

Mediação de conflitos como instituto de acesso à justiça: do consenso à produção e reconhecimento da diferença

Marcelino Meleu¹
Sheila Marione Uhlmann Willani²

RESUMO

Este texto adentra na discussão sobre a importância do instituto da mediação de conflitos para a efetivação do acesso à justiça, uma vez que, o sistema de justiça brasileiro encontra-se em mutação, a partir da implementação de ações visando a adoção de métodos não adversariais de tratamento de conflitos, como no caso da mediação. O pensamento jurídico pós Constituição de 1988 deve estar voltado à concretização dos direitos humanos e, para tanto, urge a humanização do Direito e da Justiça, com distanciamento de uma concepção normativista dos métodos de resolução de conflitos, em especial, no que tange a conflitos envolvendo relações continuadas. Nesse contexto, em âmbito geral, se objetiva, na presente, identificar a importância da mediação de conflitos; reforçar a necessidade de uma base teórica que sustente juridicamente tal instituto, bem como, destacar a insuficiência do consenso para identificação de sucesso para a mediação. O aprofundamento teórico do estudo baseou-se na pesquisa bibliográfica, consistindo na leitura de várias obras e artigos científicos à respeito do tema, utilizando-se o método sistêmico, preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, uma vez que pretende descrever os sistemas (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente. Percebeu-se a importância da mediação para a reformulação do sistema de justiça brasileiro, bem como a insuficiência do consenso para aferição do sucesso de tal instituto e, a carência de uma fundamentação teórica para fins de evitar um cenário de *panmediação*.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Mediação de conflitos. Consenso. Direitos Humanos.

**Conflict mediation as an Institute of access to justice: the production of
consensus and recognition of difference**

ABSTRACT

This text enters into the discussion on the importance of conflict mediation Institute for effective access to justice, since the Brazilian justice system is changing, from the implementation of actions aimed at the adoption of nonadversarial methods of treatment of conflicts, as in the case of mediation. The 1988 Constitution post legal thinking must be

¹ Advogado. Professor universitário na UNOCHAPECÓ (Chapecó/SC). Doutor em Direito Público pela UNISINOS-RS. Mestre em Direito pela URI- Santo Angelo/RS. Pesquisador CNPq. E-mail: marcelinomeleu@gmail.com

² Mestre em Direito pela URI- Santo Angelo/RS. E-mail: sheilawillani@gmail.com

geared to the realization of human rights and, to this end, urges the humanization of law and justice, with detachment of a normativista conception of conflitos resolution methods, in particular as it pertains to conflitos involving continued relations. In this context, in General, if objective, at present, tell the importance of mediation of conflitos; reinforce the need for a theoretical basis to support such legal Institute, as well as highlight the lack of consensus for identification of success for mediation. The deepening of theoretical study was based on the bibliographical research, consisting in reading several books and scientific articles about the theme, using the systemic method, advocated by Niklas Luhmann, which is not deductive or inductive, since it aims to describe the systems (open and closed) and their relationship with the environment. It was realized the importance of mediation for the reformulation of the Brazilian justice system, as well as the lack of consensus for gauging the success of this Institute and the lack of a theoretical foundation for the purpose of avoiding a panmediação scenario.

Keywords: Access to justice. Conflitos mediation. Consensus. Human Rights.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar, de forma sucinta, o acesso à justiça por meio da efetivação do instituto da mediação de conflitos num contexto voltado à observância dos direitos humanos e assim, o respeito à produção da diferença pela sociedade, o que, pode sugerir a insuficiência do consenso como elemento de validade para aquele instituto.

A relevância temática está fundamentada na reconfiguração dos sistemas de justiça no mundo, de modo a introduzir e fomentar a inserção de outras formas de tratamento de conflitos, para além do processo judicial. No Brasil ações nesse sentido, vem sendo implantadas pela Secretaria da Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça, bem como, pela proposição de marcos legais para a mediação e ainda reformas, como a pretendida no Código de Processo Civil, que além de outras, pretende a regulamentação daquele instituto.

O conflito constitui elemento de alta complexidade, uma vez que, inerente ao convívio social e, o judiciário, atento a esse contexto, obervou a necessidade de ampliação das espécies do sistema social de tratamento de conflitos. A sociedade em sua complexidade, demanda outras espécies além do processo litigioso judicial, o que, reforça a utilização de métodos como a conciliação, a negociação, a arbitragem e a mediação, para fins de tratar os conflitos originários em seu seio.

Em um contexto complexo de sociedade, não existe possibilidade de observações verdadeiras, tranqüilas e seguras, uma vez que, a complexidade se manifesta de tal forma que numa primeira observação só existiria fragmentação. Tal fragmentação pode levar a uma análise também fragmentada do conflito, o que pode acirrará-lo ao invés de tratá-lo.

Hodiernamente, no que tange as relações sociais, surgem espaços de identidade em construção e sempre questionáveis. Isso revela uma crise autopoiética da sociedade, que Teubner, recuperando o que Luhmann afirma no livro “Sociedade da Sociedade”, discute por meio da idéia de policontexturalidade.

Essa policontexturalidade é que permite que se observe a partir das categorias da teoria dos sistemas, os novos sentidos do Direito e a autopoiese da sociedade. Nesse sentido, este estudo justifica-se, pela necessidade de implementação de ações sociais dirigidas as comunidades que integram uma determinada sociedade, de modo a responder juridicamente os anseios destas parcelas da sociedade comumente esquecidas pelos sistemas políticos e, assim, possibilitar um efetivo acesso à justiça a estas.

Já a atualidade do tema, se verifica em especial, pela re(configuração) dos sistemas sociais de tratamento de conflitos, como referido, a partir da implementação da introdução de outras formas para além do processo litigioso judicial. Todavia, há que se evitar um clima de *panmediação*, uma vez que este instituto não alcança a totalidade dos conflitos. A panacéia da mediação, por vezes ocorre sem a preocupação de um fundamento teórico, o que, justifica pesquisas desse porte, que objetiva em um aspecto geral, analisar o acesso à justiça na modernidade e, de forma específica, estudar o contributo do instituto da mediação para a efetivação daquele acesso, além de ressaltar a insuficiência do consenso para a validade da mediação, como forma adequada de tratamento de alguns conflitos.

O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras, utilizando-se do método científico sistêmico, preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, uma vez que pretende descrever os sistemas (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente para formalizar a pesquisa.

O presente artigo está estruturado em três partes: a primeira: acesso à justiça na modernidade; a segunda: a mediação de conflitos e seu contributo para a efetivação do acesso à justiça, e; a terceira: do consenso à produção e respeito à diferença.

Num primeiro momento, será analisado como a re(configuração) dos sistemas políticos latino-americanos contribuem para a efetivação do acesso à justiça num contexto multicultural.

A seguir, comentar-se-á, sucintamente, sobre acesso à justiça na modernidade, de modo a identificar sobre qual modernidade se esta analisando o referido acesso e a participação popular para a efetivação daquele, em um contexto outorgado pelos fundamentos dos Direitos Humanos.

Após, a mediação de conflitos e seu contributo para a efetivação do acesso à justiça, identificando o conceito e modelos de mediação, bem como seus fundamentos teóricos e formas de utilização no sistema brasileiro.

Em um terceiro momento, tentar-se-á compreender a insuficiência do consenso, como elemento de validade da mediação de conflitos, face à identificação da produção social de diferenças, o que provoca, para fins de efetivação do acesso à justiça, a utilização de métodos de tratamento de conflitos que respeita as diferenças entre os conflitantes.

1 ACESSO À JUSTIÇA NA MODERNIDADE

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 e da conseqüente instauração do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça passa a ser percebido como algo que vai além da simples prestação jurisdicional, transcendendo, portanto, o acesso ao Poder Judiciário.

Tal modelo vem ao encontro de uma preocupação da modernidade³, o que impõe uma análise sobre qual modernidade se trata. Nesse aspecto, convém recordar as distinções propostas por Pierre Guibenti, que sugere uma transição no que concerne à qualificação da sociedade, já que alguns autores consideram que vivemos em um contexto de "pós-modernidade"⁴, "segunda modernidade ou modernidade reflexiva"⁵, ou ainda, "modernidade líquida"⁶; portanto "A discussão da transição que estaria actualmente em curso tem-se

³ Como já referiu Warat, a modernidade de que se fala "não tem nada a ver com o uso vulgar do termo, que o emprega como equivalente às coisas e às condutas que são atuais; tampouco o empregamos como uma das Idades da história (desde a Revolução Francesa, estamos na idade contemporânea). Pretendo referir-me à modernidade como condição cultural. Quando se trata de falar em modernidade como condição, está se fazendo referência a um fenômeno de organização cultural, um paradigma que surge para o ocidente desde o século XVI [...]". (WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 178).

