

**MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E SEUS ENTRAVES PRÁTICOS PARA A DEMOCRACIA****MEDIATION AND CONCILIATION AND ITS PRACTICAL BARRIERS TO DEMOCRACY**

*IGOR BENEVIDES AMARO FERNANDES<sup>1</sup>  
JÂNIO PEREIRA DA CUNHA IGOR<sup>2</sup>*

**RESUMO**

Analisa a mediação e a conciliação como mecanismos equivalentes da gestão de conflitos na perspectiva da Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas. O objetivo principal do trabalho é demonstrar se a mediação e a conciliação entre litigantes em condições desiguais podem comprometer um resultado legítimo à luz da democracia. Metodologicamente, a investigação realizou-se por meio de pesquisa doutrinária e análise de legislação, com ênfase na Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça e Emenda Constitucional nº 45/2004. Concluiu-se que nem todo acordo é vantajoso para os envolvidos, principalmente quando não há respeito às técnicas da mediação e da conciliação, e aos seus princípios orientadores, comprometendo a elaboração do diálogo, inclusive na perspectiva democrática da Teoria do Agir Comunicativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordo. Conciliação. Democracia. Mediação. Teoria do Agir Comunicativo.

**ABSTRACT**

Analyzes the mediation and conciliation as equivalent mechanisms of conflict management in the perspective of the Theory of Communicative Action of Jürgen Habermas. The main objective of this work is to demonstrate if the mediation and conciliation between litigants in dissimilar conditions may compromise a legitimate outcome in the light of democracy. Methodologically, the research conducted by means of doctrinal research and analysis of legislation, with an emphasis on Law number 13.105/2015 (Civil Procedure Code), Law number 10.406/2002 (Civil Code), Resolution number 125/2010, of the National Council of Justice, Constitutional Amendment number 45/2004. It was concluded that neither every agreement is advantageous for those involved, mainly when there is no respect to the techniques of mediation and conciliation, and its guiding principles, compromising the development of dialog, including the democratic perspective of the Theory of Communicative Action.

**KEYWORDS:** Agreement. Conciliation. Democracy. Mediation. Theory of Communicative Action.

\* Artigo recebido em 21/08/2020 e aprovado em 21/08/2021

<sup>1</sup> Mestre em Processo e Direito ao Desenvolvimento no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor da graduação em Direito da Faculdade Unifametro Maracanaú (UNIFAMETRO) e da Faculdade Princesa do Oeste (FPO) em Crateús/CE. benevides.igor@gmail.com

<sup>2</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus (Mestrado/UNICHRISTUS) e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). janiopcunha@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

De acordo com o que se depreende do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, o qual foi acrescido quando da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, não se pode conceber que o acesso à Justiça corresponda somente ao ingresso em juízo. De fato, o grande problema que atinge o Poder Judiciário atualmente diz respeito a se obter uma prestação jurisdicional efetiva, principalmente, no que tange ao tempo, pois a maior preocupação passou a residir na resolução célere do conflito do Judiciário.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, os mecanismos equivalentes da gestão de conflitos ganharam mais força e passaram a ser utilizados com maior frequência a fim de auxiliar o Poder Judiciário no atendimento às demandas em busca de maior efetividade processual.

Há de se considerar, no entanto, o fato de que não é recomendável priorizar apenas o tempo cronológico e desconsiderar a preservação de direitos e garantias fundamentais dos envolvidos, bem como os princípios norteadores da mediação e da conciliação e a boa aplicabilidade de suas técnicas na prática forense.

Mancuso (2011) defende o ponto de vista segundo o qual, em virtude de a solução consensual ser estabelecida pelas próprias partes, seja de modo direto ou mediante algum facilitador do diálogo, não há como afirmar que os envolvidos na lide sejam tratados como adversários, porquanto essa relação construtiva e saudável propicia maior interação deles mediante o desenvolvimento de relações de continuidade, em especial, na mediação, em que isso é mais evidente.

Diferentemente ocorre com a sentença judicial, a partir do pensamento de Mancuso (2011), em que se deduz ser mais propício o estabelecimento de desigualdade entre as partes em face das distorções vivenciadas pelas capacidades patrimoniais e financeiras, bem como em razão da sucumbência, ao converter os litigantes em vencedor e vencido e, com efeito, não ser garantia de total eliminação da controvérsia.

Assim, ante tal circunstância, pensa-se que a comunicação estabelecida mediante o diálogo é capaz de assegurar que pessoas possam estabelecer o consenso. Sob essa perspectiva democrática, os mecanismos equivalentes da gestão de conflitos merecem ser analisados com esteio na Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas, e especificamente, do princípio democrático.

