos métodos para a prestação dos serviços judiciais e a simplificação do direito, também se inclui a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios (CAHALI, 2017, p. 43).

Segundo a última estatística do Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 67), o Judiciário brasileiro encerrou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos. Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7%, respectivamente. Porém, mesmo tendo baixado praticamente o

mesmo quantitativo ingressado, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%.

Como demonstrado acima, com a posituação 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.

Grinover (2015) aponta uma série de fatores que contribuíram para demonstrar a insuficiência ou inadequação da exclusividade da tutela estatal: a) formalismo; b) complicação procedimental; c) burocratização; d) dificuldade de acessar o Poder Judiciário; e) aumento vertiginoso das causas de litigiosidade em uma sociedade cada vez mais complexa e conflituosa; f) a mentalidade dos operadores do direito.

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.

Diante desse fundamento, no próximo capítulo será exposto a Teoria do Agir Comunicativo, que fundamenta a legitimação mediante o processo dialógico, se valendo do consenso para legitimar o acordo realizado entre as partes.

### 3 TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

A fim de propor uma alternativa ao dilema da democracia, aborda-se nesse capítulo a Teoria do Agir Comunicativo, que é a base teórica para a hipótese norteadora da pesquisa, qual seja, a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos.

Nesse contexto, se verifica que os meios consensuais fazem uso da linguagem, do diálogo, do discurso e, principalmente, do consenso para conferir validade à fala. Assim, busca-se desenvolver os componentes normativos da linguagem e expor a Teoria desenvolvida pelo filósofo alemão Jürgen Habermas para justificar a utilização dos métodos propostos.

A prioridade do autor pela comunicação é atribuída a duas situações; primeiro, o fato de Habermas nascer com o lábio leporino, e ter sido operado logo após o nascimento e, novamente, com cinco anos de idade; segundo, por viver na Alemanha e observar todo o movimento nazista (PINZANI, 2009, p. 13).

Outrossim, umas das marcas do pensamento habermasiano é a preocupação com a fundamentação dos critérios normativos, pelos quais se podem julgar processos emancipatórios ou regressivos. Por essa razão, a Teoria de Habermas torna-se um solo privilegiado para se debater e refletir em torno de temáticas como a democracia, o Estado, o direito, a sociedade civil etc.

#### 3.1 A COMUNICAÇÃO HUMANA

Não é possível falar de uma Teoria da linguagem sem discorrer acerca de conceitos essenciais que circundam o tema, como é o caso da comunicação.

De acordo com os seus atributos, pode-se observar que o homem não se difere dos demais seres vivos apenas pelas dissensões físicas, mas pela sua capacidade de engenhosidade. O homem é inventivo e progressivo no seu desenvolvimento; um animal pensante, munido de linguagem, senso ético e consciência moral. Ademais, é um ser reflexivo, dotado de emoção estética e religiosidade, um animal social e político, mas, contudo, uma criatura finita e inacabada (OLIVEIRA, 1998, p. 124-127).

Conforme afirma Erich Fromm, "o homem não é uma coisa; é um ser vivo envolvido num processo contínuo de desenvolvimento. Em cada ponto de sua vida, ele ainda não é o que pode ser e o que ainda pode vir a ser" (1986, p. 138).

A razão, entrelaçada com os sentimentos, produz no homem uma ânsia pela compreensão de si e do mundo ao seu redor. Esse desejo vai levá-lo a explorar o mundo no qual existe e coexiste. Porém, quando o homem se empenha nesse desafio, percebe sua finitude, a necessidade de preencher os vazios constantes.

Essa realidade pode culminar em uma busca pela construção de si e do meio em que vive. Mas nesse meio o homem não está só, mas ele é projetado para a convivência. Identifica-se uma interdependência de todos os seres humanos, revelando uma rede complexa de relações humanas. E para que essas relações se desenvolvam e o homem encontre sentido nas coisas que o rodeiam, é necessário a comunicação, a compreensão do outro.

Para tanto, a busca de sentido, de significado, de compreensão vai se desenvolver mediante um contínuo perguntar, uma vez que a pergunta ressalta a limitação que existe em cada humano. Afinal, "Perguntar permite sempre ver possibilidades que ficam em suspenso [...] Aquele que quer pensar tem de perguntar" (GADAMER, 1997, p. 551).

E entre as perguntas e respostas, nasce o diálogo. De fato, um processo de comunicação normal exige um codificador e um decodificador. O decodificar recebe a mensagem, que lhe é nova, e através do conhecimento do código, consegue interpretar a mensagem (JAKOBSON, 1969, p. 23). Por meio desse processo que utiliza a linguagem, é possível estabelecer um diálogo entre os atores.

Um uso funcional da linguagem nos mostra o processo de significação pelo qual se produz efeitos evocativos dos sentidos das palavras de uma mensagem (WARAT, 1994, p. 127). Desvendar o significado de cada palavra é essencial para que se estabeleça o diálogo, pois a comunicação só pode se dar mediante a interação de indivíduos que se compreendem.

Ainda que a linguagem seja codificável e tenha uma relativa fixação no dicionário, na literatura, na gramática, o que lhe confere vitalidade, renovação e aperfeiçoamento encontra-se na relação dinâmica dos que falam uns com os outros, pois a linguagem só existe no diálogo.

Nesse ínterim, a linguagem pode ser conceituada como “[...] um sistema de sons, ou melhor, de hábitos produzidos mediante os órgãos correspondentes, com o propósito de servir de comunicação entre as pessoas, isto é, com o propósito de influir em seus atos, decisões e pensamentos” (WARAT, 1995, p. 38). Na verdade, as linguagens não se esgotam nas informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonâncias significativas e normalizadoras das práticas sociais.

A comunicação é um fato natural e não está condicionada ao ser humano. Porém, quando estamos diante de animais diferentes do homem, não há como cogitar a intenção ou vontade na comunicação, que é um aspecto específico da comunicação humana. Afinal, a capacidade para o diálogo é um atributo natural do ser humano e manifesta a sua maior característica: encontrar sentido para as coisas.

A importância da socialização, para os gregos, era visível na política, pois esta se concretizava mediante o convívio ordenado na *polis*. Atualmente, o horizonte da democracia deve abranger todo o planeta, não se limitar nem mesmo às fronteiras nacionais, pois há que se reconhecer direitos fundamentais de cunho universal, a serem respeitados, independentemente de nacionalidade.

Mas como definir um diálogo? Certamente, pensa-se em um processo entre seres humanos, que apesar das diferenças possuem uma unidade e harmonia própria. Segundo Hans-Georg Gadamer (2000b, p. 134-135), o

[...] diálogo aconteceu quando deixou algo dentro de nós. Não é o fato de que nós experimentamos algo novo, o que faz o diálogo um diálogo, mas que algo outro veio ao nosso encontro que ainda não havíamos encontrado em nossa experiência própria do mundo [...] o diálogo possui uma força transformadora. Onde um diálogo é bem-sucedido, algo nos ficou e algo fica em nós que nos transformou. Assim, o diálogo encontra-se em vizinhança particular com a amizade. Só no diálogo (e no rir-um-com-o-outro que é consenso transbordante sem palavras), amigos podem encontrar-se e construir aquela espécie de comunidade na qual cada um permanece o mesmo para o outro, porque ambos encontram o outro e no outro se encontram a si mesmos.

E todo esse processo de transformação irá ocorrer mediante o viver em sociedade, pois, como afirma Aristóteles, o homem é por natureza um ser social (1997, 1253a). E só sociedade humana onde é passível a existência de convívio humano organizado, conduzido de acordo com valores que servirão de bússula para o viver individual e coletivo.

Luis Alberto Warat, entusiasta da mediação entre os homens, afirmou, acerca da possibilidade de aprendizagem, que “[...] os homens só se educam entre si e mediatizados pelo mundo, que ninguém educa a ninguém, que o que educa é a possibilidade de construir um diálogo, fazer circular a palavra no “entre-nós” do educador e do educando” (2004, p. 426).

Na comunicação são construídos mundos sociais, mas ela também é vista como uma forma de ação com propósitos e efeitos. Muito mais do que trocar mensagens com outra pessoa, a fim de reduzir mal-entendidos e discordâncias, a comunicação pode ser visualizada como a “[...] possibilidade de compreender e operar na construção, na reprodução e na transformação de processos relacionais em diálogo” (SCHNITMAN, 2013, p. 24).

Ao transmitir uma mensagem, o homem não só reflete seus propósitos, mas também reproduz uma concepção de mundo. Por esse motivo, Luis Alberto Warat identifica uma função de dominação no ato de fala (1994, p. 128).

Parece evidente que a comunicação se origina da representação de uma situação futura como mais vantajosa que a presente, bem como da simbologia de que para modificar essa situação, podem ser utilizadas ações alheias, induzidas por meio de uma mensagem que tenha por objetivo algumas representações próprias (SEMAMA, 1981, p. 15).

Nesse viés, a comunicação humana é dirigida por um ideal de vantagem. No homem, a atividade é a superação da situação do indivíduo quem tem em mira produzir uma outra situação diferente daquela, situações mais agradáveis ou menos desagradáveis que a vivida.

Assim, a linguagem pode ser analisada sob a ótica de um instrumento, do mesmo modo que as coisas. Os homens são fruto dos instrumentos que produzem e através da palavra são poupados de usar seus órgãos, a fim de obter resultados mais rápidos sobre um número maior de sujeitos. A linguagem, que não pode ser classificada como um órgão, “[...] é mais eficaz do que um órgão: é uma realidade “extra-somática” que prolonga a presença física do indivíduo no ambiente” (SEMAMA, 1981, p 24).

Outrossim, o diálogo utilizado na negociação oral exige reciprocidade, na qual os participantes se aproximam uns dos outros. Diante de negociações políticas ou entre sócios comerciais, comprova-se a determinação geral do diálogo, que para ser capaz ao diálogo, há que saber ouvir. “O encontro com o

outro supera a limitação própria, inclusive onde se trata somente de dólares ou de interesses de poder" (GADAMER, 2000, p. 137).

Através do diálogo e da cooperação entre os seres humanos é possível cogitar a concretização de uma sociedade solidária, capaz de possibilitar o consenso necessário para a convivência sadia.

De fato, "o entendimento por via linguística é apenas o mecanismo da coordenação da ação que, em face dos planos de ação e das atividades propositadas dos envolvidos, integra tais planos e atividades à interação" (HABERMAS, 2016a, p. 184).

Nas próximas páginas, será explanado acerca do modelo comunicativo de ação, no qual a linguagem atua como um *medium* de entendimento não abreviado, em que falantes e ouvintes, partindo da construção de seu mundo da vida, referem-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, social e subjetivo a fim de negociar com definições em comum para as situações.

### 3.2 BASE HISTÓRICO-FILOSÓFICA DA AÇÃO COMUNICATIVA

A fim de iniciar um debate acerca da ação comunicativa, torna-se imperioso voltar-se à filosofia. Afinal, o tema fundamental da filosofia é a razão, e ela empenha-se desde o começo em tentar explicar o mundo como um todo, mediante princípios encontráveis na razão, bem como a unidade na diversidade dos fenômenos.

Cumprido esclarecer que não é objetivo do presente trabalho se debruçar sobre as obras e demais produções de Jürgen Habermas. Todavia, para fundamentar a utilização dos métodos consensuais, que se utilizam da linguagem, a teoria da ação comunicativa servirá de fundamento da hipótese norteadora.

De um modo pouco habitual, o pensamento desenvolvido por Habermas se engaja numa exigente preocupação epistemológica e no nítido compromisso em favor de uma sociedade livre de dominação.

Ademais, de acordo com o autor, a filosofia, na atualidade, não se refere mais ao conjunto do mundo, da história, da natureza e da sociedade, sob a ótica de um saber totalizante. Nesse viés, a racionalidade não tem mais a ver com a ordem das coisas encontradas no mundo ou concebidas por um sujeito isolado

No início do século XX, o modelo "sujeito-objeto", que constituía a base da filosofia da consciência, é alvo dos ataques de duas teorias distintas: a da filosofia da linguagem analítica e a da psicologia do comportamento, as quais desistem da busca de um acesso direto aos fenômenos da consciência, substituindo o autoconhecimento intuitivo, a reflexão e a introspecção por procedimentos que não dependem da intuição. Além disso, elas se dedicam a análises, cujo objeto consiste prioritariamente em expressões linguísticas e comportamentos observáveis, abertos a um exame intersubjetivo (HABERMAS, 2016b, p. 6).

De acordo com o pensamento do teórico, houve uma ruptura com a filosofia clássica no momento que surgiu o pensamento pós-metafísico, a força linguística e um novo modo de situar a razão e a inversão do primado da teoria frente à prática.

Depois de muito esforço com a teoria do conhecimento, sem, contudo, alcançar os resultados esperados, Habermas encontrou na noção de ação comunicativa uma forma provável de resgatar a razão prática. Com efeito, mediante a consideração do componente comunicativo da razão, houve uma profunda revisão conceitual da teoria crítica, capaz de evitar os impasses mais comuns, tais como o esteticismo de Adorno e o recurso final da transcendência de Horkheimer (VELASCO, 2003, p. 32).

Assim, surgiu uma teoria crítica da sociedade desde o marco conceitual da filosofia da consciência, adaptada a um modelo de sujeito-objeto de cognição e ação, até o marco conceitual de uma teoria da linguagem e da ação comunicativa.

Habermas questiona se uma teoria da sociedade poderia ser baseada numa teoria da linguagem. Para ele, é possível fundar uma teoria da sociedade sobre o conceito central de sentido, ou seja, conceber a teoria como uma ciência interpretativa. Aliás, seu objeto não é o comportamento, mas o agir. Nesse viés, o agir é um comportamento intencional, um comportamento dirigido por normas e orientado por regras, que possuem um sentido que é preciso interpretar e entender (PINZANI, 2009, p. 83).

Além disso, o autor acredita que a filosofia, nesses tempos de pensamento pós-metafísico, enquanto ética, pode colaborar com o debate em torno da autocompreensão das sociedades modernas. Nessa linha, a filosofia é vista como um instrumento de crítica à colonização de um mundo da vida que é esvaziado pelas intervenções da ciência, da técnica, do mercado e do capital (2004, p. 324). Não bastasse, o autor ainda acrescenta o auxílio da filosofia no debate político: "A

filosofia e a democracia não são apenas do mesmo contexto de origem histórica, mas dependem estruturalmente uma da outra" (HABERMAS, 2004, p. 324).

Para tanto, Habermas se utiliza de parte da teoria da comunicação de George Herbert Mead, o qual observou que a linguagem possui um significado construtivo para as formas da vida sociocultural, na medida que dá origem a um princípio de organização totalmente diferente, produzindo não somente outro indivíduo, como também outro tipo de sociedade (HABERMAS, 2016b, p. 8).

Ademais, dentro do quadro teórico, tendo como base a racionalização dos mundos vividos, Habermas explica que, nas sociedades arcaicas, os mitos cumpriam, por meio de paradigmas, a função de fundar uma unidade explicativa do mundo. Entretanto, diante da moderna compreensão de mundo, tal pensamento se torna um contraste, principalmente, no que se refere às normas e princípios universalizáveis:

Até então a unidade inevitavelmente suposta de um mundo da vida construído aqui e agora, de modo concêntrico, em torno de "mim" e de "nós", estava refletida na unidade totalizante das narrativas míticas, nas doutrinas religiosas e nas explicações metafísicas. No entanto, a modernidade deu um golpe de desvalorização nas formas de esclarecimento, que tinham emprestado também às teorias um resto da força unificadora dos mitos originários: a síndrome de validade, da qual dependiam os conceitos básicos da religião e da metafísica, desfez-se no momento em que surgiram, de um lado, as culturas de especialistas em ciência, em moral e em direito e, de outro lado, a arte se tornou independente (HABERMAS, 2002b, p. 26).

