

## MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS: A PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO CATALISADOR DO PODER JUDICIÁRIO

### AUTO COMPOSITIONAL METHODS: SOCIAL PARTICIPATION AS CATALYST OF THE JUDICIARY POWER

Henrique Nunhes Meyer\*

Taís Zanini de Sá Duarte Nunes\*\*

**RESUMO:** Diante de uma abordagem da formação jurídica do Estado, atrelada à tripartição dos poderes, demonstra-se a necessidade de mudanças no cenário jurídico atual, viabilizando a criação e utilização de instrumentos alternativos de solução de conflitos para que as futuras demandas possam ser analisadas com a celeridade e segurança jurídica esperadas. O monopólio estatal, conjugado com seu formalismo processual, não tem sido eficaz na aplicação da justiça nos diversos tipos de conflitos existentes na sociedade. Assim, diante do quadro socioeconômico é necessária uma atuação audaciosa por parte dos operadores do direito fomentando o uso de outras práticas de resolução de conflitos paralelas ao processo judicial. Destarte, mediante os ensinamentos de Jürgen Habermas verifica-se que a participação social na busca por uma solução dos conflitos é essencial para a produção do provimento jurisdicional célere e eficaz, bem como encontra-se na mediação a possibilidade da participação ativa das partes.

**PALAVRAS CHAVES:** Métodos Autocompositivos; Mediação; Participação Social.

**ABSTRACT:** Facing a legal approach to state formation, linked to the tripartition of powers, demonstrates the need for changes in the present legal scenario, enabling the creation and utilization of alternative instruments of conflict resolution so that future demands can be analyzed with the speed and legal security expected. The state monopoly in conjunction with its procedural formalism, has not been effective in the application of justice in the various types of conflicts in society. Herefore, through the teachings of Jürgen Habermas turns out that social participation in the search for a solution to the conflict is essential to the production of effective and expeditious judicial appointment, and lies in mediating the possibility of active participation of the parties.

**KEYWORDS:** Autocompositivos Methods; Mediation; Social Participation.

---

\* Acadêmico do 5. ano do curso de graduação em Direito da Faculdade Maringá. Email: henriquenmeyer@gmail.com

\*\* Professora da disciplina de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Faculdade Maringá. Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco – PUC de Campo Grande/MS e Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – LFG de Maringá/PR. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR), de Maringá-PR. Email: taiszanininunes@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Os conflitos acompanham a história da humanidade em detrimento das necessidades e da ambição do indivíduo em busca da idealização da vida. A partir de um momento histórico viu-se a necessidade da criação de um ente organizacional capaz de garantir as pretensões legítimas de seus pertencentes, controlar os anseios anômalos e não convincentes, manter a ordem e o interesse da maioria.

Desse anseio, nasceu o Estado, fruto da própria vontade e necessidade do ser humano de viver em sociedade. A criação das normas jurídicas apresentou-se, neste cenário, como instrumento hábil no controle dos conflitos sociais, tendo o Poder Judiciário “campo” de aplicabilidade da ordem positivista, imiscuindo-se de fatos e valores sociais, tornando-se, em determinado período da história, como o melhor e mais eficiente instrumento de Justiça.

Todavia, como vem ocorrendo em várias nações, o Poder Judiciário Brasileiro enfrenta, há várias décadas, dificuldades na prestação de um serviço de qualidade à população, tendo em vista o número infindável de demandas com matérias cada vez mais variadas, abrangendo temas que, tempos atrás faziam apenas parte da imaginação do homem. São processos que se prolongam no tempo sem um prazo razoável para o seu termo gerando também um alto custo para as partes e para o Estado.<sup>1</sup>

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça tramitam atualmente no território nacional mais de 92 milhões de processos - só em 2010 foram distribuídos, no total, 17.140.203 novas demandas. No panorama nacional, as justiças estaduais possuem o pior desempenho dentre todas as justiças nacionais, especialmente quando a meta é julgamento de processos equivalente ao número de processos distribuídos anualmente.<sup>2</sup>

Embora sejam inúmeras as causas originadoras da referida crise, os doutrinadores estrangeiros e nacionais concordam que o número excessivo de processos que chegam ao Judiciário anualmente - demonstrando uma cultura litigiosa - é uma das principais agravantes para o congestionamento do Poder Judiciário e restrição ao acesso à Justiça.