Orsini e Silva (2016) reiteram o pensamento anterior, quando acentuam que há um desafio para o sistema de justiça brasileiro, haja vista que parece um paradoxo falar em consenso dentro de uma estrutura essencialmente organizada pela lógica do contraditório em face da arraigada tradição cultural da

litigiosidade, ou seja, pelo sistema binário na figura do vencedor ou do perdedor, bem como do culpado ou do inocente, sem se preocupar com a escuta ativa para melhor compreender a posição do outro.

Considerando-se a divisão do trabalho, no segundo tópico, abordam-se aspectos da Teoria do Agir Comunicativo, mediante a visão construtivista do diálogo facilitado por terceiro imparcial, a fim de se chegar a um consenso racional, livre de qualquer vício.

No terceiro segmento, busca-se demonstrar se os acordos são sempre a melhor opção para os envolvidos, com ressalvas de que nem sempre isso é possível. No quarto tópico atribui-se aos fatores internos e externos a possibilidade de interferência na formulação do acordo do ponto de vista democrático, mediante casos concretos ocorridos na prática forense.

O método de investigação adotado é o sistêmico, porquanto se utiliza de abordagem dialética, mediante reflexões pautadas nos pilares da pesquisa bibliográfica pelo trabalho desenvolvido por autores como Mancuso, Andrews, Habermas, Warat, Fisher, Ury e Patton com foco na mediação e conciliação, na Teoria do Agir Comunicativo, no Direito Civil e Processual Civil.

Finalmente, o objetivo geral deste trabalho é analisar se a mediação e a conciliação entre litigantes em condições desiguais podem comprometer um resultado legítimo do acordo sob a perspectiva democrática.

## **2 TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E SUA RELAÇÃO COM OS MECANISMOS EQUIVALENTES DA GESTÃO DE CONFLITOS**

Inicialmente, vale compreender, segundo Mandelbaum (2014, p. 48), o papel exercido pela comunicação “[...] como um processo, por meio do qual as pessoas, envolvidas em um determinado contexto, esforçam-se e se empenham para transmitir mensagens, umas para as outras, de forma verbal e não verbal, visando o entendimento”.

Na perspectiva habermasiana, é necessário que os conflitantes se reconheçam como livres e iguais e, por intermédio do diálogo construtivo facilitado por terceiro imparcial, possam chegar a um consenso racional, livre de qualquer coerção ou coação.

Neste aspecto, Habermas (2002, p. 485), com apoio na Teoria do Agir Comunicativo, preceitua que “[...] os atos comunicativos – ações da fala ou externalizações não-verbais correspondentes – assumem a função de coordenar ações e contribuem para que se construam interações”.

Diante disso, há de se concordar que a Teoria do Agir Comunicativo é considerada um mecanismo de integração social, tendo em vista que, nesta ação, direciona-se à realização de um consenso a partir de um ato de fala entre as partes envolvidas através da aplicabilidade da mediação e conciliação.

Conforme Martins (2018), a referida Teoria entende que os diálogos são facilitados pelo mediador com a intenção de estabelecer os pressupostos de argumentação propostos por Habermas.

Há de se considerar que tal pensamento constitui, contemporaneamente, o fundamento dos métodos da gestão de conflitos, tendo em vista que possibilita buscar soluções com base na autonomia privada dos conflitantes envolvidos, diferentemente do que ocorre em uma decisão judicial, heterônoma, na qual as partes precisam atender ao que é determinado pelo magistrado.

As soluções criativas, oriundas dos próprios conflitantes, poderão ser objeto do diálogo, resultando do emprego de técnicas adequadas aplicadas pelo mediador ou conciliador, como a técnica das perguntas abertas, as quais remetem a fundamento mais remoto.

Com fulcro em Habermas (1997, p. 50), merece destacar a ideia de que,

Na própria prática cotidiana, o entendimento entre sujeitos que agem comunicativamente se mede por pretensões de validade, as quais levam a uma tomada de posição em termos de sim/não – perante o maciço pano de fundo de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. Elas estão abertas à crítica e mantêm atualizado, não somente o risco do dissenso, mas também a possibilidade de um resgate discursivo. Neste sentido, o agir comunicativo aponta para uma argumentação, na qual os participantes justificam suas pretensões de validade perante um auditório ideal sem fronteiras.

Assim, Cunha e Santos (2017, p. 112) exprimem que, na visão de Jürgen Habermas, “[...] a racionalidade da ação comunicativa remete a várias formas de argumentação, a capacidade de prosseguir a comunicação e a produção do consenso”. Com efeito, vale ressaltar que, sendo produzido o consenso, há uma inserção como prática voltada ao tratamento de desacordos, com o objetivo de ampliar o espaço de jurisdição sob a óptica de participação efetiva no atendimento dos conflitos na seara pública. Desde tal perspectiva, busca-se uma inovação das ideias na lógica de transformar o contexto litigioso na promoção do consenso.