Nesse novo cenário, as sociedades modernas estão marcadas por um pluralismo de cosmovisões, resultante da quebra de hegemonia do *ethos* que os legitimava, ou seja, a perda da fundamentação que se baseava no conceito objetivo da razão. Assim, eliminada a pretensão filosófica do saber da totalidade, passa-se a depender de um novo embasamento pós-tradicional e pós-metafísico.

Desse modo, a razão passa a ser desenhada na prática comunicativa cotidiana, buscando na teoria da ação comunicativa realizar suas reflexões. Destarte, passaremos ao conceito de agir comunicativo.

### 3.3 CONCEITO DE AGIR COMUNICATIVO

No prefácio de sua obra, Habermas afirma que o conceito fundamental de agir comunicativo abre caminho para três complexos assuntos: primeiro, tem a ver com um conceito de racionalidade comunicativa desenvolvido com boa dose de ceticismo, resistente às limitações cognitivo-instrumentais impostas pela razão; segundo, está atrelado com o conceito de sociedade em dois níveis, quais sejam o mundo da vida e o sistema; terceiro, trata-se de uma teoria da modernidade que, "para esclarecer o tipo das patologias sociais presentes hoje de maneira sempre mais visível, adota a ideia de que os campos da vida estruturados por via comunicativa estão submissos a imperativos de sistemas acionais autonomizados e formalmente organizados" (2016a, p. 10-11).

Portanto, a teoria do agir comunicativo deve tornar possível uma materialização do contexto social da vida que se mantenha adequada aos paradoxos presentes na modernidade.

Enquanto no agir estratégico o sujeito atua objetivando um fim particular e egoísta, sempre motivando suas ações conforme os cálculos de ganho egocêntricos, no agir comunicativo o sujeito é motivado pelo outro para uma ação conjunta que diz respeito a ambas as partes e está fundamentada à luz dos atos de fala, tendo o outro como momento fundamental para a racionalidade das normas. O esboço do agir comunicativo é um desdobramento da ideia de que o telos do entendimento habita na linguagem. Com efeito, o conceito de entendimento possui conteúdo normativo, que ultrapassa o nível da compreensão de uma expressão gramatical (HABERMAS, 2002b, p. 77).

Assim, no agir comunicativo os indivíduos trabalham para definir cooperativamente seus planos de ação, sempre lembrando uns dos outros, no horizonte de um mundo da vida partilhado subjetivamente. Nesse sentido, afirma Habermas que o agir comunicativo é evidenciado quando os atores buscam "harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas" (1989, p. 10).

Segundo Habermas, o entendimento significa a união dos participantes da comunicação sobre a validade de algo que está sendo ao passo que o acordo e o consenso tem a ver com o reconhecimento intersubjetivo

da pretensão de validade que o falante une a uma exteriorização (2016b, p. 221). Já o consenso sobre algo se mede pelo reconhecimento intersubjetivo da validade de um proferimento. Além de compreender o significado de uma expressão linguística, é necessário entender-se com alguém sobre algo com o auxílio de uma manifestação tida como válida.

No agir comunicativo vale a regra segundo a qual um ouvinte que dá seu assentimento a uma pretensão de validade explícita, ao mesmo tempo reconhece as outras duas pretensões levantadas implicitamente; caso contrário, deve manifestar seu dissenso (HABERMAS, 2016b, p. 221-222).

Assim, a situação de ação é, ao mesmo tempo, uma situação de fala, onde os envolvidos no processo assumem os papéis comunicacionais de falantes, destinatários e pessoas presentes.

Outrossim, a dinâmica da linguagem, através do agir comunicativo, apresenta-se como um suporte normativo para alcançar consensos, mediante compromissos normativos. Como se verá no próximo capítulo, o acordo torna-se lei entre as partes, as quais são responsáveis em cumprir a palavra lançada.

A teoria do agir comunicativo parte do pressuposto de que o sujeito apto a falar e agir possui um saber implícito - que oferece a base empírica sobre a qual deve fundar-se as teorias do agir - acerca de regras, visto que domina as normas linguísticas e de ação (PINZANI, 2009, p. 83).

Não se contrapõe ao pragmatismo, mas tenta aprofundá-lo na medida em que vai estabelecer um diálogo entre duas linhas da filosofia: a analítica e a hermenêutica (OLIVEIRA, 1996, p. 334). O ponto de convergência entre essas duas correntes é a consideração da dimensão semântica da linguagem, a consideração da dimensão pragmática como a dimensão central da linguagem humana.

No agir comunicativo observa-se a adoção do princípio da empatia, que força cada agente a adotar, quando da ponderação dos interesses, a perspectiva de todos os outros

É só na qualidade de participante de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que somos chamados a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma mesma situação. Devemos então procurar saber como cada um dos demais participantes procuraria, a partir de seu próprio ponto de vista, proceder à universalização de todos os interesses envolvidos (HABERMAS, 2004, p. 92).

Nesse sentido, para que as partes atinjam o consenso em um diálogo, é imprescindível o exercício da empatia, ou seja, de um indivíduo saber se colocar no lugar do outro num estado de mútua cooperação. Não basta que esteja sensibilizado, pois a sensibilidade sem controle pode ser algo negativo, caso as partes não consigam controlar as emoções e proceder com um discurso racional.

No momento em que as partes se colocam na miséria do próximo, o entendimento tende a ser atingido com maior facilidade, uma vez que a empatia irá facilitar a reconstrução das relações humanas.

Ademais, quem argumenta precisa pressupor um outro membro da comunidade de fala. É necessário que todos os afetados possam participar na condição de livres e iguais, a fim de conjuntamente buscarem a verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento (HABERMAS, 1997, p. 215).

Assim, para que o ato de linguagem seja válido, é preciso estar presente a igualdade de direitos e a solidariedade (corresponsabilidade) de uma situação de linguagem ideal, com as mesmas oportunidades de se expressar, de opinar, de expor suas intenções.

### 3.4 ELEMENTOS DA LINGUAGEM

A guinada linguística, ocorrida no século XX e estudada por Habermas, envidou a análise da razão incorporada no agir comunicativo, uma vez que ao verificar os atos de fala é possível constatar o modo como foi planejado algo. Através da linguística, o filosofar foi posto sobre uma base mais segura, desagarrando-se das teorias da consciência. Enquanto a filosofia da consciência toma como ponto de partida a autorreferência de um sujeito que representa e manipula objetos, a teoria da ação comunicativa parte das condições de compreensão dos atos de fala à luz da intersubjetividade.

Uma teoria da linguagem pode levar em conta a autorreferência e a forma da proposição e considerá-las equivalentes, a partir do momento em que ela não se orienta mais semanticamente pela compreensão de proposições, mas pragmaticamente, pelos proferimentos através dos quais os falantes se entendem mutuamente sobre algo (HABERMAS, 2002b, p. 33).

Para tanto, além de compreender as proposições utilizadas na fala, é necessário ser capaz de se comportar com relação aos outros, assumindo um

papel de falante e ouvinte, no círculo de membros não participantes de sua comunidade linguística. E são essas relações recíprocas e interpessoais, determinadas pelos papéis do falante, que tornam possível uma autorrelação, que surge em um contexto interativo.

A linguística tradicional concebia a linguagem a partir da função denotativa ou informativa. A partir dos enunciados referenciais, existem outros jogos de linguagem, com diferentes regras e maneiras de situar o emissor, o receptor e o tema da comunicação linguística. Este é precisamente o ponto de partida da teoria dos atos da fala: a observação de que o emprego da linguagem tem por função tanto descrever a situação, como cumprir por si mesmo uma ação, no caso de frases que expressem uma promessa, autorização, etc (VELASCO, 2003, p. 33).

Com base nessa observação, é possível estabelecer a estrutura básica de qualquer ato de fala, que pode se diferenciar entre expressivo, ilocucionária e proposicional. O primeiro fixa o modo em que se deve entender o segundo. A dupla estrutura dos atos da fala - performativa e proposicional - introduz os interlocutores no nível da intersubjetividade, onde eles falam uns com os outros, e os objetos que eles compreendem (VELASCO, 2003, p. 34). Em outras palavras, a dupla estrutura da fala se manifesta em sua dimensão interativa e cognitiva, ou seja, tanto no entendimento entre os interlocutores como no acordo sobre as coisas.

Habermas assinala que os componentes essenciais do ato de fala são o locucionário, que é dizer algo, e o ilocucionário, que pode ser compreendido por fazer algo ao dizer algo. Já os efeitos perlocucionários são externos ao ato de fala e suas intenções na realidade podem ser deliberadamente ocultadas pelos falantes aos seus interlocutores (VELASCO, 2003, p. 34).

O ato locucionário diz respeito à dimensão meramente linguística, como por exemplo um amigo que diz: "amanhã lhe visitarei". O ato ilocucionário atribui ao enunciado um determinado papel que pode ser compreendido somente em um determinado contexto, o que permite saber se o amigo está simplesmente afirmando ou se está prometendo que irá visitá-lo. O ato perlocucionário, como dito acima, se refere ao efeito extralinguístico, como por exemplo: vou comprar uma garrafa de vinho para tomá-la com meu amigo amanhã (PINZANI, 2009, p. 84).

O componente expressivo permanece, geralmente, implícito, podendo ser expandido, o que resulta no surgimento de uma proposição expressiva.

Esta é formada com o auxílio da primeira pessoa do presente e mediante o emprego de um verbo intencional (HABERMAS, 2016b, p. 116).

Segundo Habermas, o ato linguístico consiste em um enunciado performativo e em um enunciado com conteúdo proposicional dependente do primeiro, como por exemplo: prometo que te visitarei amanhã (PINZANI, 2009, p. 84-85). O enunciado performativo é essa promessa, ele estabelece uma relação intesubjetiva entre o falante e o ouvinte. O segundo enunciado depende do primeiro para comunicar sobre coisas ou circunstâncias, afinal, a promessa está ligada ao fato de que amanhã te visitarei, ou seja, uma ação, conforme afirma o autor (HABERMAS, 2016b, p. 116):

Já nas proposições performativas o falante, ao enunciar algo, realiza uma ação. A teoria dos atos da fala comprovou que nessas proposições existe um nexos interno entre o falar e o agir. Proposições performativas não podem ser verdadeiras nem falsas; no entanto, as ações realizadas com seu auxílio podem ser entendidas como obediência a mandamentos.

Esses três componentes dos atos de fala podem ser subordinados respectivamente a cognições, obrigações e expressões. Quando os atos comunicativos assumem a figura da fala gramatical, a estrutura simbólica atravessa os componentes da interação. Conseqüentemente, a transferência de cognições, de obrigações e de expressões para uma base linguística permite aos meios comunicacionais assumir, além da função de entendimento, a função de coordenação da ação e da socialização dos atores (HABERMAS, 2016b, p. 117-118).

Segundo Habermas, os atos de fala, sob a ótica do entendimento, servem para a "mediação de um saber armazenado na cultura: a tradição cultural se reproduz, como foi mostrado, por meio do agir orientado pelo entendimento"; enquanto que na coordenação da ação, esses mesmos atos servem para um cumprimento de normas, e sob o aspecto da socialização, os atos comunicativos servem para o estabelecimento de controles internos do comportamento e para a formação de estruturas da personalidade (2016b, p. 118).

Diante do exposto, uma comunicação só é possível quando, ao mesmo tempo, ocorre uma metacomunicação sobre o uso do enunciado dependente, isto é, quando ocorre, além de uma comunicação simples (sobre coisas

e objetos), uma comunicação superior, neste caso, envolvendo uma promessa (uma ação).

As condições que tornam possível utilizar a linguagem não são metafísicas, mas pragmáticas, isto é, imanentes à práxis comunicativa. Nesse sentido, Habermas trata o problema da verdade<sup>6</sup> como condição de aceitabilidade: um enunciado é verdadeiro porque ao longo do processo comunicativo foi aceito como justificável por diversas condições ideais (VELASCO, 2003, p. 35).

As pretensões de validade caracterizam diferentes categorias de um saber que se corporifica simbolicamente em exteriorizações. Tais exteriorizações podem ser analisadas por dois ângulos: sob o aspecto da possibilidade de fundamentar exteriorizações como essas; e sob o aspecto de como os atores se relacionam, por meio delas, com alguma coisa no mundo.

Habermas denomina essas três pretensões de verdade proposicional, correção normativa e veracidade subjetiva (HABERMAS, 2016a, p. 145). Em outras palavras, se pode resumir as pretensões de validade nas seguintes situações: primeira, o enunciado feito é verdadeiro; segunda, a fala está em consonância com o contexto normativo vigente; terceira e última, a intenção expressa do falante corresponde à que ele pensa.

Baseado nos ensinamentos de Jürgen Habermas, Juan Carlos Velasco acredita que os sujeitos, quando falam, sempre pressupõe, quatro pretensões de validade, ainda que de maneira implícita, quais sejam: a) compreensibilidade ou intelegibilidade: significa que o sujeito está se comunicando de modo a ser entendido pelo seu ouvinte, uma vez que suas frases estão formadas de acordo com a norma gramatical, em consonância com o uso da linguagem; b) veracidade ou autenticidade: o que está sendo emitido reflete a própria subjetividade, há uma exteriorização condizente com aquilo que é interno ao sujeito; c) verdade proposicional: o que o sujeito transmite tem fundamento com a realidade dos fatos; e d) correção ou linearidade normativa: o conteúdo do ato linguístico se amolda a um determinado contexto normativo reconhecido socialmente como válido (2003, p. 36-37).

---

<sup>6</sup> O problema da verdade é a questão central ao longo da história da filosofia; no início ela estava na essência, no objeto; no período convencional estava no sujeito; agora, no período pós-convencional, segundo a visão defendida por Habermas, encontra-se na linguagem, intersubjetividade entre os sujeitos.

Nesse viés, tem-se que o falante que reivindica a verdade para os enunciados e as manifestações de vivência subjetiva. Assim, com o conceito de agir comunicativo, a suposição passa a ser atribuída à perspectiva dos próprios falantes e ouvintes. São eles que entram em consenso e medem conforme a verdade, a correção e a veracidade entre a ação da fala e os três mundos com que o ator estabelece relação por meio de suas exteriorizações.

De fato, quem realiza um ato de fala está fazendo em suas interlocuções uma proposta de entendimento sobre algo que se encontra na sua própria subjetividade, no mundo objetivo e no mundo social. Portanto, a estrutura da linguagem abrange as diversas facetas da realidade (VELASCO, 2003, p. 37). As funções básicas da linguagem (expressiva ou emotiva, cognitiva ou referencial e apelativa ou diretiva) juntamente com as pretensões de validade estabelecem uma conexão entre o mundo subjetivo, ou seja, a natureza interna ou a personalidade, aquele mundo próprio das vivências privadas de cada um; o mundo objetivo, que se refere à natureza externa, o mundo dos objetos e dos atos; e o mundo intersubjetivo, o mundo social, da totalidade das relações interpessoais, regulado por normas (VELASCO, 2003, p. 37).

Assim, observa-se o mundo objetivo, o conjunto de todas as entidades sobre as quais é possível haver enunciados verdadeiros, o mundo social, aquele que abrange todas as relações interpessoais legitimamente reguladas, e o mundo subjetivo, o apanhado de vivências do falante privilegiadamente acessíveis (HABERMAS, 2016a, p. 193).

Na medida que as partes vão negociando, ordenam diversos elementos da situação da ação a um dos três mundos e incorporam a situação atual da ação a seu mundo da vida. Para os envolvidos, a tarefa interpretativa consiste em integrar a interpretação da situação feita pelo outro à própria interpretação da situação; e vão fazendo isso, sucessivamente, até que os mundos exteriores de cada indivíduo se relativizem diante de um único mundo da vida (HABERMAS, 2016a, p. 194).

O desafio das partes é encontrar uma ordenação estável e univocamente diferenciada. Todavia, na prática, estabilidade e univocidade constituem uma exceção, uma vez que no cotidiano a comunicação se apresenta de maneira difusa, frágil, sob permanente revisão e bem-sucedida apenas em momentos isolados.