---

<sup>1</sup> Segundo o relatório “Justiça em Números 2010”, a despesa da Justiça brasileira já alcança 1,12% do PIB nacional, com uma média de gasto, por processo novo, de R\$ 1.693,94. Isso significa que em alguns casos é mais barato o Judiciário pagar para o potencial litigante que deixar o processo gerar mais gastos com servidores, pois o valor da causa mostra-se inferior às despesas geradas com a tramitação do processo. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de pesquisas judiciárias. Relatório sobre o seminário Justiça em Números – 2010. Brasília: agosto de 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat\\_seminario\\_jn2010\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_seminario_jn2010_dpj.pdf)>. Acesso em: 12 dez. 2013)

<sup>2</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso: 29 ago. 2013.

Frente à necessidade de mudança no panorama atual, o presente artigo visa motivar a reflexão sobre a necessidade de incentivo ao uso de outras formas de solução de conflitos sociais por meio da concepção habermasiana do agir comunicativo, seja por meio do Estado, seja por meio particular, viabilizando a coparticipação das partes na produção do provimento jurisdicional, afastando a responsabilidade exclusiva do Estado, o qual, tem por incumbência legal o dever de julgar todo e qualquer conflito que lhe seja apresentado.

## **2 O ESTADO COMO ORDENADOR DA VIVÊNCIA EM SOCIEDADE**

Os conflitos sempre fizeram parte da natureza intrínseca do ser humano. Desde os primórdios da inserção social do homem, suas necessidades suscitam um sentimento motivado de ambição em busca de uma vida idealizada, o que muitas vezes faz com que ele não meça esforços em satisfazer suas paixões e desejos.

A respeito, Dallari explica que: “A sociedade humana é um conjunto de pessoas ligadas pela necessidade de se ajudarem umas às outras, a fim de que possam garantir a continuidade da vida e satisfazer seus interesses e desejos.”<sup>3</sup>

Inexistia no passado o monopólio estatal jurisdicional de intervenção das relações interpessoais privadas, com o escopo de pacificação social. No direito romano, no período da *legis actiones* (desde a fundação de Roma em 754 a.c. até 149 a.c.), a solução dos conflitos era entregues a particulares.<sup>4</sup>

Hobbes ressalta o cataclismo vivenciado na sociedade não organizada juridicamente, sem regulamentação primordial capaz de nortear os ditames de ordem:

Durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição em que se chama guerra. Uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. A guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida [...] a natureza da guerra não consiste na luta real, mas na conhecida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia de não haver beligerância.<sup>5</sup>

O meio adotado para suprir a falta de organização social se estabelece por intermédio da ordenação jurídica, cujo escopo é atribuir conjuntos de preceitos imperativos fixadores de

---

<sup>3</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Viver em Sociedade*. São Paulo: Moderna, 1985.

<sup>4</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>5</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 98

deveres e direitos. Além da organização social, a organização política também fora instituída no mesmo âmbito normativo, com a finalidade de regular integralmente as relações sociais dos indivíduos que convivem em determinada sociedade.<sup>6</sup>

Todo o sistema do contratualismo foi impulsionado por filósofos como Thomas Hobbes, Rousseau, Locke, que acreditaram ter no Estado a representação da vontade dos cidadãos, os quais, fomentados pela ideia de igualdade e liberdade, exigiam um ente para organizar e controlar os desejos e paixões humanas, com o intuito de estabelecer o equilíbrio e a paz na vivência em sociedade. O homem, segundo Hobbes, possui vontades incontáveis que o tornam lobo do próprio homem.<sup>7</sup>

Por meio do Poder Constituinte Originário foram criadas as Constituições<sup>8</sup>, um compilado de princípios e normas basilares de sustentação do Estado e das relações entre os particulares e o Estado e entre si, o qual é o fundamento de todo o ordenamento jurídico de uma nação.