Segundo Siviero e Vincenzi (2017), a Teoria do Agir Comunicativo proposta por Habermas não coaduna com a coerção pura e simples, mas objetiva uma proposta que almeje uma participação ampla e democrática dos cidadãos nos conflitos envolvidos no seio social através da construção de uma visão compartilhada da justiça.

Desta feita, corroborando com o pensamento anterior, Martins (2018) entende que o diálogo possibilita uma troca de posicionamentos em um ambiente democrático através da capacidade que as partes possuem de construir decisões justas e legítimas como forma de abraçar alternativas ao conflito, visando melhor compreender os fatos que contribuíram para a ocorrência da disputa.

Logo, denota-se que as partes envolvidas através da aplicabilidade dos mecanismos da gestão de conflitos, podem, a partir da ideia de Habermas, reestabelecer a comunicação entre elas com o intuito

de buscarem o consenso mediante um enfoque democrático, tendo em vista que tais mecanismos se sobressaem como uma via de participação que consagra uma postura dicotômica dos envolvidos no desenvolvimento de uma resposta para a lide de maneira pacificadora.

Há de se considerar, ainda, o fato de que as pessoas envolvidas possuem a oportunidade de expor sentimentos próprios e contrargumentarem falas que discordam, possibilitando, de fato, estabelecer um consenso não obrigatório pela perspectiva de membros participantes da comunidade que integram.<sup>3</sup>

Portanto, em face do panorama traçado, percebe-se que existe uma ligação da Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas, com a aplicabilidade dos mecanismos da gestão de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, principalmente pelo reestabelecimento do diálogo, da escuta, da participação e da cooperação entre falante e ouvinte.

Denota-se, assim, segundo Pereira e Lima (2021) que é possível vislumbrar uma aplicação da referida Teoria no âmbito da conciliação e mediação judicial, já que as pretensões das partes envolvidas são levadas a um terceiro imparcial, possibilitando àquelas, o diálogo cooperativo, sendo os interesses construídos a partir da autonomia privada, a fim de igualar as posições entre os envolvidos.

Além disso, Mandelbaum (2014) ensina que se agregue na aplicabilidade de tais mecanismos a questão da empatia, ou seja, o saber ouvir e o momento certo de falar, entre ambas as partes, “o falador” e o “escutador”, para fins de minimizar possíveis ruídos da comunicação e tornar o diálogo mais agradável e acolhedor.

Na prática forense, todavia, cumpre destacar que o consenso não deve ser entendido sempre como a melhor opção, já que pode restar viciado ou mal realizado, resultando no comprometimento da efetividade sob a perspectiva democrática entre os envolvidos, o que será discutido mais detalhadamente no próximo segmento.

### **3 ACORDOS SÃO SEMPRE A MELHOR OPÇÃO?**

Jorge Neto (2016, p. 206) defende a ideia de que “[...] normalmente um mau acordo é melhor que uma boa demanda somente quando o resultado final da disputa judicial é incerto”. Perante tal perspectiva,

---

<sup>3</sup> Há de se considerar o que Silva (2013b) explica quando se depreende das Constituições modernas a ideia concebida sobre pressupostos do Direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, interligam-se a uma comunidade de jurisconsortes livres e iguais. Ressalta ainda que a comunidade desses cidadãos, visando à estabilização das suas estruturas e às possíveis manutenções que se mostrarem necessárias, reclama uma Constituição que lhes assegure um status que os iguale em direitos e garantias fundamentais. Percebe-se, portanto, que tais direitos, os quais são garantias constitucionais, são identificados como direitos específicos reconhecidos reciprocamente pelos cidadãos. Sendo assim, as Constituições outorgarão a esses direitos – convencionados e instituídos a partir dos diálogos democráticos – o caráter de validade e, conseqüentemente, os convívios dos cidadãos, regulados pelo Direito Positivo, possuirão legitimidade conferida pela própria Constituição.

o referido autor indica os fatores mais importantes para explicar por que são feitos poucos acordos no Brasil, já que a lentidão da justiça é muito vantajosa para quem descumpra a lei.

Desta feita, denota-se que a partir de tal posicionamento, é possível concordar que as consequências em face do descumprimento da lei são consideradas brandas, tendo em vista que a duração não razoável do processo induz ao pensamento de a decisão judicial ser mais vantajosa, quando comparada à realização de um acordo. Logo, diante de tal raciocínio, presume-se aumentar o número de processos judiciais e diminuir o número de acordos.