⁴ Contrariando o termo, Hommerding aduz que "No caso do Brasil, a modernidade ainda não começou, pois tem sido considerado um país de 'modernidade tardia', em que o *Welfare State* não passou de um simulacro. Dito de outro modo, o país vive uma espécie de 'pré-modernidade', situação da maioria dos brasileiros explorados e excluídos socialmente. A experiência do Estado do Bem-estar Social, pois, ficou longe de ser concluída no Terceiro Mundo [...] onde há uma nítida contradição entre o quadro social real e os textos das leis e da Constituição". (HOMEERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 25-26).

⁵ "Modernidade reflexiva significa a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O 'sujeito' dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental". (BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Trad. Magda Lopes. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 12).

⁶ Nesse sentido, consultar: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

apoiado, principalmente, na comparação com uma outra transição, a entrada na modernidade, na viragem do século XVIII para o século XIX"⁷.

Desta forma, a realidade social passa, inicialmente, por uma mudança paradigmática, ao deixar de ser determinada por fatores externos à ação humana, como no caso de uma vontade divina ou pela força da tradição. Essa ruptura marca o início da contextualização da modernidade e tem na Revolução Francesa e na Independência dos Estados Unidos uma distinção temporal, pois, a partir dessas experiências, o homem passa a definir o seu futuro, uma vez que se insere o pressuposto da liberdade na definição da realidade social, além da fuga do abstrato com a razão.

No século XX, se verificou o surgimento de uma terceira modernidade e, com ela, o recuo do Estado com a desagregação de grandes projetos coletivos que se vinculavam à ideia de progresso e desenvolvimento. Diante desse cenário, que apresenta a percepção de uma crescente complexidade e conflitualidade das sociedades, é necessário que se pense a criação de novas disciplinas de conhecimento e a profunda renovação dos métodos das disciplinas existentes, como no caso do Direito.⁸

Integrar o projeto social da segunda modernidade com o projeto de globalização evidenciado na terceira modernidade é o desafio da contemporaneidade e, no campo do Direito, tal necessidade de integração se mostra ainda mais urgente, uma vez que, do mesmo modo que são necessárias as prestações sociais, também se evidencia a necessidade de crescimento econômico, sob um espectro globalizado. É reconhecendo esse dilema e as propostas econômicas e cidadãs que o acesso à justiça vem pautando discussões no campo sociológico e jurídico.⁹

O tema acesso à justiça e sua viabilização ainda é corrente em vários foros¹⁰, o que demonstra que tal promessa ainda resta incumprida pelas sociedades. Com certeza, avanços

⁷ GUIBENTIF, Pierre. **Avaliação e reflexividade:** a prática da sociologia na "terceira modernidade". In: Cidades - Comunidades e Territórios (Revista do CET - Centro de Estudos Territoriais). n. 10. Lisboa: ISCTE, jun. 2005, p. 93.

⁸ *Ibid.*, p. 93-115.

⁹ Nesse sentido, trabalhos como os realizados por Boaventura de Sousa Santos ressaltam que "O Brasil, sem ter um Estado-providência muito denso, tem vindo a consolidar políticas sociais, algumas mais fortes, outras mais débeis", e que o "neo-liberalismo revelou suas debilidades. Não garantiu o crescimento, aumentou tremendamente as desigualdades sociais, a vulnerabilidade, a insegurança e a incerteza na vida das classes populares e, além disso, fomentou uma cultura de indiferença". Com tais considerações, Boaventura sugere um protagonismo do judiciário, que abre uma nova fase. "Essa busca por uma justiça cidadã, conduz-me necessariamente a avaliar o processo de reforma do judiciário brasileiro como um processo em curso, cujos objectivos e resultados ainda estão por definir. A reforma do judiciário em curso tem seu marco institucional inaugural no final do ano de 2004, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45". (In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 17-25).

¹⁰ Que inclusive fomentam grupos de trabalho, como ocorre nos encontros e congressos do CONPEDI, em muitas Instituições de Ensino Superior e em organizações do sistema judiciário, para citar apenas alguns

ocorreram, pois, hoje em dia, o acesso à justiça não é sinônimo de acesso ao judiciário, como já se imaginou, podendo ocorrer, tanto através da prestação jurisdicional quanto por outras modalidades, como a arbitragem privada, por exemplo.

No que concerne ao acesso à justiça por meio do acesso jurisdicional, a Carta brasileira estabelece a obrigatoriedade do Poder Judiciário de apreciar lesão ou ameaça de direito¹¹. No cenário internacional, verifica-se que o tema consta em vários diplomas, tais como: Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, datada de 4 de novembro de 1950, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Todavia, em que pese a expressa previsão constitucional e internacional do acesso à justiça, este direito não está totalmente concretizado, necessitando de maiores estudos para o desenvolvimento de práticas que realmente o efetivem. Ainda se mostra como uma promessa moderna incumprida e que as sociedades que pautam sua organização, recepcionando o tema de acesso à justiça, se auto-obrigaram.

Tal obrigação leva parte da doutrina a identificar o cidadão como consumidor da justiça e, por isso, tem total direito de receber esse “produto final” sem qualquer tipo de vício¹², ou seja, todo e qualquer jurisdicionado/consumidor tem assegurado seu direito de recorrer ao judiciário para defesa de seus bens e direitos, devendo receber um tratamento adequado. Mas, em sendo amplo, o acesso à justiça contempla o acesso à tutela jurisdicional. Nesse sentido, é preciso entender que tal acesso significa o ingresso da contenda no sistema judiciário traduzido por meio de um processo e, após o devido processo legal, resguardados o contraditório e a ampla defesa, haja uma decisão proferida em tempo razoável e com qualidade para que trate, adequadamente, o conflito, pacificando a relação conflituosa posta em juízo.

Se há uma tutela jurisdicional que resulta intempestiva para preservação do bem da vida ou do direito ou, ainda, se esta tutela é injusta¹³, além da inefetividade que causará ao direito, irá ferir o próprio princípio ao acesso à justiça. São muitos os aspectos que dificultam

exemplos brasileiros. Tais foros alimentam publicações sobre a temática e, com isso, a discussão da matéria que não se esgota, ao contrário, sempre permeia o direito e sua efetividade.

¹¹ Art. 5.º [...]. XXXV – A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” *In*: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

¹² ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça & efetividade do processo**: a ação monitória é um meio de superação de obstáculos? Curitiba: Juruá, 2006. p. 42.

¹³ Para os fins aqui pretendidos, coloca-se o caráter de institucional da justiça, como definida dentro de uma cadeia organizada pelo subsistema político da sociedade, o primeiro promitente; o sistema judiciário, a comunidade, etc.

o acesso à justiça no Brasil pela via da tutela jurisdicional. Uma delas guarda respeito ao custo para acessar aquele sistema, que, aliás, sequer é padronizado, pois, por exemplo, “no âmbito da justiça estadual, não só as custas judiciais variam muito de Estado para Estado, como não parece haver um critério racional que justifique essa disparidade. [...] É verdade que o país é regionalmente muito diferenciado, mas, mesmo assim, há muita irracionalidade”¹⁴ na definição das custas.

Como o acesso efetivo à Justiça sustenta, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a ocorrência de três “ondas renovatórias do processo” - entre elas, afirma a existência de soluções judiciais, extrajudiciais e institucionais, com vistas à solução e à prevenção de litígios¹⁵ - não há como se negar, como já referido, que o acesso à justiça possui caráter fundamental e representa o mais básico dos direitos humanos em um sistema jurídico moderno e, que ainda permeia as discussões jurídicas e sociais.

Todavia, os altos custos, como já referido, acabam afastando os cidadãos menos favorecidos, pois “a resolução formal dos litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas”¹⁶, o que leva à necessidade de se pensar na primeira onda renovadora, que propõe práticas para os problemas de acesso à justiça. Tal onda compreende que “os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres”¹⁷. Em que pese tal proposta renovatória surgir no final da década de 1970 - momento em que Cappelletti e Garth publicam seu estudo - até os dias atuais, os altos custos acabam afastando o cidadão mais humilde da justiça formal.