Fábio Ulhôa Coelho aduz sobre a formação das normas jurídicas:

O modo de produção em que se traduz a evolução do domínio do homem sobre a natureza, e os antagonismos das classes sociais fixam as balizas em cujo interior se desenvolve o trabalho mental de homens concretos de que resultam as normas jurídicas. Não há uma determinação mecânica, mas um condicionamento estabelecido de limites para a vontade humana. A norma jurídica, nestes termos, é e não é uma expressão desta vontade.<sup>9</sup>

O fortalecimento do órgão centralizador e organizacional tornou-se instrumento fundamental para a vida em sociedade trazendo a essência comportamental dos atos praticados em coletividade. Entretanto, o Estado centralizado precisou sofrer a repartição de poderes para evitar as arbitrariedades praticadas contra os particulares, como afirma Habermas:

[...] a organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos

<sup>6</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 17.

<sup>7</sup> HOBBS, Thomas. *Elementos da Lei Natural e Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 64.

<sup>8</sup> “Constituição: Possui em sentido que gera a sinonímia de compleição ou de composição, o que dá a ideia de um todo formado ou construído, com elementos fundamentais à sua finalidade, ou seja, designa o conjunto de regras e preceitos, que se dizem fundamentais, estabelecidos pela soberania de um povo, para servir de base à sua organização política e firmar direitos e deveres de cada um de seus componentes” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010).

<sup>9</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 4.

socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos.<sup>10</sup>

Aristóteles, citado por Alexandre de Moraes, em alusão a teoria da separação de poderes, destacava alguns critérios que remetem a uma estrutura eficiente no combate aos excessos causadas pelo organismo estatal:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”.<sup>11</sup>

A princípio, o Estado não visava o bem estar da coletividade, apesar de ser esse um dos objetivos primordiais de sua criação, surgindo, com isso, a necessidade de se combater a formação de um Estado ditador que visava a supremacia do interesse individual de determinados grupos, ao invés do interesse coletivo, desviando-se de sua finalidade básica.

Nesse sentido, Habermas trata a respeito da importância e necessidade do diálogo para a existência da democracia, gerando reflexos em todos os poderes, desde o Legislativo até o Judiciário.<sup>12</sup> Segundo o doutrinador, o Estado deve proporcionar um ambiente para ouvir a sociedade sobre os seus reais anseios, tendo, inclusive, o intérprete prático da lei, de estar atento as mudanças sociais e culturais para que a sua decisão possa atingir, por meio da aplicação da lei, o seu objetivo primordial de fazer justiça.

### **3 A INCAPACIDADE DO ESTADO NA SOLUÇÃO EFICAZ DE TODOS OS CONFLITOS**

O ordenamento jurídico é essencial para solução dos problemas sociais oriundos das relações humanas, porém, é impossível ao legislador atingir todas as situações da vida por meio de um sistema fechado de normas.

---

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. *Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.221

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 385.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*. São Paulo: Piaget, 1999, p. 57.

Nesta esteira, o Estado é tido como ordem máxima e soberano produtor de direitos por meio da criação e aplicação da lei, face o momento social vivido interpondo uma contraposição nítida entre o que manda – *imperans*- e o que obedece – *subditus*-, ou seja, o Estado ordena e os indivíduos cumprem.<sup>13</sup>

Entretanto, no que diz respeito à autonomia jurídica do Estado, Carnelutti ressalta que o Estado exonera os interesses coletivos individuais e os interesses coletivos menores em detrimento dos interesses coletivos ditos como supremos.<sup>14</sup> Destarte, fica claro que a atividade legislativa impossibilita a abrangência de toda a coletividade, contrapondo-se frente aos interesses individuais e aos interesses coletivos menores.