Pode-se asseverar, ainda, que a conciliação é um procedimento de interferência e, caso suas técnicas não sejam bem aplicadas, resultando em um acordo mal realizado, poderá provocar, no entendimento de Silva (2013a, p. 251), “[...] a retroalimentação do conflito e piorar a divergência existente, culminando na formalização de um acordo sem consenso legítimo ou desdobrando-se em diversas outras ações judiciais”.

Nessa ordem de ideias, Fisher, Ury e Patton (2005, p. 60) explicam que “[...] a ideia por trás de posições opostas há interesses comuns e compatíveis, assim como interesses conflitantes”. Há uma tendência de presunção na circunstância em que a posição de uma pessoa difere da de outra, em pensar que os interesses devam ser contrários, ou seja, o raciocínio considera o fato de que, se uma tem interesse em se defender, a outra pretende atacar.

Fisher, Ury e Patton (2005) assinalam, no entanto, que o referido pensamento se exprime equivocadamente, já que, em muitas negociações, um estudo criterioso dos interesses subjacentes demonstra existir quantidade maior de interesses compatíveis em vez de conflitantes.

Um caso prático citado por tais autores é a situação vivenciada entre um locador e um locatário de um apartamento no que tange aos quesitos de estabilidade, conservação do imóvel e boa relação mútua. Nesse evento, é possível que eles possuam interesses não conflitantes, porém simplesmente diferentes. A título exemplificativo, expressam Fisher, Ury e Patton (2005, p.61):

1. O inquilino pode não querer lidar com tinta fresca por ser alérgico a ela. O proprietário talvez não queira arcar com o custo de pintar novamente todos os outros apartamentos. 2. O proprietário gostaria da segurança de um pagamento antecipado pelo primeiro mês de aluguel, e talvez queira recebê-lo amanhã. O inquilino, sabendo que se trata de um bom apartamento, talvez não se importe com a questão de pagar amanhã ou mais tarde.

Vê-se daí que Fisher, Ury e Patton (2005) demonstram, quando se comparam os interesses comuns e divergentes, que os interesses opostos de minimizar o aluguel e maximizar o retorno se tornam mais contornáveis.

Perante tal situação, Fisher, Ury e Patton (2005, p. 61-62) concluem que, “[...] muitas vezes, o acordo se torna possível precisamente porque os interesses diferem e tanto os interesses comuns como os que são diferentes, mas complementares, servem como base para um acordo sensato”.

Merecem ressaltar possíveis objeções ao acordo, conforme menciona Andrews (2012), dentre as quais, é imprescindível exprimir que as partes nem sempre se encontram em condição de plena igualdade na realização do acordo, já que cada uma pode não compreender sua devida posição na relação de forma completa, ou seja, o direito de uma parte não pode ser simplesmente “neutralizado” por um acordo mediante um procedimento desleal.

Em face dos referidos entraves ao acordo, Silva (2013a) reúne três elementos-chave em suporte no estabelecimento da comunicação que o conciliador pode utilizar para uma condução adequada da conciliação: conotação positiva, escuta ativa e reciprocidade discursiva.

Ainda sob a óptica de Silva (2013a), a conotação positiva se configura quando o conciliador instiga as partes a estabelecerem uma comunicação, com a finalidade de estimular a interação, em que cada envolvido terá a oportunidade de manifestar sua versão de maneira organizada.

A escuta ativa configura um expediente pormenorizado, atento, a fim de se buscar melhor compreensão do conflito real. Ensina Érica Barbosa e Silva (2013a, p. 262), “[...] o conciliador deve fazer as perguntas certas para chegar ao deslinde”. E, por fim, a autora reitera a ideia de que reciprocidade discursiva impede que uma parte fale pela outra, ou seja, contribui para o diálogo e respeito à fala de quem está com a palavra.

Por fim, ressalta-se que, se os mecanismos equivalentes da gestão de conflitos forem bem aplicados, há uma probabilidade muito grande de serem efetivos e produzirem efeitos positivos entre os envolvidos por via de satisfação mútua da solução constituída por meio do diálogo. Se não houver, no entanto, o bom emprego das técnicas, pode-se contaminar o acordo por meio da existência de vícios, conforme se verá no tópico seguinte

#### **4 FATORES INTERNOS E EXTERNOS QUE PODEM INTERFERIR NA FORMULAÇÃO DO ACORDO, DO PONTO DE VISTA DEMOCRÁTICO**

O acordo é considerado o resultado formulado a partir de um consenso baseado na autonomia privada dos envolvidos, a fim de resolver de forma satisfativa, o cerne do conflito. Todavia, tanto fatores internos quanto externos podem interferir na sua propositura.

Inicialmente, cumpre mencionar o art. 104 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil), o qual preceitua que “[...] a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado

ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”. Denota-se que o referido artigo leva em consideração os requisitos de existência e validade do negócio jurídico.