Quando ultrapassada a barreira econômica dos custos do processo, surgem outros empecilhos, como a morosidade, a burocracia estatal, a formação dos juízes e a insuficiência da decisão proferida. “No Brasil, caminha-se rumo a uma gradativa expansão dos polos processuais. [...]. Atualmente, a Emenda Constitucional 45, de 2004 (EC 45/2004), trouxe uma série de alterações ao texto constitucional pretendendo promover o acesso à justiça”.¹⁸

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 45-46.

¹⁵ Nesse sentido, consultar: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

¹⁶ *Ibid.*, p. 15-16.

¹⁷ *Ibid.*, p. 31-32.

¹⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 33.

A Emenda Constitucional (EC) n.º 45¹⁹ traz mudanças significativas²⁰, sendo que a alteração no art. 5.º da Constituição Federal garante que a todos, no âmbito judicial e administrativo, sejam assegurados uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Tal mudança, para parte da doutrina, compreenderia uma resposta a uma “crise na prestação jurisdicional e as dificuldades na implementação dos direitos para a maioria da população”²¹ e serviria para contribuir para conquistar uma ampliação no acesso à justiça e, assim, promover a concretização de direitos com qualidade em um razoável lapso temporal.

O acesso à justiça, depois de ultrapassada a conceituação que o ligava como sinônimo de acesso ao judiciário, deve levar em conta o tema Direitos Humanos. Sobre o tema, Habermas alerta que a ideia de Direitos Humanos, que se anuncia no Direito como liberdades de ação subjetivas e iguais, não pode ser colocado como uma barreira externa ao legislador soberano e, ao mesmo tempo, não pode ser considerado como um requisito funcional instrumentalizado para atender os fins deste legislador. Por isso, o autor aduz que, para fins de garantir a expressão correta daquele instituto, há de se “considerar o procedimento democrático a partir do ponto de vista da teoria do discurso: sob condições do pluralismo social e de visões”, pois, nessa perspectiva seria “o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito”.²²

E é justamente a participação popular sob o domínio de atuação, outorgado pelos fundamentos dos Direitos Humanos, que abre a possibilidade de se repensar o acesso à justiça, por meios próprios, ou seja, abre a possibilidade de ser implementado pela própria população. Para tanto, há que se ampliar o enfoque para que se compreenda a existência de formas desjudicializadas de tratamento de conflitos. Esta mudança de concepção guarda relação com um conceito amplo de administração da justiça. Nesse sentido, Álvarez aduz que tal administração deve ser entendida “como la oferta de servicios de tutela que incluyan, además de la jurisdicción estatal, mecanismos alternativos de resolución de disputas. El

¹⁹ A qual altera dispositivos dos arts. 5.º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A e dá outras providências. No art. 5.º, houve a introdução do inciso LXXVIII. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 mar. 2013).

²⁰ Sem esquecer outras significativas, como a introdução dos Juizados de Pequenas Causas, com a Lei n.º 7.244, aprovada em 1984. O sucesso de tais juizados fez com que a Constituição de 1988 os incorporasse (arts. 24, X, e 98, I).

²¹ SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. *In*: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Orgs). **Reforma do judiciário**: comentários à emenda constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271.

²² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperger; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 299-300.

sistema de justicia ha resultado insuficiente para satisfacer la demanda de justicia de las sociedades modernas”.²³

Em que pesem as mudanças recentes no sistema de justiça brasileiro, o modelo ainda proporcionaria um acesso apenas formal *ao Judiciário* e não efetivamente *à justiça*, o que impõe o reconhecimento da necessidade de uma ampliação do conceito de acesso à justiça, pois aspectos objetivos e subjetivos, como desconhecimento das leis, sensação de inferioridade ante o formalismo do Judiciário e excesso de burocracia, impedem a efetivação de Direitos Humanos.

Para tanto, urge uma mudança de cultura, seja na atuação dos magistrados, seja na maneira de conceber a forma de comunicação entre o Direito e a sociedade. Nesse cenário o instituto da mediação de conflitos vem ganhando força no sistema brasileiro, com diversas ações, a fim de recepcionar e/ou implantar o referido instituto, contudo, na maioria das propostas, sejam legais, quanto doutrinárias, tratam a mediação como forma alternativa e, com a finalidade da busca pelo consenso, o que, ao nosso sentir se mostra inadequado e, insuficiente, como adiante será demonstrado.

2 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E SEU CONTRIBUTO PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Parte significativa da doutrina considera que a comunidade mundial se volta a institutos como a conciliação, mediação e negociação, tendo em vista uma crise funcional, que deriva da própria crise do Estado²⁴ e que acaba afetando a própria jurisdição, já que, por admitir várias funções, este Estado parece não conseguir desempenhar nenhuma com eficácia. Outro acontecimento paralelo é o crescimento da demanda da sociedade civil, o que obsta ainda mais as funções do poder.

Tal burocracia acirra a insuficiência e ineficiência dos aparatos estatais para a tutela jurisdicional célere e satisfatória em relação às demandas propostas, de um lado, e contribui para o “aumento extenso e intenso” das exigências sociais no que tange a um quantitativo e qualitativo acesso à justiça, por outro lado²⁵.

Nesse cenário, não é de se estranhar a baixa credibilidade da população na Justiça

²³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, p. 31.

²⁴ Nesse sentido, consultar: MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.11-35.

²⁵ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 106.

estatal (lenta, desgastante, onerosa, imprevisível), restando aos jurisdicionados a opção entre tolerar os prejuízos e insatisfações ou procurar outras formas de tratamento de conflitos, o que poderia acarretar uma perda referencial, evidenciando um certo pluralismo de ações e pluralismo funcional (executiva, legislativa, jurisdicional), com consequências como: (1) falta de governabilidade do Estado, pois passa a não conseguir finalidades puramente públicas e, assim, a sociedade passa, ela mesma, a se apoderar de tais finalidades – basta observar o fenômeno das privatizações; e (2) déficit de legitimidade do Poder Político, pois a representação política também não escapa da crise do Estado Social; sendo assim, os órgãos representativos do Estado, principalmente o Parlamento, passariam a perder legitimidade por não responderem às necessidades do povo, movendo-se muitas vezes por interesses econômicos e não políticos.

Nesse aspecto, Targa afirma que "o Poder Judiciário encontra-se assoberbado e não tem tido condições de dar soluções ágeis e economicamente acessíveis para aqueles que o procuram"²⁶. Assim, prega-se a procura por alternativas ao poder-dever do Estado em resolver os conflitos, considerando-se que, “entre os chamados meios alternativos de resolução de conflitos e a Justiça estatal, não existe antinomia ou incompatibilidade, mas, em verdade, são planos que devem se integrar e complementar”.²⁷

Porém, entende-se que a *alternatividade* deve ser ‘desassociada’ de tais institutos, pois, como já referido em outro momento²⁸, prefere-se afastar o conceito *alternativo* destes importantes institutos, especialmente a mediação, pois, ao empregar a palavra alternativa, se estaria hierarquizando e rebaixando a mediação se comparada ao modelo tradicional de resolução de conflitos, representado pelo processo judicial.²⁹

Ademais, a solução e a resolução dos conflitos, seja pelo processo judicial ou seja através de métodos extrajudiciais é de todo impossível sem a sua internalização pelos conflitantes envolvidos. Assim, prefere-se usar a expressão "Métodos Não-adversariais de Tratamento de Conflitos (MNATC)", pois uma comunicação não violenta é essencial para interagir com o outro sem pressupor que seja meu adversário/inimigo, o que é inerente às formas de autocomposição dos conflitos, a qual busca a solução pacífica daqueles conflitos

²⁶ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004, p. 106.

²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 98, n. 888, p. 9-36, 2009.

²⁸ Nesse sentido, consultar: MELEU, Marcelino. Mediação Comunitária: um novo modelo de jurisdição. *In*: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T. N. G. **Temas emergentes no direito**. Passo Fundo, Imed, 2009, p. 57-74.

²⁹ Sobre a crítica à conceituação alternativa feita aos meios não adversariais de tratamento de conflitos, consultar: MELEU, Marcelino. Mediação Comunitária: um novo modelo de jurisdição. *In*: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T. N. G. **Temas emergentes no direito**. Passo Fundo: IMED, 2009, p. 68.

pelos próprios envolvidos e, em alguns casos, com a contribuição de um terceiro, que atua como facilitador do diálogo, diferentemente do que ocorre com a autotutela, que apresenta uma reação violenta ao conflito, com imposição da força ou do que ocorre com a heterocomposição, em que a resposta ao conflito é outorgada de forma impositiva por um terceiro.