Não há possibilidade de se mensurar a quantidade de leis necessárias para regular os atos civis do homem em sociedade. O fenômeno social não deve ser tratado como dogmatismo, mas sim como senso moderado. Neste sentido, Pasukanis enuncia que:

O direito enquanto fenômeno social objetivo não pode esgotar-se na norma, seja ela escrita ou não. A norma como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzido diretamente de relações preexistente, ou então representa quando promulgada como lei estatal, um sintoma que nos permite prever, com uma certa verossimilhança, o futuro nascimento de relações correspondentes para afirmar a existência objetiva do direito não sendo suficiente conhecer o seu conteúdo normativo, mas é necessário saber se este conteúdo normativo é realizado na vida pelas relações sociais. A fonte habitual de erros neste caso é o modo de pensar dogmático que confere, ao conceito de norma vigente, uma significação específica que não coincide com aquilo que o sociólogo ou o historiador compreendem por existência objeto do direito.<sup>15</sup>

Não se pode atribuir ao Direito a característica de imutabilidade, vez que o constante progresso social exige um sistema jurídico capaz de garantir a todos a proteção de seus direitos fundamentais, livrando-se do positivismo desacerbado e voltando-se para a aplicabilidade de normas gerais.

Com efeito, além do Estado normatizador, vislumbram-se dificuldades na função jurisdicional do Estado, uma vez que a Constituição Federal prevê o dever de proteger e amparar qualquer ameaça a direito, motivando o aumento espantoso das lides aos auspícios do órgão jurisdicional.

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 146.

<sup>14</sup> Ibid., p. 154.

<sup>15</sup> PASUKANIS, Evgeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. de Sílvino Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 57

A Constituição Federal de 1988 elencou entre os fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade humana e como um dos direitos fundamentais o acesso à justiça, como estabelece em seus artigos 3º, III, e art. 5º. XXXV.

A respeito da tutela de direitos de qualquer indivíduo, observa-se que o princípio da dignidade humana implica também no dever do Estado em proporcionar aos cidadãos a solução justa de seus conflitos, indo além da simples prestação jurisdicional.

Depreende-se, portanto, do referido princípio, que não há proteção efetiva de direitos se não for possível ao cidadão reivindicá-los em casos de abuso ou violação dos mesmos.

O princípio da dignidade humana, conforme entendimento de Sarlet - em sintonia com a matriz Kantiana – pode ser conceituado como:

[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>16</sup>

Apesar da consagração destes princípios em nossa Lei Máxima, não foi possível impedir que a crise no Poder Judiciário obstaculizasse o acesso à justiça para grande parte da sociedade brasileira. Nesta esteira, Fernando da Fonseca Gajardoni, comenta que:

Além disso, mesmo diante de conflitos, direitos e garantias já conhecidos, há muito contemplado no direito material, o fato é que o processo tradicional não tem sido capaz de solucionar tempestivamente os impasses e assegurar eficazmente as situações jurídicas de vantagem.<sup>17</sup>

Ada Pellegrini Grinover aponta as causas referentes ao desenfreado número de processos judiciais que eclodem face aos conflitos sociais existentes:

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; [...] a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do Direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 62.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>18</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 98.

Diante do monopólio constitucional da tutela jurisdicional do Estado<sup>19</sup>, torna-se inviável o controle jurisdicional dos conflitos inerentes a violação de direitos gerados pela atividade legislativa do Estado, posto que as demandas atuais exigem, além da segurança jurisdicional, uma celeridade por parte do órgão judicial.

#### **4 A COMUNICAÇÃO COMO INSTRUMENTO SOCIAL**

O Direito não pode transcender uma proposta normativa subsumível à artificialidade e a falibilidade, devendo compreender uma dignidade de vida em plenitude, envolvendo os seus aspectos fenomenológico, transcendente e sistêmico.<sup>20</sup>

Habermas, na lição de Simioni, salienta que:

A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um procedimento discursivo público sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em casa um deles. O poder administrativo (executivo), o Legislativo e o Judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõem um outro poder, chamado por Habermas de ‘poder comunicativo’ que é destinatários e autores do próprio direito.<sup>21</sup>

O Direito atual está encapsulado em um momento de carência efetiva de legitimidade, face os vícios de participação do indivíduo nas práticas políticas, ou seja, o desenvolvimento de uma capacidade comunicativa capaz de trazer uma modificação no sistema legislativo e judiciário atual, posto que, a legitimação do Estado de direito só é possível mediante uma participação plena do poder comunicativo.