Na intelecção de Castroviejo (2014), antes de homologar o acordo, caberá ao magistrado verificar se há declaração expressa de vontade das partes no que tange ao desejo de celebração do mesmo, ressaltando, o devido o respeito ao princípio da autonomia privada. Além disso, outros elementos devem ser analisados, a fim de cancelar a validade do acordo, dentre eles, se as partes são capazes ou estão devidamente representadas, bem como se o objeto em discussão é lícito, possível, determinado ou determinável e, se a forma adequada foi atendida.

Mencionadas condições são pertinentes para todo e qualquer acordo e o seu descumprimento invalida o negócio jurídico. Com efeito, devem ser levadas em conta como requisitos essenciais antes da homologação, pois são fatores internos à formulação do consenso pelos envolvidos.

Para Castroviejo (2014, p. 148), “[...] os acordos como qualquer negócio jurídico, podem conter defeitos que os tornem nulos ou anuláveis. Para que sejam considerados regulares, a vontade declarada quando da sua celebração deve ser livre e espontânea”. Cabe, então, ao mediador e ao conciliador atentarem para a existência de tais requisitos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) retrata caso de erro do conciliador pelo fato de ter conduzido os trabalhos da sessão de conciliação, porém, cometeu o equívoco de não colher a cópia do ato de constituição da firma mercantil individual da parte demandada, a qual lhe foi apresentada para juntar aos autos, não sendo justo e correto, com efeito, que fosse punida por erro que não foi seu. Isso é o que se extrai do voto do Juiz Relator Benito Tiezzi da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, nestes termos: “Processo Civil. Erro do conciliador. Prova do ato constitutivo da empresa ré. Não concessão de prazo para regularização. Revelia decretada. Cerceamento de defesa. Ofensa ao contraditório, ampla defesa. Sentença nula” (TJDF, 2002, on-line).

O art. 178 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) preceitua que a ocorrência de vícios como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores, oportunizará à parte, o prazo decadencial de quatro anos para pleitear a anulação do acordo.

É importante anotar que os vícios indicados anteriormente são de muito comum ocorrência na prática forense, merecendo destacar, também, a coação, conforme pode ser observado na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que comprova a pretensão de desconstituir transação judicial mediante a prática de coação, conforme se vê no voto do Relator Emmanoel Pereira, da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais:

ACÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. COACÇÃO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. COMPROVAÇÃO. Na hipótese dos autos, a celebração pela



Reclamada de diversos contratos de trabalho com a mesma empregada, a permanência da Reclamante no emprego após a homologação judicial de acordo, o pagamento de valor muito aquém do postulado na ação trabalhista, e a prática costumeira da empresa em compor-se judicialmente com outros empregados, que posteriormente permaneciam laborando na empresa, denotam a coação da Reclamada para a celebração do ajuste em todas as Reclamatórias ajuizadas como forma de manutenção do contrato de trabalho dos empregados. Desta forma, demonstrada está a existência de vício de consentimento como fundamento para invalidar transação judicial. Recurso provido parcialmente (BRASIL, 2007, on-line).

Destaque-se, porém, com fulcro em Castroviejo (2014, p. 148), o fato de que o simples “[...] arrependimento de uma das partes não caracteriza vício ou enseja a anulação ou reforma do acordo homologado, ainda que se comprove a impossibilidade do cumprimento da obrigação contraída ou que a parte não teria sido instruída por advogado”. Nessa linha foi a decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, de acordo com o voto do Relator Sérgio Renato Tejada Garcia da Quarta Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANULAÇÃO DE ACORDO HOMOLOGADO EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO. A transação devidamente homologada, com observância das exigências legais, sem a constatação de qualquer vício capaz de maculá-la, é ato jurídico perfeito e acabado e o simples arrependimento unilateral de uma das partes não dá ensejo à anulação do acordo homologado judicialmente (BRASIL, 2009, on-line).

Silva (2013a) entende, nesse sentido, que se caracteriza como vício a intimidação ou pressão do mediador ou conciliador em relação às partes, com a intenção de buscar o consenso de maneira a tolher a liberdade dos envolvidos. Assim, uma composição sem legítimo consenso tende a contribuir para um acordo não democrático, em face de se falsear a liberdade, bem como o estabelecimento conjunto da solução para o litígio.

Na mesma ordem de ideias, Figueiredo (2016) pondera que em determinadas situações, acontece de as partes estarem apressadas em realizar um rápido desfecho e tal comportamento influenciar negativamente na formulação do acordo.