A proposta do novo Código de Processo Civil³⁰ estabelece, seja na redação original (art. 134), seja na proposta de alteração (art. 144), a possibilidade de os tribunais criarem um setor de conciliação e mediação. Atento e se antecipando a essa mudança legislativa, o CNJ editou a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, na qual reforça a utilização de métodos não adversariais de tratamento de conflitos.

Tal resolução dispõe, entre outros tópicos que "aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão"³¹.

No tocante a mediação, cumpre destacar que este instituto pressupõe a facilitação do diálogo entre partes envolvidas em um conflito, com auxílio da figura do mediador, que pode ou não estar vinculada ao sistema judicial tradicional, o que possibilita, a esses partícipes, o melhor entendimento sobre seus direitos, de maneira que possam elaborar e alcançar, por si, a melhor forma para tratamento de seus próprios conflitos.³²

Como já observado, a mediação não pode ser considerada *alternativa ao processo judicial*, até porque pode ser empregada de forma incidental no próprio processo ou autonomamente a ele.

É comum, na doutrina, tratar a mediação como método alternativo com vistas à solução dos conflitos, mediante um acordo, com a participação de um terceiro, o mediador, o que se critica com veemência, pelos motivos já expostos. Apesar das críticas, é importante destacar que geralmente elas são dirigidas à mediação extrajudicial, pois há um movimento no país promovendo a mediação judicial, a qual teria a função de ser uma mediação técnica.

Tal modalidade pressupõe uma negociação assistida, determinada em um processo autocompositivo, com vistas a uma composição. A assistência pode ocorrer por meio de uma

³⁰ Consulta disponível em: BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 03 out. 2013.

³¹ Na íntegra, disponível em: Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em: 09 set. 2013.

³² Nesse sentido, consultar: VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, família, escola e lei: a mediação de conflitos**. Lisboa: Agora Comunicação, 2006, p. 69-70.

orientação mais facilitadora ou mais avalizadora, sendo que "no modelo puramente avaliador, o mediador aprecia as propostas e os argumentos substanciais das partes e recomenda os termos do acordo, em vez de simplesmente administrar o processo"³³. Já no modelo facilitador, "o mediador age somente como facilitador ou administrador da negociação entre as partes ou do processo de resolução da disputa"³⁴, não expressando qualquer opinião sobre o mérito das questões postas pelas partes, em contraposição com aquele modelo que indica um agir técnico, inclusive para promover uma avaliação do caso e da posição dos tribunais sobre conflitos da mesma espécie, o que leva a doutrina estrangeira a refutar esse modelo como sendo mediação.³⁵

Aliás, da mesma forma que se critica a mediação extrajudicial baseada na necessidade da promoção do acordo, baseado no consenso e, de forma alternativa, ao processo judicial, estendem-se as críticas ao modelo judicial/forense apresentado naquela sistematização, com um agravante: a necessidade de o mediador ser um técnico. Essa proposição está permeando a discussão sobre o Novo Código de Processo Civil³⁶.

Nota-se, assim, que, se aprovado com a redação consolidada de acordo com o Senado Federal, a legislação processual brasileira sistematizará a mediação, impondo para fins de integrar o cadastro de mediadores, que este tenha um perfil técnico. Nesse sentido, em que pese a proposta originária, que determinava a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ser revista, a capacitação afeita àqueles profissionais permanece, pois na nova redação (art. 151) mantém-se uma sanção ao mediador que assessorar, representar ou patrocinar os interesses dos conflitantes, após o término do processo de mediação. Ora, quem tem condições de patrocinar a causa dos litigantes?

Ainda, a nova proposta coloca como requisito a conclusão de curso de capacitação em entidade credenciada pelo Tribunal, ou seja, que promova a mediação no sentido técnico proposto pelo órgão judiciário, o que descaracteriza os sentidos do instituto da mediação que, na essência - recorda-se que tal instituto, como já referido, remonta à Grécia antiga - se desvincula da burocratização inerente à organização judiciária.

³³ AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2009, p. 43-44.

³⁴ *Ibid.*, p. 43-44.

³⁵ André Gomma, apoiado na escola de negociação de Harvard, invoca o pensamento de estudiosos daquela instituição no sentido de afastar o modelo avaliador de uma autêntica mediação. Nesse sentido, consultar: AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2009, p. 44.

³⁶ Como se observa da redação do PL 166/2010 alterado. Nesse sentido consultar: BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

Contudo, o caso pode piorar, pois já há proposições para se estabelecer um marco legal para a mediação. Uma das propostas advém do Ministério da Justiça e, além de manter o caráter técnico já identificado na sistematização organizada pelo juiz André Gomma de Azevedo e seu grupo de trabalho da Universidade Nacional de Brasília (UNB), propõe, entre outras, a mediação via *internet* e o princípio do consensualismo³⁷. Tal proposta foi recentemente entregue pelo ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, à presidência do Senado Federal, e foi elaborada por uma comissão de especialistas daquele Ministério, sob a coordenação da Secretaria de Reforma do Judiciário. Em seu conteúdo, a proposta coloca a mediação como instrumento fundamental para a resolução dos conflitos e pode ocorrer de forma extrajudicial, judicial ou, ainda, pública.³⁸

Apesar de referir que qualquer cidadão pode se tornar mediador, desde que capacitado, a proposta estabelece que, no caso de mediação judicial, o mediador deve ser graduado, no mínimo há dois anos, e estar cadastrado pelo Tribunal³⁹. Concomitante a esta proposta produzida pelo Ministério da Justiça, uma comissão do Senado também elaborou um parecer visando exclusivamente à mediação extrajudicial, especialmente para "as chamadas demandas de massa".⁴⁰

Se Warat estivesse presencialmente entre nós, certamente se levantaria contra tal modelo. Isso porque a mediação, no sentido waratiano, pressupõe um emancipar da cidadania, "uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal"⁴¹, não se coadunando, portanto, com a sistematização legal deste importante instituto de tratamento não adversarial, que é a mediação. Aliás, como se extrai das propostas acima mencionadas, o jurista, invariavelmente, confunde mediação com conciliação. Essa confusão

³⁷ Arts. 35, 36 e 2, IV respectivamente, da proposta legislativa. Íntegra da proposta, no CONJUR, disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/pl-mediacao-mj.pdf> > Acesso em: 12 out. 2013.

³⁸ Ainda, "pelo texto do anteprojeto, a mediação pode tratar de todo o conflito ou apenas de parte dele, e se divide em três tipos: extrajudicial, judicial e pública. Ainda de acordo com a proposta, qualquer pessoa pode atuar como mediador, desde que devidamente capacitada em cursos que deverão ser reconhecidos pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação do Ministério da Justiça (Enam) ou pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111553>. Acesso em: 12 out. 2013.

³⁹ Nesse sentido, consultar a exposição de motivos disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/exposicao-motivos-pl-mediacao.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2013.

⁴⁰ Consultar Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/10/02/anteproyectos-das-leis-de-arbitragem-e-mediacao-serao-entregues-nesta-quarta>> Acesso em: 12 out. 2013.

⁴¹ WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**. A mediação no Direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998, p. 5.

há muito tempo foi denunciada por Warat, que ressaltou: "a mentalidade jurídica termina convertendo a mediação em uma conciliação".⁴²

Envolta em princípios/características próprias, como a voluntariedade, confidencialidade, flexibilidade e participação⁴³, bem como a privacidade, economia financeira e de tempo, oralidade, reaproximação das partes, autonomia das decisões e equilíbrio das relações entre as partes⁴⁴, o real objetivo da mediação é, portanto, que as partes envolvidas tenham discernimento e autoconhecimento suficiente para que decidam, de forma livre e responsável, o destino de controvérsias que só lhe dizem respeito, pois a "prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia"⁴⁵, e isso independe do consenso na elaboração de acordos⁴⁶, como já observado.

As propostas para um marco regulatório para a mediação não são novas. Em 1998, a Deputada Zulaiê Cobra apresentou o Projeto de Lei n.º 4.827⁴⁷, o qual obteve, em junho de 2013, parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal.

Assim como se entende que "uma crítica consistente na área de ciências sociais necessita ser transdisciplinar"⁴⁸ para fugir dos saberes estanques/autoritários que apresentam uma falsa solidez, concebemos a mediação como uma transdisciplina, uma vez que se caracteriza por uma interdisciplinaridade, pois atravessa diferentes saberes, e isso está vinculado aos seus antecedentes.