O sucesso do agir comunicativo depende de um processo de interpretação em que as partes, mediante uma análise que perpassa os três mundos, chegam a uma definição comum da situação. Destarte, todo consenso repousa sobre o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis.

Cumpra esclarecer que o modelo comunicativo de ação não equipara agir e comunicação. A linguagem é um meio de comunicação a serviço do entendimento, ao passo que os autores, à medida que conseguem se entender uns com os outros com o intuito de coordenar suas ações, perseguem determinados fins.

Com isso, observa-se que a estrutura teleológica é fundamental a todos os conceitos de ação. O agir social, porém, distingue-se de acordo com a abordagem que enfoca a coordenação das ações ligadas a determinados fins. No entanto, apenas o modelo estratégico de ação dá-se por satisfeito com a explanação das características do agir imediatamente voltado ao êxito. Os demais modelos especificam as condições sob as quais o ator persegue seus fins, por exemplo condições de legitimidade, autorrepresentação ou do comum acordo linguisticamente almejado (HABERMAS, 2016a, p. 194-195). No caso do agir comunicativo, os desempenhos interpretativos representam o mecanismo de coordenação das ações.

### 3.5 RACIONALIDADE COMUNICATIVA E RACIONALIDADE INSTRUMENTAL

Como afirmado no primeiro tópico deste capítulo, o ser humano, no decorrer de sua existência e graças a capacidade racional, tem desenvolvido formas de explicar o mundo e o que nele há, a fim de estabelecer um nexo de sentido.

À medida em que essas vivências “[...] são passíveis de expressão através de construções simbólicas contidas na linguagem, apresentam um caráter eminentemente social” (HANSEN, 1999, p. 13).

As formas que servem para explicar o que há, a partir de elementos racionais, trazem em si a condição de se constituírem enquanto modelos de racionalidade, a partir dos quais todo um conjunto de indivíduos passa a orientar sua compreensão dos fenômenos e vivências.

Levando em conta o objetivo do presente trabalho, cumpre distinguir a racionalidade comunicativa e instrumental. Tal distinção é de tamanha relevância,

uma vez que representa a base da teoria. De fato, aos dois tipos de racionalidade correspondem duas formas de agir.

Primeiramente, sustenta-se que o conceito de racionalidade comunicativa deve ser analisado segundo o fio condutor de um entendimento linguístico. Como já exposto, o conceito de entendimento remete a um comum acordo almejado pelas partes e racionalmente motivado, ou seja, que fora aprovado pelas pretensões de validade criticáveis.

Segundo, o conceito de racionalidade comunicativa remete a diversas formas de resgate discursivo das pretensões de validade e a das referências de mundo aceitas, uma vez que as pessoas que agem comunicativamente manifestam pretensões de validade para suas exteriorizações (HABERMAS, 2016a, p. 148).

Na racionalidade comunicativa o agir é comunicativo, que se distingue do segundo pelo fato de ser orientado pelo entendimento, pois os sujeitos agem de modo comunicativo e desejam o entendimento sobre algo.

Já a racionalidade instrumental é caracterizada por uma concepção da linguagem que vê nela um meio para o entendimento, mas ela pode servir também para outras finalidades e o agente pode visar simplesmente impor uma opinião subjetiva, manipular os ouvintes ou tratá-los como meios para atingir seus fins, onde atua como telos implícito da racionalidade a manipulação instrumental (PINZANI, 2009, p. 100).

A razão comunicativa, diferente da razão instrumental, não se resume apaticamente a autopreservação obcecada. Ela não se estende a um sujeito que se autopreserva, que se refere a objetos enquanto representa e age, mas a um mundo da vida simbolicamente estruturado que se constitui nas realizações interpretativas dos participantes e só se reproduz através do agir comunicativo.

Assim, a razão comunicativa não se ocupa apenas com a subsistência de um sujeito ou de um sistema. De fato, "a perspectiva utópica de conciliação e liberdade está latente nas condições de uma socialização dos indivíduos por via comunicativa e já se encontra embutida no mecanismo linguístico de produção do gênero" (HABERMAS, 2016a, p. 684).

A ação instrumental é uma ação orientada por normas técnicas, fundada no conhecimento empírico. Assim, as escolhas representam a existência de

uma estratégia de ação, de acordo com o caminho mais eficiente para a concretização das metas e objetivos (GIDDENS, 1998, p. 301).

Se a linguagem é utilizada apenas como meio para a transmissão de informações, trata-se de um agir estratégico, agora, se também é utilizada como fonte da integração social, estamos diante de um agir comunicativo. No segundo caso, "a força consensual do entendimento linguístico, isto é, as energias de ligação da própria linguagem, tornam-se efetivas para a coordenação das ações", enquanto que, no agir estratégico, o efeito de coordenação depende da influência que os atores exercem (HABERMAS, 2002b, p. 71).

Assim, as interações sociais ocorrem dotadas de padrões de comportamento que levam a crer que no âmago da interação coexistem mecanismos de coordenação da ação. Tais mecanismos ora conduzem à influenciação (um agir estratégico), ora à geração de entendimento.

Nota-se que a coordenação de ações problemáticas ou de ações que exigem a tematização de seus fundamentos são avaliadas em duas perspectivas: ou manifestam conflitos individuais em que há defesa de posições impossíveis de conciliar, ou se tratam de situações em que há necessidade de optar dentre diversas possibilidades uma que se mostre a mais viável para a realização de fins coletivos (BANNWART JÚNIOR, 2014, p. 10).

No agir comunicativo, os atores participantes tentam definir cooperativamente os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado. Além disso, estão dispostos a atingir seus objetivos através do entendimento, que funciona com os participantes da interação se unindo através da validade pretendida de suas ações de fala ou tomam em consideração os dissensos constatados.

Nos processos interacionais, observa-se que o agir é orientado por valores, no qual prevalece o consenso, enquanto o agir por interesses sempre vai alimentar a realização de objetivos pessoais.

Com efeito, a ação comunicativa está equacionada com uma interação, pois é governada por normas consensuais interligadas, que revelam expectativas recíprocas sobre o comportamento dos atores envolvidos. Trata-se de uma comunicação pautada na linguagem comum e condicionada à compreensão mútua dos símbolos sociais (GIDDENS, 1998, p. 301).

Nesse caso, a coordenação bem-sucedida da ação está apoiada na força da racionalmente motivadora de atos de entendimento. No ato da fala são levantadas algumas pretensões de validade, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A partir do momento que o falante garante, através da pretensão de validade, que está em condições de resgatar essa pretensão, caso seja exigido, sua oferta adquire força obrigatória e torna-se possível um acordo obtido comunicativamente.

Outrossim, ofertas de atos de fala apenas são capazes de desenvolver um efeito coordenador de ações, em razão da "força cogente de uma ação de fala, compreensível para o ouvinte e aceita por ele, se difunde também para as consequências relevantes da ação, que resultam do conteúdo semântico do proferimento" (HABERMAS, 2002b, p. 72).

Nesse passo, quem aceita uma ordem, sente-se obrigado a executá-la, quem faz uma promessa, sente-se compelido a cumpri-la, e assim por diante.

Destarte, a linguagem é utilizada para definir a racionalidade. Por meio dela é possível formar o mundo comum, verificar se o que está sendo falado é válido, enfim, entender sobre os critérios com base nos quais suas ações são avaliadas.

Por esse motivo, Habermas define a racionalidade como uma disposição dos sujeitos capazes de linguagem e de ação que se manifesta em forma de comportamento pelas quais existem boas razões, ao passo que manifestações racionais são acessíveis a uma avaliação objetiva. Cumpre lembrar que essas expressões estão vinculadas a pretensões de validade, as quais já foram expostas.

### 3.6 A COLONIZAÇÃO DO MUNDO VIVIDO<sup>7</sup>

O autor desenvolve sua teoria da sociedade servindo-se de um conceito de racionalidade comunicativa que trazia à tona o "conteúdo normativo de qualquer comunicação orientada pela compreensão" (PINZANI, 2009, p. 98). Tal conceito aponta para os três mundos descritos acima. Essas três dimensões

---

<sup>7</sup> Trata-se de uma expressão muito utilizada por Jürgen Habermas e pretende representar o movimento de interpenetração dos sistemas no mundo da vida, que é outro termo peculiar, explicado no decorrer do subcapítulo.

apontam para um mundo da vida que os participantes da comunicação têm atrás de si e a partir do qual eles solucionam os problemas de entendimento.

O mundo da vida é correlato dos processos de entendimento, afinal, os sujeitos que agem comunicativamente buscam sempre o entendimento no horizonte de um mundo da vida. O mundo da vida de cada sujeito constitui-se de convicções subjacentes mais ou menos difusas e sempre isentas de problemas.

De fato, o mundo vivido 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. Logo, as pessoas que agem comunicativamente podem alcançar um entendimento apenas acerca de posicionamentos positivos ou negativos acerca das pretensões criticáveis, mas tal relação pode se alterar conforme a descentração das imagens de mundo (HABERMAS, 2016a, p. 139):

Quanto mais descentrada estiver a imagem de mundo que proporciona a reserva cultural de saber, tanto menos a carência de entendimento estará velada de antemão por um mundo da vida que se interpreta de uma maneira aversa a críticas; e quanto mais se tiver de satisfazer essa carência com realizações interpretativas dos próprios participantes, ou seja, mediante concordância arriscada, porque racionalmente motivada, tanto mais frequentemente poderemos esperar orientações racionais para a ação. Daí caracterizar-se primeiramente a racionalização do mundo da vida em uma dimensão de "concordância normativamente prescrita" versus "entendimento comunicativamente alcançado".

Assim, quanto mais as tradições culturais forem determinantes para a aceitação das pretensões de validade, diminuem-se as chances dos participantes chegarem a um comum acordo, ou seja, manifestar e provar as potenciais razões sobre as quais se apóiam os seus posicionamentos, sejam eles positivos ou negativos.

Nesse viés, o mundo vivido<sup>8</sup> é considerado a partir do processo de compreensão, no qual diferentes pessoas se entendem a partir de um pano de fundo

---

<sup>8</sup> Mundo da vida (em alemão *Lebenswelt*) é um termo muito utilizado por Habermas para diferenciar os planos do sistema e do mundo social. Trata-se de um pano de fundo não explicitado do agir comunicativo e o depósito cultural de convicções de uma comunidade humana, o lugar onde se movimentam os que agem comunicativamente. A sua origem é atribuída a Edmund Husserl, o qual afirmava que o mundo da vida era o mundo no qual vivemos desde sempre e que fornece o chão para qualquer realização cognitiva e para qualquer determinação científica (HUSSERL, 1972, p.

comum sobre algo no mundo objetivo dos fatos, no mundo social das normas de ação e no mundo subjetivo das vivências. Logo, sem o mundo vivido, esse reservatório cultural que conserva um apanhado de evidências e de convicções feito previamente pelas gerações anteriores, não há condição de se estabelecer o processo comunicativo, a ação intersubjetivamente partilhada (HERRERO, 1986, p. 21).

Constitutivos do mundo da vida são a linguagem e a cultura, pois ambos constituem os elementos necessários para que os sujeitos da comunicação se entendam sobre algo (OLIVEIRA, 1996, p. 335). Enquanto horizonte, o mundo da vida não é propriamente tema do entendimento, mas o ambiente possibilitador, que garante aos sujeitos convicções de fundo a partir das quais se forma o contexto dos processos de entendimento.

Na sociedade atual, o mundo da vida corre o risco de ser colonizado pelos sistemas, principalmente o da economia e o da administração, o que acarreta uma corrosão dos âmbitos de ação estruturados em termos comunicativos (PINZANI, 2009, p. 98). Entretanto, tal fenômeno é inevitável na sociedade moderna, uma vez que consiste na consequência de processos de racionalização ligados à modernização capitalista.

Como um todo, o mundo da vida só alcança o campo de visão no momento em que se posiciona "[...] às costas do ator e entendemos o agir comunicativo como elemento de um processo circular no qual o agente não aparece mais como iniciador, mas como produto de tradições nas quais ele está inserido [...]", de grupos aos quais ele pertence; do processo que ele está submetido (HABERMAS, 2002b, p. 95).

Portanto, toda ação linguística é necessariamente uma ação orientada ao entendimento, logo, aquele que atua através da fala não pode subtrair-se dos pressupostos da comunicação. Nesse ínterim, somente mediante a linguagem é possível a atuação conjunta entre sujeitos diversos.

Desse modo, observa-se que o ponto chave da ação comunicativa é o consenso, afinal, a comunicação linguística só tem sentido e razão de ser enquanto orientada no entendimento com o outro, o que faz com que aquele que se comunica fique atrelado às condições de racionalidade imanentes à ação

comunicativa. Ao ligar o falante à sua fala, a linguagem evidencia seus componentes normativos, que podem ser utilizados na solução de litígios.

### 3.7 A CARACTERIZAÇÃO DE UMA BASE DEMOCRÁTICA NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

A partir da perspectiva exposta, a comunicação apresenta-se como processo de criação conjunta de significados, processos em que se constroem práticas, relações, identidades e outras realidades sociais. Essa guinada da linguagem para a racionalidade construtiva do diálogo transforma não só as relações cotidianas, mas as maneiras de enxergar a resolução de conflitos.

Ademais, a comunicação se consolida em um meio de interação permanente, não por intermédio de transmissões intermitentes de mensagens (SCHNITMAN, 2013, p. 24), mas é notada como uma ação, seja ela verbal ou não verbal, que pode se dirigir para múltiplas direções, contribuindo para um processo co-evolutivo de crescimento e transformação.

Nesse viés, o entendimento é considerado um processo de unificação entre sujeitos aptos a falar e agir. Com efeito, o comum acordo não pode ser induzido por mera influência externa, mas necessita ser aceito pelos participantes como válido.

Dessa forma, ele se distingue de uma concordância que subsista de maneira puramente fática. Processos de entendimento visam a um comum acordo que satisfaça as condições de um assentimento racionalmente motivado quanto ao conteúdo de uma exteriorização. De fato, o comum acordo desejado pela via comunicativa tem um fundamento racional, pois nenhuma das partes pode impô-lo, nem de modo instrumental, pela intervenção imediata na situação da ação, nem pelo modo estratégico, por meio de uma pressão calculista sobre as convicções do oponente (HABERMAS, 2016a, p. 498).

Em um panorama geral, de acordo com os variados conceitos de democracia, apresentados no primeiro capítulo, acredita-se que é imprescindível para caracterização de um processo democrático a presença de soberania popular, ampla proteção jurídica do indivíduo e legalidade de atuação, ou seja, uma submissão dos Poderes à mensagem comunicada pelo povo.

De fato, ao resolverem os conflitos por meio de uma solução consensuada, as partes constroem a decisão, logo, há uma soberania da vontade das partes. O comum acordo necessariamente se baseia em convicções partilhadas pelos envolvidos. E é justamente nessa característica que se assenta a base democrática, uma vez que o acordo produzido pelas partes irá se apoiar na vontade comum formada comunicativamente mediante esclarecimento dado pelo discurso.

Uma argumentação será eficaz se conseguir evitar que o receptor efetue associações contrárias às afirmações ou opiniões do emissor. Persuadir é induzir relações associativas, uma vez que o processo persuasivo pode ser caracterizado como um “[...] manejo induzido dos campos associativos dos signos e expressões de uma linguagem” (WARAT, 1994, p. 145).

Outrossim, ao acordar, as partes resguardam seus direitos individuais, pois o consenso só pode ser alcançado através da interação entre as partes e do estabelecimento de compromissos aceitos pelas partes.

Sob este ponto de vista, a democracia aparece como a forma política mediante a qual a sociedade chega à consciência mais pura de si mesma. Um povo é tanto mais democrático quanto mais a meditação, a reflexão e o espírito crítico desempenharem uma tarefa importante nos negócios públicos (HABERMAS, 2016b, p. 150).

Isso significa que as sociedades que resolvem seus dilemas mediante o consenso assumem cada vez mais as características da democracia. Nesse sentido, pode-se concluir que a teoria da ação comunicativa se apresenta favorável à democracia na sociedade atual e plenamente aplicável a este modelo de Estado.