É preciso corroborar tal pensamento no sentido de que sua devida ocorrência não se limita às partes envolvidas, mas também, quando se trata de um mediador inexperiente, advogados, defensores públicos, os quais acabam celebrando acordos prematuros que não correspondem aos reais interesses e necessidades dos mediandos, gerando um efeito reverso: a possibilidade de comprometimento de sua execução espontânea e o aumento de casos no Poder Judiciário.

Sampaio Junior (2011) assevera que outra grande limitação para o melhor andamento da conciliação é a necessidade de que as partes estejam em condição de igualdade e, para isso ocorrer, ressalta ainda o posicionamento do juiz no exercício do seu papel assistencial. É fundamental esta posição por parte dos magistrados, já que se as partes não estiverem nessa mesma condição, o diálogo restaria

infrutífero, podendo ocorrer até mesmo fatores externos, como coações ou imposições que irão contrariar os princípios da conciliação.

Percebe-se que o círculo vicioso produz um efeito reverso no sistema e, com efeito, para o jurisdicionado, pois a essência dos mecanismos equivalentes da gestão de conflitos é buscar a pacificação social, sendo o litígio gerido pelas próprias partes, por intermédio de uma solução consensual estabelecida pela sua compreensão real, bem como o respeito aos princípios norteadores e técnicas dos referidos institutos. Logo, há de se considerar que a lógica do acordo deve ser pautada no interesse das partes e não na imposição do conciliador, tendo em vista que, esta, compromete o paradigma democrático de tais mecanismos.

Segundo Gutierrez e Cunha (2015), o caráter democrático pode ser ressalvado desde o princípio da autonomia da vontade das partes, considerado um dos elementos essenciais da democracia, na qual os cidadãos devem ser reconhecidos como pessoas livres e iguais em direitos e obrigações.

Com o fito de complementar a mesma linha de pensamento, Warat (2001, p. 156) determina que, mesmo no Estado Democrático de Direito, existem instituições que procuram manipular as pessoas, impedindo-as de exercer sua autonomia, ou seja, deixam “[...] os cidadãos alienados e como sujeitos de direito sem Direitos Fundamentais”. Então, resta assegurar a devida proteção aos direitos fundamentais por meio da função democrática desempenhada pelos mecanismos de autocomposição.

Ressalta-se, com esteio em tal entendimento, que a mediação e a conciliação exercem importante função no debate, pelo seu caráter democrático participativo. Segundo Dupeyrix (2012), cada um dos envolvidos em uma lide é convidado a exprimir opinião sobre determinado assunto em função das circunstâncias vivenciadas no mundo real. Logo, assegurar direitos fundamentais é buscar participação e também garantir princípios expressos na Constituição Federal de 1988, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a educação, a saúde, a moradia.

Uma sessão de mediação procura compreender o motivo real e alcançar o consenso, de modo que a dignidade da pessoa reste protegida. Como exemplo, vale citar o caso de guarda dos filhos em situação do divórcio, o pagamento de pensão alimentícia com o fito de preservar uma boa educação, saúde e moradia dignas ao(s) filho(s). Por intermédio da aplicação do referido mecanismo, pela constituição conjunta de um diálogo democrático, é possível chegar a um consenso efetivo pacificador entre os litigantes.

O estado anteriormente descrito é considerado o ideal. Nem sempre, contudo, é possível manter uma proporcionalidade e respeitar a igualdade entre as partes. Tanto é assim que é importante ainda registrar outros casos reveladores de desproporcionalidade na relação consensual que ferem o aspecto democrático dos mecanismos equivalentes da gestão de conflitos na prática, quando se denota que uma das partes é perceptivelmente mais vulnerável quando comparada a outra.

A esse respeito, pondera Silva (2013a, p. 254) no que tange à tendência do conciliador agir com parcialidade, o que pode comprometer a investigação sobre o conflito e o verdadeiro interesse das partes. Como exemplo, cumpre destacar as situações que envolvem o Direito de Família, tendo em vista que pode acontecer de ocorrer uma desconsideração do contexto e a complementaridade do casal na relação. Logo, parte-se do entendimento de que a mulher é a parte hipossuficiente, vítima de uma percepção que não depende da experiência, porém, nem sempre isso se verifica na prática.

Com procedência na relevância da autocomposição na Teoria do Agir Comunicativo, há de se considerar o que defende Mandelbaum (2014), ao acentuar que a comunicação exerce papel vital no tratamento dos conflitos, todavia as pessoas não lhe concedem a devida importância, ocorrendo relações esgarçadas, em que os envolvidos sentem falta de algo, gerando o desatendimento de suas necessidades. O conflito real merece ser bem compreendido de maneira profunda, não havendo a possibilidade de um diálogo efetivo sem escuta ativa, quando os envolvidos não se permitem buscar soluções construtivas a fim de beneficiar o conjunto.