Nesse aspecto, para além do modelo de Harvard, que foca o acordo, se destacam o modelo Transformador (criado por Folger e Bush⁴⁹), e o modelo Sistêmico Narrativo (criado por Sara Cobb⁵⁰), com na ênfase na comunicação entre as partes, em que o "objetivo principal seria proporcionar aos mediandos a recuperação da capacidade de comunicação, sendo o

⁴² WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 89.

⁴³ COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem**: teoria e prática. Trad. Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁴⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134-137.

⁴⁵ Op. Cit., p. 137.

⁴⁶ Assim como na proposta do Ministério da Justiça, parte da doutrina coloca o consenso como princípio/característica da mediação. Nesse sentido, consultar: SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 152.

⁴⁷ O qual foi aprovado pela CCJ do Senado, em 21.06.2006, através de um substitutivo, o PLC n. 94/2002, o qual tramitou até 13 abr. 2007, quando foi arquivado. Nesse sentido, consultar: Senado Federal: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367>. Acesso em: 12 out. 2013.

⁴⁸ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 18.

⁴⁹ BUSH, Baruch, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation**: the transformative approach to conflict. San Francisco: Jossey Bass, 2004.

⁵⁰ Sobre tal modelo, consultar: SUARES, Marins. **Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 1996.

acordo visto como uma consequência natural da realização de um trabalho bem sucedido de fortalecimento e restabelecimento do diálogo entre as partes".⁵¹

Apresentando uma conjunção entre o modelo de Harvard, que pressupõe o acordo, e o Modelo Transformativo, que ressalta a relação social dos envolvidos, o Modelo Sistêmico-Narrativo tanto se propõe a cuidar da construção do acordo, quanto da relação social entre os envolvidos em uma relação conflituosa. Para tanto, Sara Cobb trabalha com as técnicas de comunicação e de negociação em um cenário sistêmico (visão sistêmica do conflito e da interação entre mediandos, sua rede social e mediador). Tal proposta é conhecida como Modelo Circular-Narrativo, uma vez que "el mediador, para poder manejar el conflicto, al que considera fundamentalmente como una 'narración de historias conflictivas'"⁵², e "considera que el conflicto tiene varias causas generadoras".⁵³

Para além desses modelos, pode-se incluir um modelo de mediação hedonista-cidadã⁵⁴, de viés waratiano, já que, para Warat, o mediador não deve se preocupar em intervir no conflito, de modo a transformá-lo, uma vez que muitas coisas no conflito estão ocultas, mas, mesmo não evidenciadas, consegue-se senti-las. Aliás, na concepção waratiana, "assim como para os demais surrealistas, as palavras, assim como a arte, não existem para apaziguar, muito pelo contrário, existem para vivenciarmos o que está reprimido"⁵⁵. A mediação, nesta concepção, assume vital importância "como pedagogia revolucionária de reconstrução de vínculos esmagados".⁵⁶

Assim, para a reconstrução dos vínculos esmagados e uma preocupação com os excluídos, "é necessário apostar na cultura, na alteridade, no desejo. A resistência cultural. A cultura da paz, da mediação, da alteridade do amor. [...]. A mediação dos excluídos"⁵⁷, acreditando que as pessoas possam "tomar conta de seus próprios conflitos e de seus próprios desejos"⁵⁸, pois "o grande segredo da mediação, [...] é muito simples, tão simples que passa

⁵¹ SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 163.

⁵² ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, 2003, p. 130-131.

⁵³ *Ibid.*, p. 131.

⁵⁴ Tal modelo é uma construção de nossa parte, a partir da vivência prática e da influência que o pensamento waratiano teve em nossa trajetória como pesquisador e professor universitário.

⁵⁵ PEPE, Albano Marcos Bastos. Prefácio. In: WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 18.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 24.

despercebido. [...]. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema"⁵⁹.

Nessa concepção, a emancipação é elemento central; todavia, deve-se entender por emancipação "as experiências que permitem aos homens se encontrar com eles mesmos, com sua própria estima, e os permita construir vínculos de cuidado e afeto com os outros, quer dizer estabelecer vínculos de alteridade"⁶⁰, que devem ocorrer na sociedade, ou seja, "nos espaços de relação, que deveriam ser espaços de alteridade, lugares de encontro com o outro"⁶¹, rompendo, assim, com um normativismo que distancia "toda possibilidade de emancipação como possibilidade, objeto, ou destino do Direito"⁶². Aliás, "como dizem alguns juristas brasileiros, o Direito se encontra na rua, no grito da rua, e alguém deve aprender a escutá-lo"⁶³ por meio de uma visão hedonista, resgatada por Warat, a partir de Epicuro e Michel Onfray, baseada na ética do prazer (entendido como supremo bem da vida) e o amor.⁶⁴

3 DO CONSENSO À PRODUÇÃO E RESPEITO À DIFERENÇA

A partir da complexidade do mundo pós-moderno, as melhores soluções dos problemas que são peculiares a esse contexto surgirão do confronto de opiniões divergentes (da diferença), "desde que se parta de um consenso básico quanto à possibilidade de se chegar e um entendimento mútuo, para o que não se pode partir de idéias preconcebidas, a serem impostas aos outros"⁶⁵. Ou seja, as melhores soluções surgem do consenso para a escolha do melhor modelo para tratamento do conflito e não do consenso proposto por Habermas.

⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 26.

⁶⁰ WARAT, Luis Alberto. Do Paradigma Normativista ao Paradigma da Razão Sensível. *In*: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T. N. G. **Temas rmergentes no direito**. Passo Fundo: IMED, 2009, p. 38.

⁶¹ *Ibid.*, p. 53.

⁶² *Ibid.*, p. 17.

⁶³ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁴ "Nascemos, você, eu, o outro, a outra, os outros como seres amorosos; essa é nossa condição constitutiva como seres humanos. Condição que não é própria de alguns, mas que é própria de todo ser humano. Se sou um ser humano, nasci como um ser amoroso. Conservo neste presente essa amorosidade mesmo em meu viver cotidiano? Estar conscientes destes fundamentos no amar no encontro com o outro, a outra ou os outros é o que torna possível o conversar libertador". (*In*: MATURANA, Humberto; DÁVILA YÁÑEZ, Ximena. Trad. Edson Araújo Cabral. **Habitar humano em seis ensaios da biologia-cultural**. São Paulo: Palas Athena, 2009, p. 237). Já para Bauman, o amor é carregado de ambiguidades e, quando direcionado a outra pessoa mortal, representa uma das principais empresas culturais em direção à imortalidade. (*In*: BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Trad. José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 286).

⁶⁵ *Ibid.*, p. 226.

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial⁶⁶, emergem reações contra a filosofia iluminista vigente à época, em face da dúvida acerca da civilização humana e a base dessa: a razão. O clima de desconfiança sobre as ações ditas racionais em um mundo que se autodestruía com bombas nucleares fez intelectuais⁶⁷ (FOUCAULT; DERRIDA; RORTY) observarem a condição humana e apostarem na capacidade do agir comunicativo contra o agir estratégico.

A Teoria Discursiva surge, pois, com “a pretensão de ajustar definitivamente a proposta de Habermas à filosofia da linguagem, de forma a se enquadrar em uma linha de pensamento alternativo ao irracionalismo e a suas objeções à razão como parâmetro para a civilização”.⁶⁸

Jürgen Habermas apresenta uma teoria⁶⁹ que não pretende ser apenas descritiva, mas que vá ao encontro das condições necessárias para uma legitimação democrática do direito que, portanto, sustente um Estado Democrático de Direito. Habermas apresenta, assim, mais pretensões normativas do que descritivas. Pretende reconstruir as funções do direito a partir de uma Teoria Discursiva, interpretando o fenômeno da modernidade de maneira a considerar a evolução social como um processo de diferenciação de segunda ordem. Assim, a modernidade, no pensamento habermasiano, deve ser analisada em uma dupla perspectiva – aumento de racionalidade do mundo da vida e da complexidade do sistema – que permite a observação da variação de crescimento entre uma e outra.