## **4 A UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO**

No segundo capítulo, buscou-se contextualizar a democracia, mediante a explanação do seu surgimento, do seu desenvolvimento perante as diversas feições do Estado, bem como expor os dilemas e aporias enfrentados pela mesma na atualidade.

Após, no terceiro capítulo, no intuito de fixar o arcabouço teórico do presente trabalho, foi exposta a teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, a qual é resumida na ação dirigida para o consenso. Assim, através do processo comunicacional, se observa a relevância dada pela teoria à intersubjetividade, à linguagem e à participação dos envolvidos.

De fato, a participação popular evidencia a democracia. Nesse diapasão, no último capítulo, explanar-se-á acerca dos métodos consensuais de resolução de conflitos, sob o prisma de instrumentos de democratização de uma sociedade.

Outrossim, o componente inovador resta caracterizado pelas cominações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil (CPC), Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2016, e a Lei de Mediação, Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.

Apesar de tão importante para o incentivo na utilização de métodos alternativos, faz-se a seguinte pergunta: todo o problema relatado acerca do dilema da democracia será resolvido apenas através de leis que garantam uma maior participação das partes na resolução de seus litígios? Buscar-se-á desenvolver nas próximas páginas uma hipótese para essa e outras questões.

### **4.1 A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS: DOS PRIMÓRDIOS ATÉ A JURISDIÇÃO**

Atualmente, almeja-se encontrar solução para os problemas da sociedade por meio de procedimentos simples, que tenham custo e tempo reduzido, bem como se apresentem da melhor maneira de alcançar o acesso à justiça.

Desde o princípio, o homem busca formas de redimir seus conflitos, pois "a paz é uma necessidade intrínseca para a sobrevivência do ser humano equilibrado e de uma sociedade pacificada" (CACHAPUZ, 2011, p. 14).

Nas fases primitivas da civilização, não havia um Estado capaz de solucionar os conflitos sociais, logo, quem tivesse sua pretensão resistida haveria de, com sua própria força, tratar de conseguir a satisfação do seu direito. A esse regime chama-se autotutela, o qual era precário, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte sobre o mais fraco (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 27).

Aos poucos, os diversos grupos sociais tiveram que buscar outras formas de solucionar os litígios provenientes de uma vida em sociedade. Em determinado momento da história, surgiu a ideia de justiça e a prática do acesso aos órgãos encarregados de aplicá-las. Uma das primeiras normas escritas da humanidade, o Código de Hamurabi contém as primeiras indicações de acesso à justiça, uma vez que, teoricamente, impedia a opressão dos mais fracos (OLIVEIRA, 2010, p. 43).

Ao longo da Antiguidade, a justiça fora confiada aos sacerdotes, cujo poder era originado em fontes divinas - o conceito de justiça era atrelado à divindade -, e suas decisões não eram questionadas, como eram a "Thêmis" da mitologia grega, a "Maat" da mitologia egípcia, a "Justitia" romana (BAPTISTA, 2011, p. 21) e Moisés para os judeus. Posteriormente, este papel passou a ser exercido pelos mais velhos do grupo, os anciãos.

No final do século III d.C., os juristas romanos passaram a admitir o Direito como uma norma ordenadora da conduta humana e formularam a possibilidade de uma ciência jurídica como ordem normativa, tornando Justiça e Direito elementos inseparáveis (REALEZ, 1994, p. 508).

Ademais, se observa em Roma a origem de uma Justiça oficial ou de uma função estatal que posteriormente seria denominada pela Ciência Jurídica de Jurisdição, função que tem como objetivo a composição dos conflitos e/ou a proteção dos interesses (TEIXEIRA, 1999, p. 22).

À medida que o Estado foi se afirmando e se impondo aos particulares, nasceu sua tendência de absorver o poder de ditar as soluções dos conflitos, por intermédio da jurisdição. Nesse viés, jurisdição pode ser conceituada como "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares

dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 131).

Esse modelo de justiça, com todas as mudanças que ocorreram em quase 1.700 anos de evolução, permanece nos séculos seguintes, de modo a predominar até nos dias atuais como a forma de solucionar as demandas da sociedade. Das modificações, a mais importante é a que ocorreu após as Revoluções Liberais (final do século XVIII), ocorridas em todo ocidente, a luta por um ideal de igualdade.

Desse ideal revolucionário surge o Estado de Direito, onde a lei tem caráter geral e o princípio básico é o de que todos são iguais perante a lei (CAPPELLETTI, 1994, p. 96). Porém, nos estados liberais, o direito ao acesso à proteção judicial significava apenas o direito formal do indivíduo. O Estado, portanto, permanecia passivo com relação aos problemas que eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia essencialmente que o Estado não permitisse que eles fossem violados por outros (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 4).

Assim, o acesso à justiça seria um mero exercício do direito de ação, considerando que o Estado não se preocupava se a pessoa não tinha condições de chegar até ele para exigir a prestação jurisdicional. A igualdade era apenas formal, não material. Lentamente, surgia o Estado interventivo, cada vez mais envolvido com o financiamento e administração de políticas sociais (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1999, p. 403).

Outrossim, o Estado de bem-estar não é definido somente pela intervenção direta da Administração Pública na melhoria do nível de vida da população, mas se firma no instante que os direitos sociais passam a ser requeridos não como caridade, mas como direito político (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1999, p. 416).

Nesse momento, iniciou-se a distinção entre a igualdade formal e material, para garantir a igualdade, mediante a concretização de direitos sociais e a tutela dos mais fracos. Esta preocupação refletiu em inúmeras Cartas de Estado do século XX, como se vê

As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como "direito de acesso à justiça", tornando-se objeto da preocupação dos mais modernos sistemas jurídicos do século passado (MARINONI, 2008, p. 185).

Porém, a consagração de novos direitos e de novos atores fez com que o conflito social fosse transferido da área política para a esfera judicial, campo legítimo para responder às demandas sociais. Assim, ao mesmo tempo que houve a formalização de direitos sociais, foi verificada a incapacidade da estrutura judiciária, por problemas de natureza organizacional, em responder a esse contingente litigioso. Evidencia-se, portanto, os problemas advindos da crise teórica do modelo liberal de Jurisdição.

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. Diante dessa explanação concisa, 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).

Nos dizeres de Silva (1999, p. 12)

o acesso à Justiça não se resume na mera faculdade de recorrer ao Poder Judiciário, desse mesmo dispositivo emana o princípio da proteção judiciária, mais rico de conteúdo valorativo, porque constitui a principal garantia dos direitos subjetivos.

Nesse diapasão, indubitavelmente, uma premissa básica da justiça social, tal como almejada pela sociedade, é o acesso efetivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 3). 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.

No âmbito nacional, Kazuo Watanabe foi um dos primeiros a alargar o conceito de justiça. Para o autor, 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).

Assim, o direito fundamental ao acesso à justiça significa o direito à ordem jurídica justa. Logo, o acesso à justiça não se limita à mera admissão ao processo ou possibilidade de pleito em juízo. Outrossim, a expressão "acesso à justiça" deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange:

i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos (CAMBI, 2007, p. 25).

Desse modo, verifica-se que muitos são os desafios a serem enfrentados na concretização do acesso à justiça, princípio este que garante a efetividade aos direitos reconhecidos e constitucionalizados.

Todavia, constata-se que a incapacidade do Estado em atender a multiplicação de demandas e de suprir as necessidades populares (MUNIZ, 2006, p. 244), tem levado as partes a buscarem meios que lhe garantam a paz duradoura.

Nesse sentido, os meios alternativos de resolução de conflitos – chamam-se alternativos porque oferecem uma opção à forma adjudicada, tradicionalmente acionada em caso de conflito - se apresentam como um caminho indispensável a ser percorrido pelas partes e até mesmo pelo Poder Judiciário, que deve sim incentivá-lo.

Nesse diapasão, Kazuo Watanabe expressa (2004, p. 50)

“[...] é muito mais importante a atuação do juiz, do profissional do Direito na pacificação da sociedade do que na solução do conflito. É mais relevante para o juiz um acordo amigável, mediante uma conciliação das partes, do que uma sentença brilhante proferida e que venha a ser confirmada pelos tribunais superiores. Os tribunais superiores precisam começar a aferir o mérito do juiz por uma atitude diferente diante de sua função judicante, que não consiste apenas em proferir sentença, dizendo qual a forma correta, se é preto ou branco, se é certo ou errado, solucionando apenas o conflito e não trabalhando para a pacificação da sociedade. É importante haver uma mudança de mentalidade dos profissionais do direito e da própria sociedade.”

Nota-se a importância de construir uma cultura da paz, onde as alterações que conferem efetividade no acesso à justiça e uma democratização na tomada de decisões não ocorram apenas na legislação, mas no modo de pensar, na cultura social.

Adiante, explanar-se-á sobre o contexto histórico de surgimento e propagação dos métodos consensuais de resolução de conflitos no Brasil, bem como sua participação no ordenamento jurídico.

#### 4.2 O AFLORAR DOS MÉTODOS CONSENSUAIS NO BRASIL

O incentivo aos métodos consensuais, no Brasil, está estritamente relacionado com a evolução do direito de acesso à justiça, que, por sinal, foi bastante vagarosa. Do descobrimento até o século XVII nada de relevante aconteceu em relação a esse direito.

No período das capitanias, a administração da justiça era incumbência do donatário da capitania. O primeiro avanço na área do acesso à justiça, apesar de ser muito tímido, ocorreu no período do governo-geral, após o fracasso das capitanias, com a formação de uma Justiça Colonial (WOLKMER, 2007, p. 72).

A primeira autoridade dessa Justiça Colonial foi o cargo de ouvidor, que com o governo de Tomé de Souza se tornou ouvidor-geral, aumentando os poderes e independência do cargo. Na verdade, a organização judiciária reproduzia a estrutura portuguesa: havia uma primeira instância, formada por juízes singulares (ouvidores), juízes ordinários e juízes especiais (WOLKMER, 2007, p. 74). Já a segunda instância era composta pelos tribunais colegiados, os chamados Tribunais de Relação, e a terceira e última instância era o Tribunal de Justiça Superior. De acordo com o autor, no Brasil colonial, a justiça atuou como “instrumento de dominação social” (WOLKMER, 2007, p. 84).

De fato, nesse período, havia uma ineficiência muito grande ao tentar proteger seus direitos, pois a classe dominante não demonstrava interesse em conceder aos jurisdicionados a justiça

A época da colonização, não interessava, definitivamente à Metrópole que seus jurisdicionados tivessem justiça que lhes protegesse os interesses [...] O mesmo sentimento prolongou-se após o ato de 1822, chamado com muita boa vontade de independência [...] A república pouco inovou, tendo sido proclamada de cima para baixo, totalmente a revelia dos sentimentos populares, por classes de grandes senhores 'quase feudais' [...] É opção do sistema, que vê nisso forma de manutenção do *status quo*. Justiça inoperante, mesmo que, para isso, paguem até seus próprios protegidos. O processo judicial é formalista, caro lento e ineficaz (FIÚZA, 1995, p. 36-37).

Seguindo esse período, a Constituição de 1824, outorgada e formal, confrontava com o poder concreto e ativista do monarca

À sombra desse poder pessoal, que ignorava os cânones expressos do texto básico, medrou a originalíssima realidade de um parlamentarismo consentido, fora dos moldes constitucionais, criação do fato político, refratário a teorizações abstratas. O período constitucional do Império é portanto aquela quadra de nossa história em que o poder mais se apartou talvez da Constituição formal, e em que essa logrou o mais baixo grau de eficácia e presença na consciência de quantos, dirigindo a vida pública, guiavam o País para a solução das questões nacionais da época (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 15)

Outorgada por Dom Pedro I, tal carta nada dispôs explicitamente acerca do direito ao acesso à justiça ou dos demais direitos e garantias constitucionais. Porém, havia uma forma de prestação judicial, representada pelo Poder Judiciário, a qual trazia no seu título sexto, capítulo único, a estrutura do Poder Judicial, demonstrando ser tal poder independente e composto por juízes e jurados, cíveis e criminais:

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

[...]

Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.

Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórmula da Lei. (BRASIL, 1824).

De igual maneira, a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891) não mencionou explicitamente o princípio do acesso à justiça. Contudo, positivou a clássica estrutura tripartida de repartição de poderes com Legislativo, Executivo e

Judiciário. O Judiciário foi estabelecido baseado no sistema dualista, com a criação da estrutura federal.

Embasada no Estado Liberal, derivado do constitucionalismo da Revolução Francesa, trazia esperança “[...] de uma ordem política mais estável, com base num sistema social assentado sobre a legitimidade dos poderes e de modo algum sujeito às surpresas e variações do arbítrio constituinte das ditaduras” (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 240).

A Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) também não mencionou o direito de acesso à justiça, mas é de muita relevância para a esfera dos direitos sociais, principalmente na área trabalhista. Ademais, foi a primeira Constituição a prever a gratuidade de justiça que, inegavelmente, é um dos meios legais que consagram o acesso à justiça. Segundo Francisco das Chagas Lima Filho (2003, p. 136),

[...] a Constituição de 1934 cria a ação popular e a assistência judiciária para os necessitados com isenção de custas, emolumentos, taxas e prevê a obrigação dos Estados e da União de criarem órgãos especiais para tal fim. Todavia, somente com a edição da Lei 1060, de 5 de fevereiro de 1950 - até hoje em vigor com algumas modificações – é que os Estados interessaram-se pela criação dos órgãos especiais destinados à prestação da assistência judiciária aos necessitados.

O acesso à justiça foi incluído pela primeira vez de forma explícita no texto constitucional em 1946 (BRASIL, 1946), no § 4º do artigo 141:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

O texto constitucional de 1946 (BRASIL, 1946) trouxe novamente a independência e a divisão dos poderes (legislativo, executivo e judiciário) e resgatou os direitos sociais, o que fora prejudicado pela Constituição Polaca de 1937 (BRASIL, 1937). Tal Carta foi elaborada com intuito liberal e almejou a ampliação de direitos,

a Constituição de 1946 amplia de modo ainda mais direto a cidadania, ao abolir os instrumentos que cerceavam as liberdades dos cidadãos no Estado Novo e ao ampliar seus direitos [...] Assim, aliando uma preocupação democrática à inspiração liberal, essa Constituição restitui aos cidadãos as liberdades civis políticas fundamentais, preservando ao mesmo tempo a conquista de alguns direitos estabelecidos no período anterior (QUIRINO; MONTES, 1987, p. 62).

Diante da leitura do texto constitucional de 1946, o qual manteve a previsão da Justiça de Paz, sem, contudo, torná-la obrigatória, o Código de 1939 excluiu a oportunidade de audiência de conciliação, fazendo constar exclusivamente a previsão da audiência de instrução.

No âmbito das demandas cíveis, a conciliação judicial retornou gradualmente ao sistema. A Lei n.º 968, de 10 de dezembro de 1949, permitiu, na fase preliminar, a tentativa de conciliação ou acordo nas causas de desquite religioso ou de alimentos, inclusive provisionais. Em 1968, nasce a Lei de Alimentos, com flagrante incentivo à conciliação (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016, p. 266).

A Constituição de 1967 (BRASIL, 1967), com texto idêntico ao de 1946, estabelecida a garantia do acesso à justiça, no art. 150, § 4º. Quando se acreditou que haveria progresso aos direitos no país, houve a decretação do Ato Institucional n.º 5 (BRASIL, 1968), um documento totalmente ditatorial, que suprimiu o direito de ação de todas as lides que fossem contrárias às disposições contidas no Ato.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969), editada após o golpe militar, serviu para incorporar o AI-5 na Carta Magna. Ela manteve o dispositivo da Constituição de 1967, porém, como o AI-5, excluiu da apreciação judicial alguns atos e resoluções praticados pelo Governo Militar.