A respeito, Simioni conclui que:

A jurisdição, portanto, não pode desenvolver o direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo. O poder comunicativo, que é a única fonte de legitimação do Estado de direito, só se exerce argumentativamente através de um procedimento institucionalizado com base no princípio do discurso, vale dizer, só se exerce nas condições ideais de uma discussão pública com a participação de todos os implicados. Por

---

<sup>19</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (Brasil, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.)

<sup>20</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 1953.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 212.

isso nem um órgão colegiado e muito menos um juízo monocrático pode pretender interpretar construtivamente o direito. O poder jurisdicional não é hierarquicamente superior ao poder comunicativo. A jurisdição não pode portanto, submeter-se a si o poder comunicativo, porque ele é a fonte de toda a legitimação do direito e do Estado de Direito. Até porque a legislação implícita, criada pelo jurisdição, coloca em risco a racionalidade, o exercício do direito sobrecarrega a base de legitimação do poder judiciário. Por mais conhecimentos técnicos e experiência que os especialistas na interpretação do direito: a interpretação da Constituição e dos objetivos das políticas públicas não é monopólio da jurisdição. Como se vê, na teoria do discurso de Habermas, o poder jurisdicional sofre restrições. Porque no paradigma procedimentalista do direito, a jurisdição está subordinada ao poder comunicativo da autonomia política dos cidadãos, como gênese do processo democrático, que a jurisdição tem que proteger.<sup>22</sup>

Para Habermas, o espaço público não é uma instituição, pois como instituição não permite a formação de papéis e competências específicas e funcionamento diferenciado, assim, como também não é um sistema, uma vez que seus horizontes são abertos, permeáveis e maleáveis. Para o doutrinador, o espaço público deve ser considerado como uma verdadeira rede de feixes comunicacionais, de encontros e desencontros de tomadas de posição e de ações comunicativas; deve ser o lugar onde as opiniões públicas são sintetizadas, onde se convergem as dicotomias, as disputas, as diferenças, os dilemas, os debates, as contraposições axiológicas.<sup>23</sup>

A mudança comportamental deve iniciar pelo próprio homem, o qual, na concepção habermasiana, é um ser plural, nascido em comunidade linguística e convivendo em um mundo marcado pela intersubjetividade e com o qual compartilha expectativas, visões culturais e objetivos comuns.

Habermas critica a teoria do contrato social de Rousseau, assim como a teoria Kantiana, na medida em que impõe às mesmas a imagem platônica e rompida dos mundos inteligível e sensível. Desta forma, a ordem valorativa ideal passa a espriar sobre a realidade social. Ora, sendo o direito produto do conceito de sujeito, arraigado ‘a filosofia da consciência’, Rousseau o concebe como de um povo que participa dos costumes comuns, tratando o direito como declinação da moral, inconcebível para o filósofo de Frankfurt.<sup>24</sup>

Corroborando com o entendimento de Habermas, Bonavides destaca que:

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 212-213.

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 133

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 120

Sem a participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organiza, conduz no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos<sup>25</sup>.

Desta forma, Habermas propõe a necessidade de uma formação de opinião e de vontade dos cidadãos, capaz de desenvolver e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito que pressupõe a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal. A abertura dos espaços públicos aos cidadãos proporciona discussões que viabilizam a coparticipação das partes na produção do provimento jurisdicional, afastando a responsabilidade exclusiva do Estado em julgar todo e qualquer conflito.

Assim, a participação social efetiva na formação das normas e na operação do direito legitima o Estado Democrático de Direito, bem como internaliza no cidadão a sua própria responsabilidade em relação aos “*status quo*” social, levando-o a contribuir para a pacificação social, na medida em que utiliza métodos autocompositivos que valorizam o diálogo, substituindo o uso exclusivo da máquina judiciária para tentar resolver por si só os seus conflitos.