Com efeito, Habermas entende que há mais de uma perspectiva de observação da mesma sociedade. Todavia, considera ser possível a observação da evolução social a partir do mundo da vida, o qual não seria orientado, como pressupõe Luhmann, apenas por um meio

⁶⁶ Para o professor Paulo Ferreira da Cunha, da Universidade do Porto, as duas guerras mundiais foram devastadoras de liberdade e potenciadoras de Estado, e foram sucedidas por "um persistente clima de guerra fria desde a última até há bem pouco; o século XX criou um espaço cosmopolita de profundo desenraizamento pessoal e social. A droga, a violência gratuita, a angústia existencial, a insatisfação ambiental, urbana, laboral e conjugal (quase não há domínio em que as frustrações se não acumulem...) são um punhado de sintomas do radical corte que situações de exceção e soluções abstractas operaram entre o Homem e as suas raízes e laços mais profundos, os quais efectivamente lhe davam um norte e constituíam sólido cimento social. A começar, evidentemente, pela família e pelas instituições de autoridade (auctoritas, não potestas), da escola ao governo e aos tribunais". (*In*: CUNHA, Paulo Ferreira da. **Reflexões sobre o direito contemporâneo**. Revista Páginas de Filosofia. Porto, v. 1, n. 1, jan./jul. 2009, p. 32-48. p. 40).

⁶⁷ Que pretenderiam, segundo Souza Cruz, uma postura irracional. (*In*: CRUZ, Álvaro R. S. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 249).

⁶⁸ CRUZ, Álvaro R. S. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 132.

⁶⁹ “A base da teoria de Habermas é uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem. Segundo Habermas, em todo ato de fala (afirmações, promessas, ordens etc.) dirigido à compreensão mútua, o falante erige uma pretensão de validade (*eine Anspruch auf Gültigkeit*), quer dizer, pretende que o dito por ele seja válido ou verdadeiro num sentido amplo.” Conforme (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 161).

sistêmico, pois, neste, a observação está sempre ligada a um sistema. Na perspectiva habermasiana, o mundo da vida, portanto, não está subsumido nos sistemas⁷⁰. Ocorre que, como bem lembrou Leonel Severo Rocha, Luhmann, no seu livro "A sociedade da Sociedade", propõe que se leve a sério um pressuposto básico da sociologia, qual seja, tudo está incluído dentro da sociedade. Disso se extrai um ponto de partida fundamental, uma vez que "não é possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, que não seja no interior de uma sociedade. Tudo está dentro da sociedade. Sempre se está vivendo no interior de alguma coisa que já está presente no social".⁷¹

Aliás, para Luhmann, qualquer "intento por describir a la sociedad no puede hacer-se fuera de la sociedad"⁷². Tal pressuposto também é recepcionado por Habermas, o que fragiliza sua pretensão de deslocar o mundo da vida dos sistemas sociais. Nesse sentido, o próprio Habermas aduz que "a prática comunicativa cotidiana, na qual o mundo da vida certamente está centrado, resulta, *com a mesma originalidade*, do jogo entre reprodução cultural, integração social e socialização. A cultura, a sociedade e a pessoa pressupõem-se reciprocamente"⁷³. Ora, se o mundo da vida, centrado na prática comunicativa, resulta da interação da cultura, pessoa e sociedade, significa que o autor chega a admitir que o mundo da vida depende da sociedade; portanto, está inserido nela.

A partir desse ponto fundamental, de que nada está fora da sociedade, Luhmann ressalta que a sociedade é altamente complexa, já que pode se manifestar por meio de múltiplas possibilidades e, assim, "na sociedade, pode acontecer tudo aquilo que pode acontecer. Tudo o que se pode imaginar e observar pode acontecer"⁷⁴, todavia, tal multiplicidade é controlada pela ideia de sistemas, que acabam por criar sentidos nesse processo de enfrentamento da complexidade.

Já no modelo habermasiano, a evolução dos sistemas e o seu desacoplamento do mundo da vida somente podem ocorrer, satisfatoriamente, se moral e direito estiverem elevados a um alto grau de evolução, a ponto de propiciarem a integração social. Todavia, essa cisão não significa que os sistemas atuem de modo fechado, operacionalmente, pois

⁷⁰ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 120-121.

⁷¹ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

⁷² LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Editora Herder, 2007, p. 5.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1, 2003, p. 111-112.

⁷⁴ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

Habermas não renuncia à racionalidade comunicativa e, assim, considera tal desacoplamento como uma “diferenciación entre diversos tipos de coordinación de la acción, coordinación que se cumple, o bien a través del consenso de los participantes, o bien a través de nexos funcionales da La acción”⁷⁵, entendendo que os sistemas permanecem ligados ao mundo da vida pelo direito formal.⁷⁶

Nesse sentido, estaria o Direito se especializando para atingir toda a sociedade, representando um meio de projeção dos sistemas sobre o mundo da vida, na tentativa de dominar suas formas de integração espontânea. Contudo, por meio das lutas dos movimentos sociais, o direito rompe com essa lógica para se configurar instrumento de garantias sociais, no momento em que se apresenta como forma para as demandas do mundo da vida se mostrarem perceptíveis aos sistemas políticos e econômicos. Assim, “Habermas salienta que o direito, neste caso, passa a ter um papel ambíguo, pois ao mesmo tempo que pode ser instrumento de uma colonização do mundo da vida, ele também pode ser um meio de codificação de garantias”.⁷⁷

Dessa maneira, a história da reflexão metodológica sobre as ciências humanas passa por uma reconstrução a partir de Habermas, pela qual se identificam outros tipos de reflexão além do empirismo, como: a hermenêutica gadameriana que tenta substituir o enfoque objetivante neutro do cientista social perante o objeto pela compreensão, que pressupõe a imersão do intérprete no objeto (cultura), capturado somente com a participação efetiva daquele, pois todas as formas de conhecimento devem estar a serviço da emancipação humana, a qual representa um interesse fundamental a essa espécie.⁷⁸

Aliás, é mediante a emancipação humana que, segundo Habermas, os homens podem se libertar das situações de alienação e despolitização, porque, desse modo, tornam-se capazes de participar da gestação comunicativa do poder, assumindo o poder político pela própria cidadania. Na Teoria da Ação Comunicativa, busca-se desenvolver uma teoria social preocupada em validar seu próprio padrão crítico, ou seja, é na compreensão adequada da

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones, v. 2, 1999, p. 263.

⁷⁶ “A partir desse modelo, Habermas analisa também a tendência à “juridicização” da sociedade moderna. Para ele, essa expressão se refere “à tendência que se observa nas sociedades modernas a um aumento do direito escrito”. (In: SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 124).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 125.

⁷⁸ Para tal autor, “a hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente”. (In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003, p. 247.

ação comunicativa que se encontram as bases normativas da Teoria Social Crítica, o que distancia Habermas do paradigma positivista dominante.

Nele, o fundamento do Direito tem como ponto de partida a Teoria do Discurso ou do agir comunicativo. “Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo”⁷⁹. A Teoria do Discurso é desenvolvida a partir de duas perspectivas: de uma teoria sociológica do Direito e de uma teoria filosófica de justiça.

Habermas aduz que “o princípio do discurso e a forma jurídica de relações interativas não são suficientes, por si mesmos, para a fundamentação de qualquer tipo de direito”⁸⁰, pois somente com sua interligação com o *medium*⁸¹ do direito é que o princípio do discurso pode assumir uma forma de princípio da democracia.⁸²

Com a ação comunicativa se alcançam pactos semânticos que viabilizam uma civilidade emancipatória e humanista, que obriga os sujeitos a saírem do egocentrismo em que se encontram, possibilitando, assim, realizações como pessoas humanas alheias aos seus interesses próprios e individuais. Desse modo, a faticidade da imposição do Direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de normatização do Direito, que se pretende racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade. Tal normatização compreende a validade social das normas jurídicas⁸³.

Participando de discursos racionais, a partir do princípio habermasiano, podem-se validar até mesmo as normas alheias a uma dimensão ética, pois Habermas confere ao discurso uma dimensão de caráter sociológico ou cultural. O discurso tem caráter pragmático-empírico, que compreende, portanto, o mundo vivido, segundo seus críticos, como “senso comum ideal(izado), com funções contrafatuais”.⁸⁴

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003, p. 154.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 165.

⁸¹ “O *medium* do direito, enquanto tal, pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral.” (*Ibid.*, p. 155).

⁸² “O princípio do discurso explica o ponto de vista sob o qual é possível “fundamentar imparcialmente normas de ação”. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 128.

⁸³ Nesse sentido, consultar: HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Astor Soethe. V. I. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Habermas destaca que “o conceito central do *cumprimento da norma* significa a satisfação de uma expectativa de comportamento generalizada”. (*Ibidem*, p. 164).

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 40-41.