O grande passo, porém, chegou em 1973, com o Código de Processo Civil, sob as inspirações de Alfredo Buzaid. Originalmente ainda de forma tímida, mas com sinais de esforço em busca de uma solução de forma adequada. A redação do artigo 125, que em seu inciso IV, determinava ao juiz tentar a conciliação a qualquer tempo foi inserida somente em 1994, por meio da Lei n.º 8.952.

A audiência preliminar foi introduzida no sistema processual após inúmeros ajustes, tendo o código consignado que a tentativa de conciliação poderia ocorrer antes do início da fase probatória.

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 (SILVA, 1999, p. 13).

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).

De acordo com os ensinamentos de Enrico Tullio 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.

Além disso, nota-se que houve a supressão do termo "individual", o que se deu, principalmente, em razão da necessidade de se deixar para trás a visão individualista dos direitos, refletidas nas "declarações de direitos"<sup>9</sup>, típicas do século XVIII e XIX, e, como já dito, buscar meios para concretizar os direitos sociais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 04).

---

<sup>9</sup> Um exemplo é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual afirma no artigo 10 que "toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

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.

Quanto ao direito de ação,

[...] tradicionalmente conhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais (GRINOVER, 2009, p. 87).

Segundo Ada Pelegrini 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.

Observa-se que a participação das partes é essencial não apenas para a concretização do método mais adequado à resolução do conflito, mas também para o aprimoramento do sistema de formas alternativas de resolução de conflitos e incentivo da utilização dos mesmos. Nesse sentido, é o entendimento da autora (CRESPO, 2012, p. 44)

Além disso, para otimizar sistemas de resolução de conflitos, será necessária a suplementação dos processos democráticos representativos, através de um estágio preliminar de consultas, por meio de um método como a construção de consenso, levando em conta a maneira pela qual as partes envolvidas formulam as questões e articulam suas diferentes perspectivas. Adicionalmente, esse processo deverá encorajar as partes envolvidas a participarem na criação e avaliação de opções, assim como no desenvolvimento de estratégias para implementação. Isso acrescenta um passo a mais ao processo legislativo existente na região, de forma a produzir mais decisões legislativas sustentáveis.

Assim, verifica-se que a construção de um sistema que ofereça diversas possibilidades para melhor resolver o litígio depende da participação popular; o povo não pode se furtar de seu papel na sociedade que deseja.

#### 4.3 A IDEOLOGIA CONSENSUAL PRESENTE NAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

Desde a Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, instituiu-se, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos

jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição. De fato, compreende-se que a forma negocial de resolução de conflitos não é apenas um método eficaz e econômico de se atingir o objetivo almejado, mas trata-se de um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações.

Com efeito, "o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder - no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático" (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 271).

O sistema do direito processual civil brasileiro é estruturado no intuito de estimular a autocomposição. Prova disso é a dicção do artigo 3º, §§2º e 3º, do Código de Processo Civil, que confere à promoção da administração consensual de controvérsias o *status* de norma fundamental.

E esse incentivo das soluções negociais permeia até mesmo o âmbito do Poder Executivo, mediante a criação de regras que permitem a autocomposição na esfera administrativa, como é o exemplo da possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais e a instalação de câmaras administrativas de conciliação, viáveis a partir da publicação da Lei de Mediação - Lei n.º 13.140/2015.

Alguns autores cogitam a existência de um princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos, trata-se do princípio do estímulo da solução por autocomposição (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 272).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça vem desempenhando um papel relevante como gestor dessa política pública, no âmbito do Poder Judiciário. Um exemplo de sua atuação é a Resolução supra referida, que foi o instrumento normativo mais importante sobre a mediação e a conciliação até a edição do CPC.

A Resolução 125/2010, além de instituir a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos, estabeleceu inúmeras atribuições, das quais cita-se: a incumbência dos órgãos judiciários de oferecer às partes métodos consensuais, antes da solução adjudicada através da sentença; a competência do Conselho Nacional de Justiça de organizar um programa de incentivo à autocomposição e à pacificação social por intermédio da conciliação e mediação; o dever dos Tribunais de criarem Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de

Resolução de Conflitos, os quais serão responsáveis por disseminar e implementar políticas públicas voltadas para a autocomposição e pacificação social entre outras atividades, bem como instituir Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pela realização das audiências de conciliação e mediação.

Inegavelmente, o CPC ratificou e reforçou essa tendência, sendo estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Já no artigo 1º, o Código de Processo Civil consigna que todos os institutos processuais devem ser analisados de acordo com a Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais nelas consagrados.

O autor Flávio Tartuce estabelece um paralelo entre o que ocorreu com o Direito Civil e o Direito Constitucional e o momento atual, onde surge um Direito Processual Civil Constitucional (2016, p. 14). Para ele, a repersonalização do Direito Civil ocorreu, principalmente, em razão da superação da dicotomia direito público e direito privado, o que fez surgir uma interação entre Direito Civil e o Direito Constitucional, culminando na expressão Direito Civil Constitucional (TARTUCE, 2016, p. 13).

De fato, o artigo 1º do CPC retrata a constitucionalização do direito processual contemporâneo e tem notório propósito pedagógico, conclamando o seu aplicador a interpretá-lo sempre a partir das origens constitucionais.

O direito constitucional é a janela pela qual se deve olhar para o Direito. Mais que isso: deve ser um modo de olhar e desejar o mundo, em busca das promessas de dignidade humana, poder limitado, direitos fundamentais, solidariedade e, quem sabe, até felicidade (BARROSO, 2005).

Assim, as normas fundamentais, elencadas pelo legislador infraconstitucional, constituem as linhas mestras do Código, uma vez que são eixos normativos a partir dos quais deve ser realizado o processo hermenêutico. Outrossim, as normas fundamentais do processo civil, obviamente, estão na Constituição e traduzem o direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Realmente, a abertura de uma lei processual pelas normas fundamentais constitui uma tendência que é inspirada no direito comparado desde a segunda metade dos novecentos - exemplo é o Código Francês que principia enunciando as principais direções do processo, bem como a legislação inglesa que

começa pela exposição do seu *overriding* objetivo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 165).

Essa maior visibilidade outorgada a determinados direitos fundamentais processuais em detrimento de outros, evidencia a presença de compromissos fundamentais do legislador. Com efeito, o processo civil é estruturado a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo, o que significa dizer que o legislador infraconstitucional tem o dever de delinear-lo através do seu conteúdo.

Em outras palavras, o processo civil é construído e disciplinado de acordo com a Constituição, sendo o Código de Processo Civil uma tentativa do legislador de adimplir com o seu dever de concretizar a ordem jurídica justa (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 165).

Nesse intuito, o §2º do artigo 3º, estabelece o dever do Estado de promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo.

Nessa lógica, os métodos consensuais ganharam mais destaque no ordenamento jurídico, principalmente, pela aprovação do Código de Processo Civil (CPC), Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, 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 novo 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).

Além disso, constitui a manifestação de uma tendência mundial de permitir que o procedimento comum seja substituído pelos meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial uma espécie de *ultima ratio* para a composição dos litígios (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 214).

Assim, apesar de consignar expressamente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, isto é, o princípio que assegura o amplo e universal acesso ao Judiciário, o CPC reconhece que isso é compatível com a utilização da arbitragem (artigo 3º, §1º), bem como com a busca da solução consensual dos

conflitos (art. 3º, §2º). Tal ideal colabora, significativamente, para um maior grau de satisfação das partes e maior celeridade na distribuição da justiça.

É que a solução consensual, muitas vezes, é mais adequada do que a decisão adjudicada, uma imposição jurisdicional, ainda que esta seja construída democraticamente por meio de um procedimento em contraditório, com a efetiva participação dos interessados (CÂMARA, 2016, p. 7).

O antigo Código de Processo Civil previa a conciliação, porém, a mesma não passava de uma formalidade a ser superada no primeiro momento em que as partes se encontravam. Todavia, na maioria dos casos, o ato denominado de audiência de conciliação era resumido em uma pergunta: "há acordo entre as partes?". Havia pouco ou nenhum incentivo por parte do Poder Judiciário em uma política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos.

Uma das novidades da norma processual em termos procedimentais está na previsão de uma audiência de conciliação ou de mediação antes da apresentação da defesa pelo demandado. Trata-se de previsão que tem como objetivo estimular a solução consensual dos litígios, concedendo à autonomia privada um espaço de maior destaque no procedimento.

A audiência será conduzida por facilitadores, sejam eles mediadores ou conciliadores, os quais atuarão observando o disposto no artigo 165, §2º, do Código de Processo Civil, bem como as disposições da lei de organização judiciária. Desde que necessárias para a composição do litígio, poderão haver mais de uma sessão de conciliação ou mediação, não excedentes a dois meses da primeira.

A audiência não será realizada apenas se ambas as partes manifestarem, de maneira expressa, desinteresse na composição consensual ou quando a questão não admitir autocomposição. Para tanto, o autor deve manifestar desinteresse na petição inicial e o réu no prazo de até 10 (dez) dias de antecedência da audiência.

Nota-se, dessa forma, que não basta, para obstaculizar o acordo, o desinteresse de uma das partes, o que representa uma interpretação favorável à autocomposição, que constitui a diretriz interpretativa proferida pelo legislador, conforme o art. 3º, §2º, do Código de Processo Civil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 215).

Ademais, o não comparecimento injustificado de uma das partes é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de

até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Realmente, o novo CPC trata das normas relativas à audiência de conciliação e mediação, abordada especialmente nos artigos 165 a 175 e no artigo 334, de maneira mais ampla do que a referência feita pelo CPC/73 (art. 125, inciso IV) ao dever do juiz de tentar, a qualquer tempo, a conciliação das partes (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 192).

Para dar efetividade na implantação de espaços aptos a explorarem os métodos consensuais, o artigo 165 consignou a responsabilidade dos Tribunais de criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, os chamados "CEJUSC", o que já vem acontecendo em todo Brasil. Além disso, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também devem instituir câmaras de mediação e conciliação para promoção de soluções no âmbito administrativo (art. 174).

De fato, há um prestígio à autocomposição nas normas mencionadas, o que confirma, além da possibilidade de transacionar em Câmaras particulares, a criação de uma estrutura própria dentro do Poder Judiciário para oferecimento às partes da mediação e da conciliação.

O Código determinou os princípios que regem os métodos consensuais (art. 166), tratou de delimitar o papel do conciliador e do mediador (§§ 2º e 3º do artigo 165), consignou a necessidade de inscrição dos mediadores e conciliadores (art. 167), previu remuneração dos facilitadores (art. 169), entre outros.

Assim, a conciliação e a mediação são orientadas por uma série de princípios, entre eles a independência, a imparcialidade, o autorregramento da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada, que estão descritos no artigo 166 do Código de Processo Civil.

Apesar do princípio da busca do consenso constar expressamente apenas na Lei de Mediação, trata-se da própria razão da atividade de mediação e conciliação, sendo a direção para onde todos os esforços devem apontar.

Após o CPC, a Lei de Mediação, Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, corroborou para a disseminação da solução de forma consensuada. Para tanto, elencou os princípios informativos do procedimento, estabeleceu o modo de nomeação e os requisitos para atuar como mediador e consignou todo o

procedimento judicial e extrajudicial, inclusive quando o conflito envolver pessoa jurídica de direito público.

Resta saber se a valorização dos instrumentos consensuais resultará na tão esperada pacificação social, por meio da garantia de um acesso à justiça eficaz na resolução da crise que afronta o Poder Judiciário.

Na época da implementação da Resolução 125, Kazuo Watanabe fez uma consideração pertinente para o momento atual:

certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviço do nosso Judiciário, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. A consequência será a recuperação do prestígio e respeito do nosso Judiciário (WATANABE, 2011, p. 9)

O que se espera da utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos é que venham contribuir para o desafogamento do Poder Judiciário, a fim de garantir aos jurisdicionados o que já está no papel, mas não no mundo real, o acesso à ordem jurídica justa.

#### 4.4 CRÍTICA: A CONSTRUÇÃO DE UM TRIBUNAL MULTIPORTAS MEDIANTE UMA REVOLUÇÃO PROCESSUAL

Como já dito, a terceira onda renovatória do direito processual civil consignou que a oferta de alternativas para a resolução de contendas está incluída no objetivo maior de garantir o acesso à justiça, o que nunca foi exclusividade do Poder Judiciário. Desse modo, na diversidade de opções, entre as maneiras autocompositivas e heterocompositivas, sob a forma consensual ou adjudicada, os interessados deverão buscar o método mais adequado para solucionar o conflito que se apresenta.

Nesse ínterim, o Estado passa a incentivar e oferecer à sociedade ferramentas para um encerramento amistoso do litígio, com a implantação do

chamado Tribunal Multiportas<sup>10</sup>, através da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse sentido, até mesmo com exagero normativo, o Diploma de 2015, ao lado do Marco Legal da Mediação no Brasil, confirma a importante presença da mediação e da conciliação.

O Tribunal Multiportas, um método multifacetado de resolução de conflitos, se apoia em modelos inclusivos de resolução de problemas que utilizam técnicas que envolvem o conhecimento adquirido pela integração social e de construção de consenso, ou seja, processos que valorizam a opinião de todas as partes envolvidas (SANDER; CRESPO, 2012, p. 26).

O autor do conceito explica que a ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação, forma adjudicada; observar cada um dos processos e que portas seriam adequadas para quais conflitos (SANDER; CRESPO, 2012, p. 32).

Analisando essa proposta, observa-se que o autor trata o tribunal como o local onde os conflitos se encontram e, por essa razão, os juízes precisam direcioná-los para outras portas. Porém, cumpre esclarecer que o tribunal também é uma porta, malgrado seja a mais utilizada.

De fato, o conflito existe e sempre existirá, pois é inerente ao ser humano. Todavia, cabe a análise contemporânea de como superar as divergências da maneira mais apropriada, no intuito de se obter os melhores resultados na pacificação social.

A autora Mariana Hernandez Crespo desaprova a forma como a América Latina se apropriou de métodos alternativos de resolução de conflitos oriundos dos Estados Unidos. Afirma que, “Embora a maioria das constituições da América Latina assegure a proteção dos direitos dos cidadãos, e mais especificamente o direito de acesso à justiça, esses direitos de uma forma geral constituem, na realidade, apenas uma aspiração, já que os mecanismos de implementação são frágeis” (CRESPO, 2012, p. 41).

Realmente, muitos dos direitos concedidos aos cidadãos não

---

<sup>10</sup> O termo foi criado pelo professor de direito de Harvard Frank E. A. Sander. O Tribunal Multiportas “[...] é uma instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes” (SANDER; CRESPO, 2012, p. 26).

encontram concretização na dinâmica social, ou seja, são muito bonitos, justos, mas não saem do papel, não passam de promessas de difícil realização.

Segundo a autora, a América Latina precisa de métodos alternativos próprios, que atuem de forma verdadeiramente alternativa

A questão requer uma solução sistêmica que leve em consideração o inteiro sistema de resolução de conflitos no seu próprio contexto cultural e que permita um entendimento de como as partes interagem. Uma abordagem sistêmica deve iniciar-se com uma perspectiva inclusiva que reconheça e inclua todas as partes envolvidas na tarefa de otimizar a resolução de conflitos. Com o termo “otimizar” quero dizer que cada disputa seria orientada para o fórum mais apropriado àquela controvérsia (CRESPO, 2012, p. 42-44).

Tais alternativas possibilitam a transformação da denominada "cultura de litígio" em "cultura de diálogo", na medida em que estimulam a resolução dos problemas pelas próprias partes. Os envolvidos passam a se enxergar como responsáveis não só pelo problemas, mas também pela solução.

Afinal, “[...] o centro da gravidade do desenvolvimento do direito não se encontra na legislação, nem na ciência jurídica, mas sim na própria sociedade” (BARRETO, 1955, p. 71). Logo, as alterações devem primeiro ocorrer no meio onde os conflitos se desenvolvem. Não basta uma revolução legal, pois cabe ao direito acompanhar a evolução social.