## **5 MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DO AGIR COMUNICATIVO**

Nas universidades americanas, em especial na Harvard Law School, ocorreu o movimento em favor de outros instrumentos de solução de conflitos, atribuindo-se a Frank Sander, a criação do termo *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, a qual foi utilizada pela primeira vez em um trabalho organizado pelo professor para “*Pound Conference: perspectivas sobre a justiça no futuro*”, realizada em Mineápolis, EUA, em 1976.<sup>26</sup>

Através de vários estudos para aprimoramento das técnicas de negociação e conciliação chegou-se ao aperfeiçoamento do método de mediação, uma vez que havia temor de muitos estudiosos e doutrinadores em que a conciliação se tornasse mero paliativo para redução do congestionamento do judiciário, não atingindo o objetivo maior de proporcionar um acesso efetivo a Justiça, como explica Mauro Capelletti:

Esse método, portanto, não parece ser promissor em nossa busca por soluções equânimes para o problema de acesso à justiça. Existem, no

---

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal do estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 2-3.

<sup>26</sup> SALLES, Carlos Alberto. *Negociação, mediação e arbitragem*. São Paulo: Método, p. 5.

entanto, possibilidades de melhor utilização dessa técnica. É interessante analisar rapidamente, agora, um sistema relativamente novo, o sistema de mediação de Michigan (1971), o qual, embora limitado a casos de indenização por danos, corrige os dois principais defeitos do procedimento britânico.<sup>27</sup>

Ainda na década de 80, o Congresso dos Estados Unidos aprovou o “programa nacional para resolução de disputas a ser administrado pelo Departamento de Justiça”, fazendo com que os meios alternativos de solução de conflitos repercutissem positivamente e encontrassem terreno fértil para sua expansão. Nos anos noventa já havia nos Estados Unidos mais de trezentos centros de resolução de conflitos, baseados na fórmula da mediação, arbitragem e conciliação.<sup>28</sup>

A mediação extrajudicial é uma importante ferramenta para o fomento da participação da sociedade como auxiliadora da jurisdição, cujo escopo é a diminuição dos processos derivados de milhares de microlitros que congestionam o Poder Judiciário.

Kazuo Watanabe ressalta que não basta investir na solução de conflitos apenas pela via judicial, é preciso buscar meios pacificadores, superando a mentalidade individualista e voltando nossos esforços para alcançar o bem estar geral da sociedade, a saber:

A mediação tem que ser praticada como uma forma de pacificação da sociedade e não apenas como uma forma de solução de conflitos. Gostaria de deixar isso bem destacado, para os juízes, advogados, promotores, enfim, para os profissionais do Direito que ainda têm aversão ou preconceito a essas formas alternativas<sup>29</sup>.

A mediação se apresenta como ferramenta importante de utilização da sociedade no que diz respeito a solução de controvérsias sem a necessidade da intervenção estatal, uma vez que é inerente à natureza humana, anterior ao surgimento do Estado como ente politicamente organizado e monopolizador da tutela jurisdicional.

Confúcio, que viveu entre 550-479 a.C., apregoava ser possível construir um paraíso na Terra, desde que os homens pudessem compreender-se mutuamente e resolver

---

<sup>27</sup> CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracei Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 89

<sup>28</sup> DIAS, Giane Q. Panorama Mundial Da Aplicação Dos Meios Alternativos, fl. 04 *apud* BEDÊ, Judith. *Mediação*: Uma forma de concretização do acesso à justiça. Dissertação apresentada como requisito parcial de aprovação no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Orientação: Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz. 2009, p. 17

<sup>29</sup> WATANABE, Kazuo. *Mediação: Um projeto inovador*. Conselho da Justiça Federal. *Cadernos CED*, Brasília, v. 22, p. 60. 2003

pacificamente seus problemas. Para ele, existia uma harmonia natural nas questões humanas, estabelecendo assim a mediação como método mais eficiente de consolidação da paz.<sup>30</sup>

A mediação não pode mais ser considerada como uma forma primitiva de solução de conflitos, destacando-se no panorama atual em virtude de sua efetividade como instrumento de solução de conflitos e eliminação da superfluidade dos processos remetidos a prestação jurisdicional do Estado.