Nesse ponto, Habermas entende que o Direito entra em contato com a moral⁸⁵, no momento em que se tem o processo de formação democrática da legislação. Assim, Habermas considera haver uma separação total entre direito e moral, pois admite que os “conteúdos morais, na medida em que são trazidos para o código do direito, passam por uma transformação jurídica de seu significado”.⁸⁶

Assim, vê-se que o autor diferencia internamente o sistema político (divisão dos poderes) na medida em que considera a função de aplicação das leis relegada ao sistema jurídico; portanto, a justificação quanto à elaboração das decisões não está disponível unicamente a esse sistema, pois se encontra vinculada a um processo legislativo complexo.⁸⁷

Habermas propõe procedimentos discursivos para que os indivíduos possam chegar a dialogar e alcançar um consenso por meio de uma Teoria de Agir Comunicativo. Para tanto, ocupa-se da relação intersubjetiva sujeito/sujeito, afastando assim a subjetividade sujeito/objeto. Em sua proposta, ocorre a preocupação com a fala, com a comunicação e a troca de experiências que propicia, pois considera a comunicação como fonte e meio de conhecimento.

A razão comunicativa não é fonte de normas, de como o indivíduo pode ou deve agir, não tem que ter uma força normativa delineando sua conduta; não é informativa nem prática. Ela é reconstrutiva dos discursos formadores de opinião e prepara para as decisões dentro do poder democrático conforme o direito.⁸⁸

A comunicação ou o uso da linguagem, como meio para se atingir o entendimento ou o consenso entre indivíduos, necessita de um processo de ação social voltada para o entendimento. Não basta o uso da linguagem pela linguagem. Deve haver um objetivo, e esta finalidade deve estar voltada para o entendimento e não movida pelo simples prazer em se manipular ou se influenciar estrategicamente a ação ou o “entendimento” das pessoas. Quando há influência ou manipulação das ações ou do “conhecimento”, há um vício na linguagem. Na verdade, não existe uma vontade para o entendimento; o entendimento é um

⁸⁵ Pois a Teoria Discursiva “parte da idéia de que argumentos morais entram no direito por meio do processo democrático da legislação – e das condições de equidade da formação do compromisso”. (*In*: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003, p. 253.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 254.

⁸⁷ “Ora, a prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. Esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito. Ora, o discurso político e a prática da legislação constituem, sob pontos de vista do direito constitucional, um tema importante da dogmática jurídica; mesmo assim, uma teoria do direito, que leva em conta discursos jurídicos, só se abre a eles na perspectiva da jurisprudência.” (*In*: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003, p. 297.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 21.

pouco diferente. As pessoas têm que ter um horizonte não manipulável, ou seja, as falas têm que ser de forma sincera, para que o ouvinte possa aceitar as colocações. Tem que ter validade no dizer, e este dizer tem que ser aceito como tal pelo outro. Esta aceitação tem que vir de dentro para fora; não pode ser manipulada, mas deve ser aceita racionalmente e de forma consensual.⁸⁹

Os atos comunicativos são linguagens utilizadas por um falante e aceitas pelo ouvinte sem filtragem, sem raciocínio, sem discussão. Aceitam-se como válidas as afirmações ou negações de proposições como forma de consenso básico.⁹⁰

Nos discursos ou discussões, os participantes utilizam-se da linguagem com o fim de fundamentar e de convencer com argumentos aptos e com pretensões de validade. Não possuem interesse em conduzir ou realizar informações ou troca de informações, ou mesmo, experiências novas. A fala ideal tem de estar calcada nas pretensões de validade.⁹¹

Dessa forma, para se chegar a proposições verdadeiras, deve-se aplicar o predicado ao objeto indicado, e este objeto, representado pelo sujeito da frase, deve poder ser identificado. Por sua vez, o predicado, que exprime uma significação universal, deve poder ser atribuído ao objeto. Só se pode aplicar ou atribuir um predicado a um objeto quando qualquer pessoa que possa dialogar com outra pessoa possa fazer o mesmo, ou seja, aplicar o mesmo predicado ao mesmo objeto. É por meio do acordo com outras pessoas que se pode dialogar para se chegar a um consenso sobre o que foi dito assim. Quando todos concordarem, a verdade aparecerá.⁹² A busca por uma nova fórmula de se chegar à verdade é trabalhada por Habermas, deixando-se de lado as teorias ontológica.

Habermas trabalha as pretensões de validade que serão legitimadas pelo uso racional do discurso, com a utilização de argumentos entre as partes envolvidas. O consenso para ser obtido dar-se-á quando todos concordarem em atribuir o mesmo predicado ao mesmo objeto. Para se atingir a fala ideal sem coações, faz-se necessária a utilização do melhor argumento.

Mas o melhor argumento está vinculado às visões de mundo e, se há mais de uma perspectiva de observação da mesma sociedade, como afirma Habermas, opta-se a partir de uma observação interna da sociedade brasileira. Refutando tal concepção, as lições de Luhmann propõem uma matriz que afasta o consenso e (re)produz diferença, pois sempre se opera com a diferença, uma vez que, com esta se elaboram distinções da totalidade contingente.

⁸⁹ Op. Cit., p. 94.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 96.

⁹¹ *Ibid.*, p. 96.

⁹² *Ibid.*, p. 312.

Leonel Severo Rocha ressalta que tanto Luhmann quanto Habermas beberam na mesma fonte, sendo que Habermas elaborou uma Teoria dos Sistemas, na linha de Parsons, em que o ambiente tem uma certa autonomia, sendo que tal autor reconhece que há sistema, mas também um ambiente, que ele denomina de mundo da vida. Com isso, Habermas retorna a Kant, de modo a pretender uma rediscussão ética, de modo a identificar o consenso como necessário à sociedade contemporânea. Ao contrário, Luhmann vai inspirar-se em uma dialética e, assim, afirmar que o mais importante não é a perspectiva que está em Habermas de se obter o consenso, mas afirmar, ao contrário, que o sentido da sociedade é a produção da diferença. “É sempre preciso que a sociedade produza diferença, não consenso. Desse modo, estamos distantes da linha do diálogo de Habermas e da estabilização, na perspectiva de Parsons. A sociedade tem de ser observada desde o critério de produção do diferente”.⁹³

No que tange à mediação, esta deve ser concebida como uma intermediação negociadora das diferenças, como há muito já referiu Warat⁹⁴, o que acaba afastando o consenso como condição de efetivação do referido instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou estimular a reflexão e incitar o debate acerca do contributo do instituto da mediação de conflitos para a efetivação do acesso à justiça na modernidade, uma vez que, na sociedade moderna, surgem promessas como expectativas de um futuro pretendido, e uma delas guarda respeito ao tema do acesso à justiça, o qual não deve ser entendido como simples acesso ao judiciário, mas como um compromisso que o subsistema político brasileiro assumiu, seja pela forma de processo judicial, o qual somente se aproximará do cumprimento daquela promessa se conduzido como um instituto garantidor de direitos fundamentais e não como mero instrumento/procedimento, como já referimos em outros momentos⁹⁵.

⁹³ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 28.

⁹⁴ Nesse sentido, convém destacar que ao se referir a mediação, Warat expressamente sustenta: "... no hablo de interdisciplinarietà, ni de transdisciplinarietà, prefiero trabajar con la noción de mediación de los saberes...espacios dialógicos que se van abriendo, además de carnavalizados, son focos de permanente enfrentamiento y disputa. [...] Estoy hablando de mediación con el sentido simultáneo de una intermediación y de una negociación, es decir una intermediación negociadora de las diferencias. [...] Evocando a Kelsen, diría que estoy postulando a la mediación como una norma fundamental gnoseologica". In: WARAT, Luis Alberto. **Semiotica Ecológica Y Derecho**. Buenos Aires: Almed, 1997, p. 41-45.

⁹⁵ Nesse sentido, consultar em especial: MELEU, Marcelino. **JURISDIÇÃO COMUNITÁRIA: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Mas o acesso à justiça, desde o declínio do monismo jurídico, não se confina somente na tutela judicial, o que é assumido pela sociedade brasileira com a inserção da EC n.º 45, e criação de uma secretaria de reforma do judiciário e ações extraprocessos, como ocorre com a mediação comunitária e outros projetos. Tais ações dialogam com o princípio da não violência, o qual deve permear as formas de tratamento de conflitos, inseridas em um contexto que reconhece como gênero um Sistema Social de Tratamento de Conflitos, do qual o processo judicial, a conciliação, a arbitragem, a negociação e a mediação são espécies.

A observância daquele princípio constitui base para a análise dos conflitos sociais, uma vez que, em sendo a pacificação dos conflitos um compromisso assumido na Constituição Federal de 1988, já em seu preâmbulo, que inaugura, no Brasil, um Estado Democrático de Direito que prima pela dignificação do ser e elenca um extenso rol de direitos fundamentais, as espécies de tratamentos de conflitos devem estar vinculadas ao reconhecimento destes direitos.