Além dos já citados, Mandelbaum (2014) ressalta algumas dificuldades nesse processo construtivo dialogado, as quais proporcionam ruídos e impedem a realização de acordos efetivos do ponto de vista democrático entre os envolvidos, merecendo considerar o caso em que o emissor gera uma mensagem para o receptor e este a ignora e vice-versa, ou quando o emissor ou receptor escuta somente o que quer escutar de modo seletivo e não o que realmente foi dito.

Um exemplo real que se configura, na última hipótese, de acordo com Mandelbaum (2014, p. 60), é uma sessão de mediação vivenciada pela autora, em que determinado casal, o qual já havia se divorciado na prática, não entendia a importância da escuta baseada na percepção e interpretação pessoal da mensagem, principalmente pela conduta do genitor:

Eu estava mediando um caso de um ex-casal, Tereza e Celso, que discutia o valor dos alimentos ao seu filho, Eduardo, de 8 anos. Tereza alegou que o menor apresentou sérios problemas de saúde, que foi diagnosticado, por profissionais altamente competentes, como sendo portador de transtorno bipolar. Contou que Eduardo lhe xingou, mordeu e arranhou seus braços, gritou com os médicos etc. Acrescentou que, por essas circunstâncias, precisava de um valor maior de alimentos, para custear todas as despesas médicas e psicológicas. Celso, ao escutar isso, entendeu ser desnecessário o aumento de pensão, pois essas atitudes que o filho apresentou eram expressões de raiva passageira.

Desta feita, resta clarividente a argumentação anterior com base nas ideias de Warat no que diz respeito à ofensa ao princípio democrático, já que trata da manipulação de instituições quanto ao impedimento do exercício da autonomia para proteção dos direitos fundamentais.

Pode-se inferir que na situação descrita, deveria levar em conta o quadro clínico do menor e a necessidade de maior amparo financeiro para tratamento médico e psicológico na busca de igualdade em direitos e obrigações, já que Eduardo continua sendo filho de Celso e Tereza, mesmo separados.

Outro caso hipotético que merece destaque diz respeito a uma colisão de veículos em via pública, em que o causador do acidente seria um operador do Direito e a vítima uma pessoa não dotada de conhecimento jurídico. Caberia refletir, portanto, se o acordo a ser firmado entre eles por meio da conciliação no Juizado Especial Móvel não restaria configurado de modo desproporcional em face da vulnerabilidade técnica de uma das partes.

Neste caso, se não houver um papel muito bem desempenhado pelo conciliador no que tange à aplicação correta das técnicas de conciliação, bem como o diálogo ser constituído de maneira positiva entre os envolvidos, dificilmente se chegaria a um consenso livre de vícios e, conseqüentemente, representaria uma distância do ideal democrático de autonomia das partes.

Vale destacar, por fim, o fato de que, na conciliação e na mediação, o ideal comunicativo é de enorme importância para o resultado final, pois, “[...] escutar, comprometendo qualquer tipo de mudança, não é escutar, é no máximo, ouvir e compreender o que está se dizendo. Conforme relatos dos envolvidos em um conflito, quando eles se fixam em suas posições, a sensação é semelhante a falar com uma parede” (MANDELBAUM, 2014, p. 63).

## 5 CONCLUSÃO

Como visto, em termos gerais, os mecanismos equivalentes da gestão de conflitos buscam a pacificação social, mediante elaboração do consenso pelas próprias partes. É preciso romper com o paradigma da litigiosidade muito em voga ainda na sociedade.

Em virtude da previsão no Código de Processo Civil de 2015, bem como da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a mediação e a conciliação ganharam mais força, embora, na prática, ainda enfrentem resistências na sua aplicação.

Concluiu-se também sobre a existência de problemas que dificultam a viabilidade dos acordos, porquanto os envolvidos, muitas vezes, não costumam dialogar, estabelecer um canal comunicativo entre eles, a fim de compreender melhor o outro. Assim sendo, merece destacar a contribuição da Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas, para aplicabilidade relacionada a tais mecanismos.

No que tange à realização dos acordos, há de se considerar que nem sempre representam a melhor opção para as partes, pois, para quem descumpriu a lei, o processo judicial e a lentidão da Justiça ainda são muito vantajosos e as conseqüências muito brandas. Esse pensamento leva a estimular aqueles

que agem com má-fé, de maneira a difundir a ideia de que o acordo não compensa, pondo em risco a busca pela pacificação social e melhor tratamento do conflito.

Desta feita, resta clarividente que a mediação e a conciliação entre litigantes em condições desiguais podem comprometer um resultado legítimo à luz da democracia, já que determinados vícios, como a coação, a fraude, o dolo, os quais podem influenciar na formulação do acordo, impossibilitam a aplicabilidade de forma plena do princípio da autonomia privada.