A experiência estrangeira e de projetos em universidades e tribunais brasileiros, tem comprovado que a mediação é o instrumento mais adequado para tratar o conflito intersubjetivo, em especial, casos que tenham relacionamentos continuados, pois tem por escopo conscientizar os atores sobre os seus papéis no conflito e na sociedade, levando-os a enxergar a outra parte como digna de ser ouvida e, conseqüentemente, respeitada, bem como a buscar soluções que se coadunem com seus reais interesses e necessidades.

Outra importante característica da mediação é o empoderamento das partes, que visa ensiná-las, por demonstração, de que são capazes de compor em qualquer situação, até mesmo sem o auxílio do Estado.

O ser humano, por meio da dialética participativa, acaba construindo o conhecimento. Nesse ponto, Habermas destoa com o plano metafísico de conhecimento e aplicação do direito por meio de um ideal de justiça - sendo ela, a justiça, elaborada por meio do diálogo social nos espaços públicos - o que pode ir ao encontro das formas alternativas de solução dos conflitos, até porque a justiça deixa de ser uma decisão fundamentada e imposta para se tornar um acordo voluntário com opção de ganhos recíprocos.

Note-se que a propagação do conhecimento a respeito dos métodos autocompositivos, nem sempre foi uma preocupação dos governantes do Estado, que muitas vezes tem a intenção de manter os cidadãos sob o domínio de uma minoria que afere vantagens a guisa da ignorância do povo e ausência de participação ativa da população.

Fomentar e trazer entendimento sobre os métodos autocompositivos implica proporcionar aos cidadãos a capacidade de pensar o empoderamento, ou seja, o indivíduo passa a refletir sobre os seus reais interesses e necessidades diante de situações conflitantes, buscando por si só uma solução pacífica.

---

<sup>30</sup> CITAÇÕES. Disponível em: <<http://citacoespauloac.blogspot.com.br/2011/10/china.html>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

## 5.1 A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E GESTOR DE CONTROVÉRSIAS

Assim como a Constituição Brasileira faz menção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, também concede ao advogado a posição de agente indispensável na administração da justiça, conforme prevê o artigo 133 da CF/88.<sup>31</sup>

Não obstante, o Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu artigo 2º, *caput*, ressalta a importância do exercício da advocacia como administrador da justiça e defensor do Estado, da moralidade e da paz social.<sup>32</sup>

Dessa forma, é importante salientar a necessidade de mudança de comportamento dos advogados na aplicação de métodos autocompositivos, conduzindo a diminuição do número de processos e, conseqüentemente, a melhoria na qualidade da prestação jurisdicional estatal visando o objetivo primordial que é a pacificação social e a qualidade de vida dos cidadãos.

O advogado deve ter a consciência de seu papel e de sua importância, postulando por processos mais céleres, sempre repelindo a utilização incorreta do processo para aproveitamento do fator temporal em causas nas quais inexitem condições de reversão, gerando uma demora desnecessária das decisões judiciais.<sup>33</sup>

Fernando Fonseca Gajardoni comenta que a efetivação de uma mudança do comportamento dos operadores do direito, inicia-se com uma mudança na preparação do profissional jurídico nas próprias faculdades e universidades jurídicas:

Uma reformulação do ensino jurídico, com a inclusão no programa de novas áreas do conhecimento; com a preocupação em dar ao aluno uma formação mais conceitual, preparando-o para a autocompreensão das transformações da sociedade, prejudicada a especialização precoce; e, principalmente, com uma formação predominantemente pacificadora, ao invés de contenciosa; de certo contribuirá para que, no futuro, os litígios sejam antevisto e resolvidos extrajudicialmente e, conseqüentemente deixando que o recuso à via judicial seja, sempre, a última opção.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

<sup>32</sup> Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

<sup>33</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 94.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 95.