Daí se identifica a contribuição do instituto da mediação, o qual, no entender desta pesquisa, deve ser pautado por um método circular-narrativo-cidadão hedonista, o que implica que o mediador não deve se preocupar em intervir no conflito, de modo a transformá-lo, visto que muitas coisas no conflito estão ocultas, mas, mesmo não evidenciadas, consegue-se senti-las. A mediação, nesta concepção, assume vital importância como pedagogia revolucionária de reconstrução de vínculos esmagados (WARAT), pois, em um contexto democrático de direito, que prima pela dignidade da pessoa humana, é necessário apostar na cultura e na alteridade: a cultura da paz da mediação, da alteridade do amor; a mediação dos excluídos, de modo que as pessoas possam tomar conta de seus próprios conflitos e de seus próprios desejos (WARAT).

Todavia, para a efetivação do instituto da mediação nesse contexto, o sistema jurídico deve ser concebido como um sistema autorreferencial que se acopla e mantém acoplamento com outros subsistemas (política, economia, etc.), pois, não há nada fora do contexto social, o que remete à necessidade de um aporte teórico que fundamente estudos nesse campo, pois acaba por influenciar nos sentidos do Direito. Dessa forma, com aporte na teoria sistêmica, especialmente os trabalhos de Luhmann e Teubner, que indicam uma perspectiva teórica profundamente inovadora, a qual apresenta, pela autopoiese, uma redefinição da ideia de diferenciação como forma de se enfrentar os paradoxos e avançar na releitura do direito, pode-se sugerir, para fins de reflexão sobre o tema e o aprofundamento das pesquisas, especialmente no que tange ao efetivo acesso à justiça, que o instituto da

mediação somente contribuirá de forma efetiva, se, for inserido de modo a relegar o consenso a um segundo plano, e, primar pelo respeito e produção da diferença.

Tal perspectiva se justifica, na medida que a mediação deve propiciar o ganho mútuo, e isso ocorre pelo estímulo a um diálogo participativo, uma vez que pelo diálogo, até os conflitos mais difíceis se resolvem e todos ganham com isso. A comunicação assim, se constitui elemento chave para o entendimento social. Habermas trabalha as pretensões de validade que serão legitimadas pelo uso racional do discurso, com a utilização de argumentos entre as partes envolvidas. O consenso para ser obtido dar-se-á quando todos concordarem em atribuir o mesmo predicado ao mesmo objeto. Para se atingir a fala ideal sem coações, faz-se necessária a utilização do melhor argumento.

Mas o melhor argumento está vinculado à visões de mundo e, se há mais de uma perspectiva de observação da mesma sociedade, como afirma Habermas, opta-se a partir de uma observação interna da sociedade brasileira. Refutando tal concepção, as lições de Luhmann propõem uma matriz que afasta o consenso e (re)produz diferença, pois sempre se opera com a diferença, uma vez que, com esta se elaboram distinções da totalidade contingente, já que vivenciamos uma sociedade complexa.

Nesse cenário complexo, onde as sociedades intensificam as relações entre si, entre estas e outros organismos, bem como entre organizações entre si, verifica-se a adoção de formas de tratamento de conflitos diferenciadas e com graus de eficácia variáveis, que desafiam a tradição das instituições jurídicas e, com isso, o monopólio na resolução dos conflitos, o que demanda um aprofundamento teórico, para que tais formas não percam sua essência ou sejam utilizadas como meros instrumentos que relegam a identidade dos sujeitos, com vistas ou a extinção de processos sem preocupação com o tratamento efetivo dos conflitos de um lado, ou, como medidas paliativas que não atentem para o conflito real.

Desta forma, com aporte na teoria sistêmica, especialmente os trabalhos de Luhmann e Teubner, que indicam uma perspectiva teórica profundamente inovadora, a qual apresenta, através da autopoiese, uma redefinição da ideia de diferenciação como forma de se enfrentar os paradoxos e avançar na releitura do direito, pode-se sugerir para fins de reflexão sobre o tema e aprofundamento das pesquisas, especialmente no que tange ao efetivo acesso à justiça, que o consenso é insuficiente para a validade da mediação, a qual se constitui em instituto capaz de contribuir para aquele acesso, desde que, promova o respeito e a promoção da diferença, e assim tolerância mutua entre os conflitantes.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual**. 23 ed. Saraiva: São Paulo, v. 1, 2004

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça & efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação de obstáculos?** Curitiba: Juruá, 2006.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Trad. José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Trad. Magda Lopes. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BUSH, Baruch, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. San Francisco: Jossay Bass, 2004.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 mar. 2013.

_____. **Constituição Federal**. Preâmbulo. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010.

Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em: 09 set. 2013.

_____. **Senado Federal**. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 03 out. 2013.

_____. **Senado Federal**. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367>. Acesso em:
12 out. 2013.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 166/2010**. Disponível em:
<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 15 jul.
2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:
<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111553>.
Acesso em: 12 out. 2013

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba:
Juruá, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina,
2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie
Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e
arbitragem: teoria e prática**. Trad. Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRUZ, Álvaro R. S. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris,
2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Reflexões sobre o direito contemporâneo**. Revista Páginas de
Filosofia. Porto, v. 1, n. 1, jan./jul. 2009, p. 32-48.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de
acordos sem concessões**. 2. ed. São Paulo: Imago, 2005.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Trad. Magda Lopes. **Modernização reflexiva: política,
tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual
Paulista, 1997.

GUIBENTIF, Pierre. **Avaliação e reflexividade: a prática da sociologia na "terceira
modernidade"**. In: Cidades - Comunidades e Territórios (Revista do CET - Centro de Estudos
Territoriais). n. 10. Lisboa: ISCTE, jun. 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperger;
Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo
Brasileiro, v.1, 2003.

_____. **Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Grupo
Santillana de Ediciones, v. 2, 1999.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social.** Trad. Paulo Astor Soethe. V. I. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HOMEERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LEVINE, Stewart. **Rumo à solução: como transformar o conflito em colaboração.** Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora Cultrix, 1998.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** México: Editora Herder, 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: LTr, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 98, n. 888, p. 9-36, 2009.

MARTÍN, Nuria Belloso. Apresentação. *In:* SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). **Mediação de conflitos e justiça restaurativa.** Curitiba: Multideia, 2013.

MATURANA, Humberto; DÁVILA YÁÑEZ, Ximena. Trad. Edson Araújo Cabral. **Habitar humano em seis ensaios da biologia-cultural.** São Paulo: Palas Athena, 2009.

MELEU, Marcelino. **JURISDIÇÃO COMUNITÁRIA: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. **Mediação Comunitária: um novo modelo de jurisdição.** *In:* MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T. N. G. **Temas emergentes no direito.** Passo Fundo, Imed, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Secretaria da Reforma do Judiciário.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/reforma/main.asp?ViewID=%7B123F2D72%2D396C%2D4AB8%2D4AEFE%2D9F064C04A146%7D¶ms=itemID=%7B6DD80237%2D89EE%2D4DE6%2D9B63%2D9AEAAE6ABC03%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DDBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 07 nov. 12.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.** Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragm: alternativa à jurisdição.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PELUSO, Antonio Cezar. [Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010]. *In*: **SESSÃO SOLENE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 3., Brasília, 2010. Ata da [...], realizada em 23 de abril de 2010: posse dos excelentíssimos senhores ministros Antonio Cezar Peluso, na presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, e Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, na vice-presidência. Diário da Justiça Eletrônico, 23 maio 2010, p. 24 a 27. STF.

PEPE, Albano Marcos Bastos. Prefácio. *In*: WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

RICOEUR, Paul. **O Justo 2**: justiça e verdade e outros estudos. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. *In*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. *In*: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Orgs). **Reforma do judiciário**: comentários à emenda constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas, razão comunicativa e emancipação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SUARES, Marines. **Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 1996.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, família, escola e lei: a mediação de conflitos**. Lisboa: Agora Comunicação, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. Do Paradigma Normativista ao Paradigma da Razão Sensível. *In*: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T. N. G. **Temas emergentes no direito**. Passo Fundo: IMED, 2009.

_____. **Em nome do acordo: A mediação no direito**. Florianópolis: ALMED, 1998.

_____. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. **Semiotica Ecologica Y Derecho**. Buenos Aires: Almed, 1997.

_____. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.