Porém, o que intriga é que os métodos consensuais, apesar de incentivados pelo ordenamento jurídico, não foram integrados à cultura. Assim, para que sejam utilizados de forma ampla pelas partes, como uma forma de acesso à justiça e pacificação social, tais métodos precisam ser trabalhados muito além de uma implantação no sistema jurídico, mas mediante uma assimilação social provocada por uma mudança de mentalidade, a metanóia.

Nenhuma revolução puramente processual será capaz, por si só, de produzir uma modificação definitiva na estrutura jurídico-social (MOREIRA, 2000, p. 142).

Ademais, alguns autores questionam a judicialização de meios pacificadores eminentemente privados. Petrônio Calmon (2016, p. 11) classifica a mediação como uma atividade eminentemente privada, alheia ao poder público e distante do Poder Judiciário, por essa razão não tem como escopo evitar processos judiciais, nem contribuir para a deflação processual.

Assim como a conciliação, trata-se de meio de solução de conflito que incentiva a autocomposição. Todavia, enquanto a mediação é privada, a conciliação é própria do Poder Judiciário e da arbitragem, sendo, portanto etapa imprescindível a esses mecanismos.

Diante da classificação privada, Petrônio Calmon (2016, p. 12) indaga a necessidade de uma resolução estabelecer a mediação judicial, bem como o porquê de uma lei de mediação, afirmando que tudo isso se deve ao sistema adotado pelo direito brasileiro, que é herdeiro do direito romano, passando pelo filtro burocrático da Península Ibérica, onde o povo era muito dependente do Estado.

Não bastasse, a Europa continental chega ao século XX mantendo-se exageradamente dependente do Estado, principalmente por causa das ditaduras instauradas. Tudo isso conduziu a civilização mundial a cultura paternalista do Estado, onde as pessoas se sentem dependentes e gostam de ser dependentes, não demonstrando vontade de se desligar das amarras do soberano.

Para que as partes se libertem desse pensamento e assumam a responsabilidade de construir uma sociedade em que impere a paz social, é necessário a formação de uma cultura de paz em detrimento da cultura de conflito. Esta última possui sua estrutura ou modelo assentado no paradigma adversarial judiciário, que “[...] se baseia na aplicação coativa da legislação vigente às questões passadas e não na resolução autônoma, cooperativa e responsável dos conflitos voltada para as relações interpessoais e para a continuidade e o futuro das mesmas” (MUNIZ, 2006, p. 246).

Nesse sentido, o autor evidencia a necessidade de uma mudança na mentalidade da população

Esses aspectos cultural, histórico, social e político são, pois, a justificativa mais profunda para a tentativa de implantar uma atividade eminentemente privada em um órgão estatal, no caso, o Poder Judiciário brasileiro, cuja mentalidade ainda hoje é a mesma que imperava em Roma, em total discrepância com as reais necessidades da sociedade do século XXI (CALMON, 2016, p. 12).

Trata-se de um parecer desfavorável à forma como a mediação foi constituída no ordenamento jurídico brasileiro, sendo consequência de uma extrema necessidade do povo em ser tutelado pelo Estado.

A civilização trouxe inúmeras vantagens, mas também instaurou

uma cultura adversarial, assim, para a construção de uma sociedade harmônica, tais barreiras devem ser transpostas e alguns dogmas desmistificados.

A mudança de estrutura social e de parâmetros para a construção da cidadania passa pela transformação da sociedade e pela assimilação de novas estruturas, porém as técnicas procedimentais de solução de conflitos só poderão sobreviver se tiverem amparo no ordenamento jurídico, assim como o aumento de sua importância prática não ocorre com a afirmação de sua necessidade, mas com a existência clara de incentivos e vantagens para sua utilização (MUNIZ, 2006, p. 248).

Para tanto, verifica-se a importância de um fator tão debatido neste trabalho: o diálogo

Ensina-se paz quando se ensina a resolver a prevenir os conflitos de maneira amigável, quando se restaura o diálogo, quando se oferece possibilidades de conscientização de direitos e de responsabilidade social, quando se substitui a competição pela cooperação, o individual egoísta pelo coletivo solidário (SALES, 2004, p. 167).

Assim, evidente a importância do Estado, o gestor dos interesses da sociedade, que deve atuar de forma mais efetiva, no intuito de fomentar e implementar esse paradigma, não somente através da edição de leis ou no âmbito da configuração do Poder Judiciário, mas na construção de uma sociedade justa em todos os seus aspectos.

#### 4.5 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS PRINCIPAIS MÉTODOS CONSENSUAIS

Malgrado a mediação e a conciliação sejam os métodos consensuais mais usuais e conhecidos, existem muitos outros que podem ser listados, como é o caso da negociação, mini-trial, avaliação de terceiro neutro, dispute board, adjudicação e design de sistema de disputas e sistema administrativo de conflitos de internet.

Considerando que o presente trabalho tem como ponto inovador as disposições do Código de Processo Civil/2015, o foco não poderia ser outro, senão a análise da conciliação e da mediação.

Entretanto, a maioria dos autores afirmam que as duas técnicas costumam ser apresentadas como os principais exemplos de "solução alternativa de

controvérsia", os chamados *alternative dispute resolution*, que se contrapõem à forma tradicional de jurisdição estatal. Com efeito, esses são os aspectos que aproximam as duas técnicas que guardam sutis diferenças (DIDIER JÚNIOR, 2016, P. 274).

Cumprido esclarecer que a arbitragem, na visão da maioria dos autores que embasam este estudo, não é um método consensual, mas herocompositivo, pois um terceiro decide a lide. Neste contexto, consensual será a eleição deste instituto, e de uma série de regras a ele pertinentes, mas a resolução do conflito pelo terceiro se torna obrigatória às partes, mesmo contrariando a sua vontade ou pretensão.

Já na conciliação e na mediação a administração da controvérsia é "[...] buscada pelos próprios envolvidos, de forma consensual, ou seja, não imposta. Caminha-se pela trilha da autocomposição, no espaço da liberdade de escolha e decisão quanto à solução a ser dada ao conflito" (CAHALI, 2017, p. 45).

A presença de um terceiro, nestes casos, serve para aproximar a comunicação entre as partes, instigando a reflexão de cada qual sobre o conflito, sua origem e repercussões, para que estas, de modo livre e consciente, alcancem o reequilíbrio da relação.

Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem, mas o facilitador exerce um papel de catalisador da solução negociada do conflito. De fato, trata-se de uma nobre função que busca reestabelecer entre as partes o diálogo que, na maioria das vezes, foi dilacerado em razão do conflito.

Nesse sentido, a conciliação é definida como 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 diapasão, 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 guarda, historicamente, intimidade com o Judiciário, uma vez que desde o Código anterior havia incidência no processo, por iniciativa do próprio magistrado, na audiência marcada para esta finalidade. Porém, de uns anos para cá, essa modalidade ganha cada vez mais espaço entre profissionais independentes ou de instituições específicas na resolução do litígio de modo extrajudicial.

O conciliador, seja ele juiz ou não, permanece na superfície do conflito, sem penetrar nas relações intersubjetivas, nas questões que culminaram a discórdia, voltado a apresentar os pontos positivos de um acordo, onde cada um cede um pouco, para sair do problema. Assim, não há um envolvimento com fatores subjetivos e emocionais, pois acarretaria sair da esfera dogmática jurídica, dos limites objetivos da controvérsia (BUITONI, 2010).

Ainda sobre a atuação do conciliador, expõe Francisco José Cahali (2017, p. 46):

O conciliador intervém com o propósito de mostrar às partes as vantagens de uma composição, esclarecendo sobre os riscos de a demanda ser judicializada. Deve, porém, criar ambiente propício para serem superadas as animosidades. Como terceiro imparcial, sua tarefa é incentivar as partes a propor soluções que lhes sejam favoráveis. Mas o conciliador deve ir além para se chegar ao acordo: deve fazer propostas equilibradas e viáveis, exercendo, no limite do razoável, influência no convencimento dos interessados.

Aliás, a criatividade deve ser um dos principais atributos do conciliador, afinal, dele se espera habilidade na condução das tratativas e no oferecimento de inúmeras formas de composição equilibrada, a fim de que as partes escolham a proposta mais atraente à solução do conflito.

Normalmente, o conciliador recebe um treinamento e pode se espelhar na atividade desempenhada pelo juiz. Deve se posicionar em uma papel ativo, pois emite opiniões, aconselhamentos, propõe soluções às partes e, até mesmo, atua como intensificador da participação democrática popular, nos casos em que é escolhido entre a comunidade.

Nesse sentido, o procedimento conciliatório

[...] reduz o congestionamento dos juízos, educa a população a negociar por si própria suas disputas, aumenta a legitimidade do Poder Judiciário (pois, na maioria dos casos, a satisfação com o processo é superior à de outros procedimentos) e, por fim, intensifica a participação democrática popular naqueles casos em que o conciliador é escolhido entre a comunidade (BARBOSA, 2003, p. 253).

Esse método é mais indicado à solução de conflitos objetivos, nos quais as partes não tiveram convivência, envolvimento ou vínculo pessoal anterior ao conflito. Destarte “O conflito é circunstancial, sem perspectiva de gerar ou restabelecer uma relação continuada envolvendo as partes. Exemplos usuais de situações em que a conciliação é recomendada são: acidentes de trânsito e responsabilidade civil em geral” (CAHALI, 2017, p. 37).

Corroborando com tal afirmação o conteúdo do artigo 165, §2º, do Código de Processo Civil, o qual afirma que o "conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem" (BRASIL, 2015a).

Dentre as diferenças das duas técnicas, pode-se afirmar que, 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 Maria de Nazareth 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 Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, começa por definir mediação: "a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia" (BRASIL, 2015b). Essa definição é limitada, carecendo de complementação para melhor identificar o instituto, e se aproxima muito do conceito de conciliação, afinal, o mediador tem por escopo incentivar o diálogo e não agir objetivamente, como trata o final da frase.

Uma das principais funções do mediador é conduzir as partes ao seu empoderamento, ou seja, na conscientização dos atos que praticou e da interferência da sua conduta na vida do outro. Logo, o foco é o conflito, não a solução. Na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução (CAHALI, 2017, p. 47).

Embora a composição seja naturalmente desejada, pretende-se na mediação o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições. Por essa razão que a mediação é utilizada para situações marcadas por elementos subjetivos, como relações familiares, dissolução de empresas, relações de vizinhança, contratos de franquia entre outros. Tal conclusão resta evidenciada no §3º, do artigo 165, do Código de Processo Civil, o qual afirma que

Art. 165. [...]

§3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo reestabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Sobre o mediador, seu objetivo não é gerar relações calorosas ou aconchegantes, mas encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica, na qual os indivíduos possam falar e ouvir a parte contrária sem cunhá-lo apenas como rival (SPENGLER, 2012, p. 165).

Desse modo, cumpre ao mediador reestabelecer o diálogo entre as partes, a fim de que juntas encontrem uma solução viável. Havendo um acordo, será um resultado atingido pelas partes e não simplesmente um mérito do mediador.

Além da mediação tradicional, a Resolução n.º 125/2010, após a emenda ocorrida em 2013, instituiu a possibilidade de os Núcleos incentivarem programas de mediação comunitária, concedendo a oportunidade de participação do titular da ação em todos os atos. De fato, a mediação comunitária aparece como meio de tratamento de conflitos e como possível resposta à incapacidade estatal de oferecer uma jurisdição quantitativa e qualitativamente adequada. Trata-se de uma arte, a arte do compartilhar, destinada a criar/reatar/fortalecer laços, restabelecendo a comunicação, tratando e prevenindo o conflito (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016, p. 130).

Quando se fala em um meio compartilhado de administrar e resolver as controvérsias, a mediação aparece como o meio mais plausível. Nesse viés, cabe ao mediador comunitário a tarefa de fomentar na comunidade sentimentos de inclusão social por meio da possibilidade de solução dos conflitos por ela mesma. Assim,

A mediação comunitária é uma política pública que trata o conflito eficazmente na medida em que são as próprias partes que resolvem, com o auxílio de um terceiro, o mediador, os seus problemas, o que faz com que se sintam responsáveis por tal decisão e cumpram efetivamente o acordo, isto é, o conflito será definitivamente extinto, não retornando ao Poder Judiciário como uma nova demanda (WÜST, 2013, p. 51).

O resultado da mediação são a criação de vínculos e o fortalecimento do sentimento de integração/participação da vida social. Afinal, uma sociedade que se diga democrática se caracteriza pela existência de cidadãos livres, capazes de solucionar seus próprios problemas sociais com destreza. No entanto, tais habilidades só se desenvolvem mediante incentivos, de prática diária, educação e utilização do conceito de cidadania (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016, p. 131).

Sempre que existir um conflito, pode-se indagar de que modo seus participantes afetam o desenvolvimento e o andamento do processo. Desse modo, além de formar cidadãos conscientes do seu poder, a comunidade se sente importante ao verificar que podem resolver seus próprios problemas por meio de um diálogo produtivo.

Ainda, sobre a mediação, segundo Rosário Ortega (2002, p. 147):

[...] é a intervenção, profissional ou profissionalizada, de um terceiro - um especialista - no conflito travado entre duas partes que não alcançam, por si mesmas um acordo nos aspectos mínimos necessários para restaurarem uma comunicação, um diálogo que é necessário para ambas [...] com o reconhecimento da responsabilidade individual de cada um no conflito e o acordo sobre como agir para eliminar a situação de crise com o menor custo de prejuízo psicológico, social ou moral para ambos os protagonistas e suas repercussões em relação a terceiros envolvidos.

A mediação e a conciliação podem ocorrer perante câmaras públicas institucionais, vinculadas a determinado tribunal ou a entes como a Defensoria Pública (art. 43 da Lei de Mediação), serventias extrajudiciais, associação de moradores, escolas ou Ordem dos Advogados do Brasil, em ambientes privados,

seja em câmaras privadas ou com um viés mais informal ou em escritórios de advocacias. Ainda, vislumbra-se a possibilidade de mediação e conciliação em câmaras administrativas, institucionalmente vinculadas à Administração Pública (artigos 167, 174 e 175 do CPC/2015).

O mediador e o conciliador podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais. Num primeiro momento, essa atuação deve ser encarada como uma atividade remunerada, a fim de que haja o necessário aprimoramento desses auxiliares da justiça. Porém, nada impede que tais técnicas sejam aplicadas *pro bono*, ou seja, como um trabalho voluntário (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 275).

Para ter sucesso, o negociador deve imprimir o ritmo que a situação presenciada exige. Para tanto, o §3º do artigo 166 do CPC/2015 permite a utilização de técnicas negociais necessárias para se obter o êxito. Entretanto, a técnica deve sempre respeitar os demais princípios, superiores a ela no quesito de preponderância.

Ademais, o novo CPC inova ao possibilitar que as partes pactuem quanto às provas produzidas (art. 357, §2º) e quanto à indicação, de comum acordo, do perito do juízo, no âmbito da prova pericial (art. 471).

Ademais, atribui às partes o poder de delimitar os caminhos da conciliação ou da mediação, vinculando os terceiros como facilitadores do diálogo (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016, p. 270).

Tal determinação garante que os envolvidos tenham maior liberdade dentro do procedimento consensual adotado, pois confere às partes um empoderamento imprescindível para atingir a resolução dos conflitos de forma pacífica, uma vez que possibilita conforto e segurança na tomada das decisões.

#### 4.6 A NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO PRODUZIDO PELAS PARTES

Todo esforço desempenhado pela política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses tem como objetivo a solução do litígio da melhor forma possível, mediante a realização de um acordo, onde as partes consigam dialogar suas opiniões e encontrar um denominador comum. Nesse diapasão, o acordo é visto como o fruto do encontro entre as partes.

Como dito anteriormente, as partes precisam enxergar no encontro, ocorrido em razão do conflito, essa oportunidade de conciliar as diferenças e

transformar os aspectos negativos em pontos que avancem para a construção de uma sociedade pacífica e emancipada, capaz de decidir sobre o seu próprio destino. Para tanto, os interessados acabam formalizando esse encontro, na forma de um acordo.