O profissional precisa ter intrepidez e capacidade argumentativa para demonstrar a parte que uma de suas funções primeiras é instruí-la acerca de seus direitos e deveres, bem como sobre as vantagens de uma composição satisfatória para ambos as partes, sendo merecedor de seus honorários pelo labor exercido, ainda que não seja necessário o ajuizamento de uma ação.

Muitos litigantes, por estarem cheios de si, como inimigos do bom senso, acreditam que o bom profissional é aquele que arrasta a demanda as últimas consequências, ou que por meio de uma boa oratória, podem convencer os magistrados sobre as razões de seu cliente, caso contrário não faria jus a remuneração pactuada. Esse pensamento faz parte da cultura litigiosa de nosso país, levando o advogado muitas vezes a incentivar ou, mesmo até, forçar o ajuizamento de uma ação judicial sem sequer pleitear uma composição conciliatória anteriormente.

## **6 CONCLUSÃO**

As atuais demandas precisam ser solucionadas com segurança e eficiência, através de uma nova ótica de aplicabilidade das normas jurídicas, as quais tem por fim motivar a participação social plena e capaz de dirimir seus próprios conflitos com espírito altruísta e ético.

A mediação é um método que busca a participação ativa de todos os atores, sendo impossível a composição sem a mesma, capacitando as partes a refletirem sobre a controvérsia, as vantagens do acordo, suas necessidades e reais interesses.

Necessário ressaltar que a autocomposição não anula o importante papel dos advogados, inclusive no próprio cenário da mediação, devendo, eles mesmos, colocarem-se como aliados na busca por uma solução justa, satisfatória e rápida para o caso concreto.

Ora, a mediação não tem capacidade de fazer cessar os processos judiciais, nem tem esse objetivo, mas devemos atentar para o absurdo vivenciado pelo Poder Judiciário em face do número infindável de matérias com as quais tem de lidar e de demandas desnecessárias, casos em que o diálogo, a orientação compositiva e a compreensão seriam suficientes para uma solução justa por meio da autocomposição.

Os grandes litigantes também deveriam ser estimulados a buscar a autocomposição, vez que os processos com matérias semelhantes lotam os juizados especiais. São indenizações – infindáveis - por danos morais e materiais, por parte de consumidores e que sempre

apresentam o mesmo “script” por parte destas grandes empresas: sem acordo na 1ª audiência de conciliação, arrastando o processo até o último grau de recurso possível.

O Estado não deve ser excluído no que lhe cabe a proporcionar o acesso a jurisdição para solucionar os conflitos, porém, o fluxo de processos deve ser de acordo com a capacidade do Poder Judiciário em proporcionar um resultado satisfatório, seguro, imparcial, justo e em tempo hábil.

O Estado tem que ser tido como última opção na solução do conflito, devendo, primeiramente, as partes tentarem sanar por si só o litígio. Para tanto, é necessário empenho de toda a sociedade e também do Estado e suas instituições e órgãos, na expansão do conhecimento a respeito dos métodos autocompositivos juntamente com as condições de capacitação dos cidadãos para refletirem sobre sua própria realidade e, com a utilização dos métodos de autocomposição, optarem pela melhor forma de solucionar suas lides, visando ganhos mútuos e pacificação social.

## REFERÊNCIAS

BEDÊ, Judith. *Mediação: Uma forma de concretização do acesso à justiça*. Dissertação apresentada como requisito parcial de aprovação no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Orientação: Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal do estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CALMON, Petrônico. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracei Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

\_\_\_\_\_, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Viver em Sociedade*. São Paulo: Moderna, 1985.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HABERMAS, Jurgen. *Comentários à Ética do Discurso*. São Paulo: Piaget, 1999
- \_\_\_\_\_. *Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.
- HOBBS, Thomas. *Elementos da Lei Natural e Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 92
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PASUKANIS, Evgeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- SALLES, Carlos Alberto. *Negociação, mediação e arbitragem*. São Paulo: Método. 2013.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.
- WATANABE, Kazuo. *Mediação: Um projeto inovador*. Conselho da Justiça Federal. *Cadernos CED*, Brasília, v. 22, 2003