Para compreender a sua natureza jurídica, torna-se imperiosa a definição de negócio jurídico, como sendo uma categoria recente que nasceu durante o século XVIII, como resultado do grande trabalho de abstração dos civilistas alemães, que criaram um sistema de direito privado baseado na liberdade dos particulares, tendo ao centro o negócio jurídico, como um modelo de manifestação de vontade (AMARAL, 2014, p. 413). Por essa razão, a teoria do negócio jurídico é chamada como a glória da ciência pandectística alemã (AMARAL, 2014, p. 413).

Apesar do direito romano não ter conhecido o negócio jurídico como categoria lógica, a teoria foi elaborada com base nos textos romanos de Justiniano, do *Corpus Iuris Civilis*, tendo como fundamento o princípio da autonomia da vontade e os efeitos que dela podem diretamente derivar (AMARAL, 2014, p. 413).

O termo negócio jurídico com o sentido de atividade que realize interesse patrimonial deve-se a Nettelbladt, em 1749, mas sua completa formulação dá-se com Savigny, que destacou no conceito a vontade dos sujeitos de constituir ou extinguir uma relação jurídica (AMARAL, 2014, p. 414).

Apesar de ser visto por muitos como a expressão da vontade, o instituto não abarca uma faculdade do querer pautada unicamente no individualismo, mas se define como “[...] o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido)” (BETTI, 2008, p. 88).

A criação do conceito é fruto de pensamentos filosófico, político e econômico. No plano filosófico, adveio do jusnaturalismo, que reafirmava a liberdade como princípio inato do indivíduo. Ao lado da liberdade figurava a igualdade, meramente formal, dos sujeitos perante o direito, visando criar um direito igual para todos, o que se obtém com a obra dos pandectistas, que chegam a notável ponto de abstração (AMARAL, 2014, p. 414).

Sob o aspecto econômico, que juntamente com o anterior se inicia na Revolução Francesa, destaca-se o papel da vontade e da liberdade para o

reconhecimento da propriedade privada dos bens de produção e a circulação de bens como processo de cooperação entre os indivíduos. Já o aspecto político é vislumbrado na vontade particular como instrumento de luta contra o feudalismo e seus privilégios (AMARAL, 2014, p. 415).

Nascida no direito alemão, primeiro na doutrina e depois no Código Civil, a teoria do negócio jurídico passa à doutrina italiana, espanhola e portuguesa. O direito francês permanece com uma figura unitário do ato jurídico, influenciando o Código Civil de 1916. Já o Código Civil de 2002 consagra a posição dualista, distinguindo o negócio jurídico do ato jurídico (AMARAL, 2014, p. 416).

Assim, verifica-se que o conceito de negócio jurídico é um fato histórico, pois abarca uma experiência em que se reuniram circunstâncias de natureza filosófica, política e econômica, até a construção exata do conceito, e uma categoria lógica, produto desse fato histórico, apresentando uma síntese das diversas posições subjetivas configuradoras da atividade jurídica, de que a declaração de vontade é uma das causas imediatas.

Como falado, o negócio jurídico é costumeiramente definido como a manifestação da vontade destinada a produzir efeitos jurídicos. Nesse viés, duas teorias tentaram explicar o negócio jurídico: as voluntaristas e as objetivas (AZEVEDO, 2002, p. 6).

Para os voluntaristas, Savigny e seus seguidores, "o negócio jurídico é essencialmente vontade, a que deve corresponder exatamente a sua forma de declaração, que é simples instrumento de manifestação dessa vontade" (AMARAL, 2014, p. 420).

As primeiras concepções do negócio jurídico que se afastaram da visão voluntarista e que o encararam de forma mais objetiva foram as de Brinz e Thon; ambos viram que o negócio jurídico consistia, de modo mais adequado, em um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, do que um ato de vontade (AZEVEDO, 2002, p. 9).

Nessa toada, seguiram os autores com a teoria preceptiva, com os seguidores Bullow, Henle e Larenz, na Alemanha, e Betti, na Itália. Para esses, o negócio jurídico constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante (AZEVEDO, 2002, p. 11).

Porém, tal teoria foi insuficiente, uma vez que a mutação do negócio jurídico em norma jurídica concreta é artificial, uma vez que a norma exige um

jubere, ou seja, um *status* que o negócio jurídico não possui.

Assim, as duas correntes são insuficientes, o que impõe a adoção de uma terceira, que, aproveitando o material já elaborado pelas outras duas, favoreça uma visão completa do negócio jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 14).

O ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente o Código Civil de 2002, "[...] acolhe expressamente a figura do negócio jurídico, como categoria geral compreensiva das declarações de vontade destinadas à criação, modificação e extinção das relações jurídicas" (AMARAL, 2014, p. 410).

A construção de tal conceito parte de dois elementos: a vontade particular dirigida para a produção de determinados efeitos e o reconhecimento, pelo sistema normativo, do poder que os particulares têm de regulamentarem os seus interesses, a chamada autonomia privada (AMARAL, 2014, p. 410).

A essência da teoria encontra-se na autonomia, no autorregulamento de interesses nas relações privadas, como fato social, pois o particular não fica adstrito ao querer, na esfera interna da consciência, mas realiza sua vontade objetivamente. Com o negócio, "[...] o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para os outros, o objeto do seu querer: e deve ser um regulamento vinculativo, o que ele estabelece no seu interesse, para as relações com os outros" (BETTI, 2008, p. 92).

Observa-se que não há apenas uma manifestação do seu querer, com importância puramente individual, mas uma relação de valor normativo.

A partir deste conceito, verifica-se que uma adequada análise do instituto deve ser feita sob três planos, quais sejam: existência, validade e eficácia, cuja constatação é atribuída a Pontes de Miranda, o qual influenciou quase toda doutrina brasileira. Surge, assim, a famosa "Escada Ponteana", em cujos degraus se assentam, sucessivamente, os três planos.

No tocante ao primeiro plano, Antonio Junqueira de Azevedo sistematiza os elementos do negócio jurídico na seguinte linha: os gerais, ou seja, os comuns a todos os negócios jurídicos e indispensáveis à existência deles, tais como sujeito, lugar e tempo (elementos extrínsecos) e declaração, o objeto e as circunstâncias negociais (elementos intrínsecos); os categoriais, que são próprios de cada tipo negócio; e os particulares, que são específicos de cada negócio (2002, p. 31).

Posto que o instituto do negócio jurídico garante e protege a autonomia privada na vida de relações, os sujeitos de um negócio são “[...] aquele a quem, de acordo com a valoração da consciência social que a lei adota, cabe a paternidade do negócio: isto é, aquele a quem deve referir-se [...] o significado que ele tem como auto-regulamento (*sic*) de interesses privados” (BETTI, 2008, p. 124).

Assim, os interessados na resolução consensual do conflito podem ser considerados sujeitos do negócio, uma vez que são aqueles a favor de quem a relação deve constituir-se ou desenvolver-se.

Já o objeto do negócio é justamente os interesses, segundo a ordem social, que podem ser regulados diretamente pelos interessados, nas suas relações recíprocas. São os interesses que circundam a situação que ocasionou o conflito.

Outrossim, o tempo e o lugar também irão depender das circunstâncias presentes no caso concreto.

A mediação e a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente, quando já existente o processo jurisdicional. Nesse último caso, o terceiro facilitador é um auxiliar da justiça. Nesse íterim, o acordo, fruto da resolução de um conflito, pode ser classificado como um negócio jurídico, uma vez que regulamenta a autonomia privada dirigida para a produção de determinados efeitos.

Estabelece a Lei de Mediação, em seu artigo 20, que o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo. Nesse sentido, o artigo 334, §11, afirma que a autocomposição obtida na audiência de conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença. Nesse documento as partes irão formalizar a declaração de vontade.

Com relação à forma, o negócio jurídico pode se dar por meio de uma declaração ou de um comportamento. No negócio jurídico resultante do acordo entre as partes, a forma será uma declaração. A declaração é “[...] um ato conscientemente destinado a ser conhecido por outros, dando-lhes conhecimento de um determinado conteúdo: um ato, portanto, que se dirige, necessariamente, a outros” (BETTI, 2008, p. 190).

De fato, a declaração vincula o autor, segundo o seu significado objetivo e põe a cargo o risco de um modo inexato de se exprimir. A forma torna o negócio jurídico socialmente conhecido, bem como obriga o agente a cumprir com a

finalidade do ato, uma vez que gerou confiança nos destinatários.

Até a entrada em vigor das leis de 2015, já se considerava o acordo instrumentalizado entre as partes, com a natureza de transação, prevista no artigo 840 do Código Civil. Sendo particular o instrumento, poderia ser considerado título executivo extrajudicial, caso preenchesse os requisitos legais previstos no artigo 585, II, do CPC/1973.

O Código de Processo Civil de 2015 é um pouco mais abrangente que a legislação processual de 1973, pois acrescenta a força executiva ao instrumento de transação referendado não só pelo Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública ou advogados dos transatores, como também "por conciliador ou mediador credenciado por tribunal" (artigo 784, IV, CPC), além da escritura pública assinada pelo devedor.

Conciliando os novos dispositivos em vigor, firmado o acordo por conciliador ou mediador cadastrado, será ele considerado título executivo extrajudicial. Celebrado termo final de mediação, na forma da lei específica, com a celebração de acordo, há dispensa de ser o mediador cadastrado, sendo igualmente considerado título executivo extrajudicial (CAHALI, 2017, p. 114).

Se por iniciativa das partes a transação for levada à homologação no judiciário, a respectiva sentença representa título executivo judicial (artigo. 515, II, do CPC/2015).

Neste plano inicial, não se cogita a validade ou a eficácia, mas sim a existência, ou seja, ao sofrer a incidência de norma jurídica, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, adentrando no primeiro nível da escala: o plano da existência (MELLO, 2008, p. 102). Nesse contexto, César Fiuza traz os seguintes casos que exemplificam os negócios jurídicos inexistentes: uma compra e venda sem objeto, um cheque sem assinatura, um testamento em vídeo (2004, p. 237), ou ainda os exemplos dados por Zeno Veloso, como o reconhecimento de paternidade de uma criança que nunca foi concebida e a adoção realizada verbalmente (2005, p. 135).

José Abreu Filho destaca que

O negócio inexistente, portanto, segundo os parâmetros estabelecidos pelos juristas que admitem esta concepção, seria aquele que carecesse de elementos indispensáveis para sua própria configuração como figura negocial. Tais elementos são, indiscutivelmente, dois: a vontade e o objeto. Não se pode conceber a existência de um negócio jurídico, conforme temos reiteradamente afirmado, se falta o elemento volitivo. Sem a manifestação da vontade o negócio não pode formar-se, evidentemente (2003, p. 362).

Quanto ao plano da validade, há a presença dos chamados requisitos de validade, isto é, exigências, atributos ou ainda pressupostos indicados pela lei para alcance de uma finalidade. Já que foi autorizado às partes emissão de vontades quando da elaboração do negócio jurídico, o ordenamento procurou delimitar com certas regras para conferir estabilidade às declarações que possuem vida no mundo jurídico. Trata-se a validade de uma qualidade daqueles elementos que constituíram a existência do negócio jurídico, formando aqui uma correspondência entre os elementos de existência (os substantivos), e os requisitos de validade (a adjetivação dos elementos essenciais do negócio jurídico).

Neste plano, parte-se da leitura do artigo 104 do Código Civil (BRASIL, 2002), para leitura dos requisitos apontados pelo legislador, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei. Cabe ponderar o destaque da doutrina no sentido que tais requisitos não se mostram suficientes para completude do plano da validade, sendo ainda necessário, por exemplo, o exame da vontade livre e consciente do agente, da forma adequada e outros conforme o regime jurídico específico.

Por fim, o plano da existência avalia os denominados fatores, na medida em que estes concorrem para certo resultado, sem, contudo, fazerem parte do negócio propriamente, ou seja, trata-se de algo externo, mas que coopera para o resultado pretendido. São os chamados elementos acidentais pela doutrina tradicional. Entrementes, não se trata de qualquer eficácia possível do negócio, mas somente a eficácia jurídica, singularmente da sua eficácia típica, dos efeitos queridos declaradamente (AZEVEDO, 2002, p. 49).

Partindo dessa conceituação, têm-se três fatores de eficácia: os fatores de atribuição da eficácia em geral, os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada e os fatores de atribuição de eficácia mais extensa.

No que se refere aos fatores de atribuição da eficácia em geral, vislumbram-se aqueles fatores conectado à produção de efeitos, de forma que sem estes fatores, o ato não produz praticamente qualquer efeito. Por exemplo, a

homologação judicial de uma partilha amigável elaborada pelos herdeiros por instrumento particular.

Já os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, abrangem os fatores indispensáveis para que haja produção dos efeitos queridos pelas partes, e que já é eficaz de algum modo entre as partes, mas ainda não produz os efeitos normais. Exemplificando, o artigo 662 do Código Civil dispõe que os atos praticados por agente sem mandato ou com poderes insuficientes são ineficazes, exceto se houver uma ratificação daquele cujo ato foi praticado em seu nome.

Quanto ao último fator de eficácia, estão os fatores de atribuição de eficácia mais extensa, cujos fatores são indispensáveis para dilatação do seu campo de atuação, sendo inclusive oponíveis a terceiros. Neste caso, um registro do instrumento público ou particular de uma cessão, por exemplo, é o fator de eficácia. Estes fatores pretendem estender o campo de atuação dos efeitos visados.

Outrossim, quanto maior o degrau da escala ponteana, maior o grau de abstração, assim, para identificar os fatores imprescindíveis de cada plano, é necessário verificar a situação concreta.

Emílio Betti constata que antigamente, em razão do direito positivo romano-clássico, as causas de negócios jurídicos eram típicas, especificadamente aquelas que estavam disciplinadas no direito objetivo. Hoje, com a adequação do direito ao desenvolvimento coletivo e do ambiente social moderno, as causas são típicas no sentido de que, embora não taxativas em lei, “[...] devem ser admitidas pela consciência social, como correspondendo a uma necessidade prática legítima, a um interesse social duradouro, e, como tais, são consideradas dignas de tutela jurídica” (BETTI, 2008, p. 280).

Desse modo, observa-se que o acordo que encerra um conflito, como manifestação da vontade livre e consciente, possui uma relevância não meramente individual, mas coletiva. Afinal, a busca pela pacificação social é um compromisso constitucional, que deve ser responsabilidade de todos. Logo, o acordo se torna instrumento hábil para a redemocratização das decisões e para fortalecer a sociedade na concretização dos objetivos estampados na Constituição.

Muito mais do que a realização da democracia, ao firmar um acordo baseado no consenso, as partes estabelecem uma forma de democracia deliberativa, onde deixam o papel de passividade e assumem a responsabilidade que anteriormente delegavam ao Estado, de resolver os conflitos de sua própria

história. Adiante será explanado acerca dessa forma de democracia.

#### 4.7 A NECESSIDADE DO CONSENSO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Diante do raciocínio realizado até o presente momento, o consenso é peça fundamental para erigir uma sociedade democrática. E este elemento não se confunde com a unanimidade, mas é observado quando, diante de um conflito, as partes se dispõem a juntas encontrarem uma solução que seja plausível para ambas.

A 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, 2011, p. 81). Assim, ao tomar consciência da fragilidade da existência, suas possibilidades e limitações, pode-se notar que a condição humana depende de uma convivência harmônica, que é só é obtida mediante a compreensão resultante do diálogo.

Como já dito, a democracia deliberativa perdeu sua eficiência diante da densidade populacional e da extensão das cidades, o que resultou na adoção de sua forma representativa. Todavia, assiste-se, atualmente, ao fenômeno da apatia política, onde a democracia, muitas vezes, se resume ao sufrágio e à liberdade de expressão.

Até mesmo no âmbito de uma lide (pretensão resistida), os cidadãos se colocam como dependentes das decisões adjudicadas, que, na maioria das vezes, são produzidas aquém da vontade dos interessados. Entretanto, apesar de estar diante de um conflito instaurado, é possível harmonizar os polos através do uso dos métodos consensuais explicitados.

Para tanto, o Poder Judiciário e órgãos específicos de autocomposição de conflitos se propõem a possibilitar 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, 2011, p. 111).

Com efeito, as partes farão uso da virtude da hermenêutica, a qual consiste em compreender o outro, uma espécie de solidariedade da humanidade enquanto um todo; outrossim, as tarefas essenciais da humanidade só serão possíveis através da compreensão, no que diz respeito a um viver junto e a um sobreviver com o outro (GADAMER, 2000b, p. 25). A solidariedade é o pressuposto básico, sobre o qual é possível desenvolver convicções comuns, no intuito de evitar algo que ameaça a sobrevivência da espécie humana: a autodestruição da humanidade (GADAMER, 2000b, p. 25).

Trata-se de uma solução baseada no Tribunal Multiportas, onde não se pretende limitar a decisão à forma adjudicada, mas incentivar a resolução vinda das próprias partes. Afinal, a afirmação de que o poder de decisão deve ser sempre do juiz pressupõe que as pessoas comuns não tenham competência para governar suas vidas.

Robert Dahl, ao falar sobre a importância de um governo democrático, afirma que governar não é uma ciência como a física, química ou até mesmo a medicina, pois as decisões importantes vão exigir muito mais do que conhecimento, mas julgamentos éticos. Assim, "tomar uma decisão sobre os adjetivos que as políticas de governo deveriam atingir (justiça, equanimidade, probidade, felicidade, saúde [...]) é fazer um julgamento ético. Julgamentos éticos não são "científicos" no sentido literal" (2001, p. 86).

Da mesma forma, ao proferir uma decisão, o juiz atua em um campo subjetivo, onde terá de sacrificar alguns bens em prol de outros. Para que a sentença seja justa, é preciso agir com honestidade, sem corrupção, resistindo firme a todas as tentações do poder, além de uma dedicação constante e inflexível em fazer cumprir a justiça.

Nesse ponto, nada melhor do que ser governado por si mesmo, tendo consciência do que é melhor para seu próprio bem ou para seus próprios interesses, mediante a utilização da autonomia individual. Nesse sentido, essa ideologia só alcançaria os resultados esperados diante de cidadãos esclarecidos e capazes de observar o mundo com diversas lentes.

Por meio do agir comunicativo, Habermas pretende demonstrar como a tensão entre facticidade e validade, inerente à linguagem é conectada com a

integração de indivíduos socializados comunicativamente. Assim, a integração social caracteriza-se pelo elo das diversas perspectivas de ação de modo que tais possam ser resumidas em ações comuns (MOREIRA, 2004, p. 110).

Com o emprego da linguagem, como principal fonte de integração social, surge uma coordenação que vela pelo entendimento comunicativamente alcançado. E o agir comunicativo vem a ser essa pré-disposição que existe entre falantes e ouvintes a estabelecer um entendimento que surge de um consenso sobre algo. As ações dos indivíduos situam-se em um mundo da vida compartilhado subjetivamente, que, permeado por um pano de fundo consensual, possibilita o entendimento prévio.

De fato, para que os métodos consensuais sejam bem-sucedidos, faz-se imprescindível a abertura das partes ao diálogo e a alteridade. Nesse sentido, Gadamer (2000b, p. 26) afirma que grandes foram os avanços técnicos e científicos da humanidade, mas não se aprendeu suficientemente acerca da convivência, o que exige uma abertura de uns para com os outros, de modo que as tarefas sejam resolvidas a fim de conduzir a humanidade à paz e ao equilíbrio.

A Ministra Fátima Nancy Andrichi, ao tratar da mediação, mas em um contexto que se aplica a todos métodos consensuais, terminou sua fala dizendo (2009):

Não visualizo outra maneira de inculcar na mente humana os benefícios da Mediação, a qual me atrevo a denominar de Justiça Doce, senão sua institucionalização nas escolas e universidades. Trata-se de uma nova realidade em construção, na busca do abrandamento dos conflitos existenciais e sociais, por meio do verdadeiro instrumento e agente da transformação – o diálogo conduzido pelo mediador –, no lugar da sentença que corta a carne viva.

Assim, observa-se que um governo democrático confere inúmeras vantagens a seus cidadãos, os quais estão fortemente protegidos contra governantes déspotas, possuem direitos fundamentais e, além do mais, também gozam de uma esfera ampla de liberdade. Como cidadãos, adquirem os meios de proteger e implementar seus interesses pessoais mais importantes; podem ainda participar das decisões sobre as leis sob as quais viverão, são dotados de uma vasta liberdade moral e possuem oportunidade de se desenvolver na área pessoal. Nesse viés, os métodos consensuais se apresentam como uma forma de exercer a democracia direta.

Os meios consensuais sugerem uma mudança de paradigma, uma nova forma de interação nos conflitos interpessoais, uma vez que traz à tona o desejo das pessoas em resolver seus próprios conflitos, por meio de suas escolhas. Propõe a autodeterminação e autonomia dos atores, bem como projeta o olhar para o futuro, deixando no passado, que é o lugar onde devem ficar, as mágoas e os rancores. Ao tomar essa iniciativa, muito além de discutirem sobre as situações da sua vida de forma consciente, as partes constroem um ambiente onde impera a democracia deliberativa.

Por óbvio, a deliberação resta evidenciada, uma vez que as partes têm oportunidade de considerar e analisar cada ponto favorável ou contrário de uma determinada decisão antes que esta seja adotada; permite que as partes construam os termos a que estarão subordinados, formalizando o consenso mediante um acordo.

No momento em que os interessados participam de um processo fundamental como é o da resolução dos próprios conflitos, podem experimentar uma ferramenta poderosa, capaz de transacionar os expectadores em protagonistas dos seus destinos. Além disso, ao analisarem a situação com outros olhos, o conflito pode se tornar uma oportunidade de trabalhar as diferenças sociais, até então vistas como negativas, em uma forma de alcançar a pacificação social.

Diante de um cenário de incertezas políticas e jurídicas, tal hipótese estabelece uma esperança que depende das respostas que os cidadãos destinarão a essa ideologia consensual. De fato, o ofício do profeta é perigoso, uma vez que a dificuldade de conhecer o futuro depende, ainda, do fato de que cada indivíduo projeta no futuro as próprias aspirações e inquietações, enquanto a história prossegue o seu rumo alheia às subjetividades.

Assim, ainda que a mente humana seja fantástica, jamais conseguirá prever os fatos em sua integralidade. Todavia, através do diagnóstico manifestado no trabalho, ousou apresentar um prognóstico que responda aos anseios de justiça e democracia, fundamentais para a subsistência da sociedade.

É certo que novos estudos nesta vertente poderão trazer contribuições importantes a todos aqueles que lutam pela construção de uma sociedade democrática, guiada por homens emancipados que vêem a diversidade não como um ônus, mas como um trunfo fundamental para a sobrevivência da civilização.

## CONCLUSÃO

Esse trabalho buscou explorar os dilemas do Estado Democrático de Direito em alcançar a democracia, nos dias atuais, onde as pessoas estão tomadas por uma apatia política. Com a evolução do capitalismo, a expansão da globalização e a utilização do modelo de democracia representativa, cada vez mais restringiu-se o aspecto democrático da expressão da soberania popular, resumindo-os ao sufrágio universal e às liberdades de expressão. Essa situação, além de evidenciar uma debilidade, tornando o país vulnerável a turbulências políticas, econômica e sociais, deixa de explorar o potencial da população, do povo que forma a nação.

Assim, se propôs a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, consignados no Código de Processo Civil, no intuito de encontrar uma alternativa prática para a ampliação do acesso à justiça e, como consequência, a 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.

Para tanto, o segundo capítulo tratou sobre a democracia, desde o nascimento até a sua configuração atual. Ainda, discorreu sobre os dilemas e aporias da democracia na atualidade, como a falta de legitimidade dos representantes do povo, o ativismo judicial, bem como os reflexos sobre a atividade jurisdicional.

Outrossim, no terceiro capítulo fora explanado o método habermasiano do agir comunicativo, que evidencia o consenso nos métodos consensuais, tendo em vista que tais medidas podem representar na práxis um avanço para a resolução dos conflitos e empoderamento das partes.

Através do conceito de sociedade em dois níveis: sistema (esfera regida por mecanismos diretores auto-regulados como o mercado e o poder administrativo) e mundo da vida (esfera regulada pela busca do entendimento por meio de procedimentos mediados linguisticamente) e mediante a ideia de colonização do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos, Habermas oferece uma chave adequada para interpretar-se a sociedade capitalista contemporânea com suas patologias e contradições.

Além de propiciar um diagnóstico acurado dos problemas organizacionais presentes no atual estágio de desenvolvimento do modo de produção capitalista, esta teoria aponta para o papel fundamental desenvolvido por mecanismos organizados enquanto espaços públicos autônomos, no sentido de servir de barreira à colonização do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos.

E é dentro desta perspectiva que se observa a importância da utilização dos métodos consensuais de resolução de controvérsias, como um instrumento que se fundamenta no 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.

Se no âmbito do mundo da vida onde ocorrem os processos elementares de produção e transmissão cultural, de socialização e de formação da personalidade individual, a ação deve necessariamente ser dirigida por processos comunicativos de busca do entendimento e não por meio de meios auto-regulados, como o mercado ou a administração burocrática, como ocorre atualmente, isto significa a necessidade de mudanças profundas nas formas de gestão destas áreas, mudanças estas que implicam na introdução de mecanismos de decisão que levem em conta a participação de todos aqueles que sofrerão os efeitos desta ação.

De fato, o trabalho demonstrou as potencialidades da teoria da ação comunicativa de Habermas, como referencial teórico para os métodos consensuais de resolução de conflitos, entre eles a mediação e a conciliação. Realmente, além de dirimir os problemas, tem por objetivo construir o negócio jurídico entre as partes.

A autocomposição não pode ser encarada como uma panaceia. Nem mesmo ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário ou como uma técnica de desaceleração dos processos. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado aos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento.

## REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AGUIAR, Thais Florencio de. A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal. **Revista Eletrônica Semestral do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP**, n. 2, 2 sem. 2007.

ALVES, Eliana Calmon. A crise do poder judiciário. **Correio Braziliense**, Brasília, 18 abr. 1994. Caderno Direito e Justiça, n. 11.310.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação de conflitos e humanização da justiça – uma realidade em construção. **Ouvidoria da Universidade Federal do Rio de Janeiro**. Disponível em: <[www.ouvidoria.ufrj.br/.../mediacao\\_conflitos\\_humanizacao\\_justica\\_27abr2009.pdf](http://www.ouvidoria.ufrj.br/.../mediacao_conflitos_humanizacao_justica_27abr2009.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Conflito e dissenso na contemporaneidade: solução e consenso a partir da teoria crítica habermasiana. In: MUNIZ, Tânia Lobo; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger (Org.). **Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos**. 1. ed. Birigui, SP: Boreal, 2014.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 243-262. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BARRETO, Cunha. **Repertório de jurisprudência do Código Civil**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

BARROSO, Luís Roberto. **Janela e não espelho**. 2005. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/janela\\_e\\_nao\\_espelho.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/janela_e_nao_espelho.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2017.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas, SP: Servanda, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 8. ed. rev. e ampl. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2004.

BUITONI, Aldemir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas. **Jus Navegandi**, n. 2.707, ano XV, Teresina, nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/texto/17963>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

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.

BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. 6. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

BRASIL. Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm) Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm) Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm) Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm) Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm) Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm) Acesso em: 10 nov. 2017.

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

\_\_\_\_\_. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **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.

CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. (2003), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALMON, Petrônio. Prefácio. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo de acordo com a Lei n.º 13.140/2015, Lei n.º 9.307/1996, Lei n.º 13.105/2015 e com a Resolução n.º 125/2010 do CNJ (Emendas I e II)**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://documents.tips/documents/cambi-neoconstitucionalismo-e-neoprocessualismo-1.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

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

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

CENCI, Elve Miguel. Capitalismo e crise da democracia. In: KEMPFER, Marlene; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger (Org.). **Estudos em direito negocial & relações de consumo**. Birigui, SP: Boreal, 2013.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **L'État de Droit**. Revue du droit public et de la science politique. v. 2. 1988, p. 313-380.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório justiça em números**. 2017.

Disponível em: <

[www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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. 3ª reimp. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. Princípio da legalidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito administrativo e constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

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

\_\_\_\_\_. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. **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: 08 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FIÚZA, Cezar. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: curso completo. 8. ed. rev. e atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FROMM, Erich. **Do amor à vida**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. A incapacidade para o diálogo. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (Coords.). **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. n. 117. Porto Alegre: Edipucrs, 2000a.

\_\_\_\_\_. Da palavra ao conceito. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (Coords.). **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. n. 117. Porto Alegre: Edipucrs, 2000b.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social**: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Unesp, 1998.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do estado democrático de direito. 1. ed. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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: 11 nov. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SA Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002a.

\_\_\_\_\_. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002b.

\_\_\_\_\_. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. vol. 1. 1. ed. 2. imp. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

\_\_\_\_\_. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. vol. 2. 1. ed. 2. imp. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HERRERO, Xavier. Racionalidade comunicativa e modernidade. **Síntese**, n. 37, p. 13-32, 1986.

HUSSERL, Edmund. **Erfahrung and urteil**. Untersuchungen zur Genealogie der Logik. Hamburg: Meiner, 1972.

JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. Tradução Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. Cultrix: São Paulo, 1969.

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.

LIMA, Eusébio de Queiroz. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Record, 1957.

LUCAS, John Randolph. **Democracia e participação**. Tradução Cairo Paranhos Rocha. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. Atualizador Prof. Miguel Alfredo Maluf e Neto. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. v. 1. Teoria geral do processo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de validade. 8 ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILL, Jhon Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: UNB, 1982.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 140-150, jan./mar. 2000.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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.

\_\_\_\_\_. MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: SCHNITMAN, Dora Fried (org). **Novos paradigmas, cultura e subjetividade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUNIZ, Tânia Lobo. Mediação – um instrumento de pacificação social: educar para a paz. **Scientia iuris**, Londrina, v. 10, p. 243-270, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Traducción Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.

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

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

OLIVEIRA, Admardo Serafim de. Antropologia filosófica. 6. ed. In: OLIVEIRA, Admardo Serafim de. et al. **Introdução ao pensamento filosófico**. São Paulo: Loyola, 1998.

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

ORTEGA, Rosário *et al.* **Estratégias educativas para prevenção das violências**. Tradução de Joaquim Ozório. Brasília: Unesco; UCB, 2002.

PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987.

RAMOS, César Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Revista Transformação**. Marília. Vol. 34, nº. 01, p. 43-66, 2011.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo e liberdade**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Crespo. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

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](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

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

\_\_\_\_\_. **Capitalism, socialism and democracy**. Harper: 1976.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Tradução Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Taos Institute Publications/WordShare Books: Ohio, 2013.

SEMANA, Paolo. **Linguagem e poder**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

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

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 30, dez. 1988.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. O acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.

\_\_\_\_\_.; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei n.º 13.140/2015, Lei n.º 9.307/1996, Lei n.º 13.105/2015 e com a Resolução n.º 125/2010 do CNJ) (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV, 2016.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TAYLOR, Matthew Macleod. O judiciário e as política públicas no Brasil. **Dados** – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, 2007.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VELASCO, Juan Carlos. **Para leer a Habermas**. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. **Sobre a impossibilidade de ensinar direito**. Notas polêmicas para a desescolarização do direito. Epistemologia e ensino jurídico: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

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.

\_\_\_\_\_. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. **Mediação**: um projeto inovador. Série Cadernos do CEJ; v. 22. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

\_\_\_\_\_. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Org.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WÜST, Caroline. Comentários ao artigo 8º da Resolução n.º 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **A resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 47-52.