Cumprido destacar, também, que o caráter democrático da mediação e da conciliação está bem relacionado à escuta ativa, à empatia, ao respeito, à liberdade de expressão no momento de realização da sessão, sendo elemento fundamental da democracia, já que os cidadãos devem ser vistos como pessoas livres e iguais em direitos e obrigações, atendendo ao que defende a Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas, a qual desenvolve sua teoria crítica da razão instrumental, de modo a acreditar na comunicação, através da linguagem, como forma de emancipação humana.

Dessa forma, identifica-se que o agir comunicativo atua promovendo a integração social, pois, pelo uso da comunicação destinada ao consenso, são possíveis a interação e a modificação das relações intersubjetivas. Torna-se, com isso, um plano compartilhado entre os atores, influenciando diretamente na disposição, criação e validação dos ditames de uma comunidade. Passa-se a presumir, então, que a sociedade se organiza a partir das práticas consensuais.

Percebe-se, todavia, com espelho nos casos práticos há pouco referidos, que nem sempre as pessoas, em situações conflituosas, estão em condições ideais de igualdade, ocorrendo, muitas vezes, uma desproporcionalidade, seja ela de natureza técnica, financeira ou de gênero, por exemplo.

Equilibrar, portanto, as diferenças materiais entre as pessoas é o maior desafio a ser enfrentado pelos mecanismos da gestão de conflitos, ressaltando, porém, a grande contribuição advinda de uma boa comunicação entre as partes, a fim de reduzir os riscos gerados pelo ruído, de modo a estabelecer um diálogo efetivo e pacificador das relações sociais com base em uma visão de natureza mais democrática pautada na Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas.

## 6 REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 07 ago. 2020. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 30 de novembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 31 de dezembro de 2004.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 11 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 17 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)**. Apelação Cível no Juizado Especial. ACJ 20010410106959 DF, da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Brasília, DF, de 27 de maio de 2002, Diário da Justiça. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3118558/apelacao-civel-civel-no-juizado-especial-acj-20010410106959-df>>. Acesso em: 10 set. 2021.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região**. Agravo de Instrumento AG 15620 PR 2009.04.00.015620-9, da Quarta Turma, Porto Alegre, RS, de 3 de novembro de 2009, Diário da Justiça. Disponível em: <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6924150/agravo-de-instrumento-ag-15620-pr-20090400015620-9-trf4>>. Acesso em: 10 set. 2021.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho (TST)**. Recurso Ordinário nº 9100-83.2003.5.24.0000, da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Brasília, DF, de 9 de fevereiro de 2007, Diário da Justiça. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1725193/recurso-ordinario-em-acao-rescisoria-roar-91008320035240000-9100-8320035240000>>. Acesso em: 10 set. 2021.

CASTROVIEJO, Angel T. Finalização da conciliação. In: TOLEDO, Armando S. P. de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos F. (Coord.). **Estudos avançados de Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CUNHA, Alan D. L.; SANTOS, Luciano G. dos. Contribuições da teoria do agir comunicativo no processo de mediação. **Revista Faculdade Arnaldo Janssen Direito**, Belo Horizonte, v.9, n.9, p. 99-115, jan./dez. 2017. Disponível em: <<http://revistaarnaldo.costatecs.com.br/index.php/faculdadedireitoarnaldo/article/view/121/107>>. Acesso em: 02 set. 2021.

DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

FIGUEIREDO, Marcela R. S. Considerações prático-teóricas da atuação dos assessores jurídicos na mediação. In: ALMEIDA, Diogo A. R. de; PANTOJA, Fernanda M; PELAJO, Samantha (Coord.). **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: A negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GUTIERREZ, Daniel M; CUNHA, Jânio P. da. Jurisdição Processual e Democracia: advento da audiência de conciliação e de mediação, efetivação dos meios equivalentes e acesso à Justiça. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, p.108-131, 2015. Anual. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/495/193>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMP Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JORGE NETO, Nagibe de M. **Abrindo a Caixa Preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de C. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MANDELBAUM, Helena G. Comunicação: Teoria, axiomas e aspectos. In: TOLEDO, Armando S. P. de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos F. (Coord.). **Estudos avançados de Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MARTINS, Janete Rosa. A mediação e o Agir Comunicativo para o entendimento e a deliberação como política pública na gestão dos conflitos. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIII, v. 27, n. 2, p. 231-253, mai/ago. 2018. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/issue/view/49>>. Acesso em: 10 out. 2021.

ORSINI, Adriana G. de S; SILVA, Nathane F. da. Entre a promessa e a efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 115, Jun./Set. 2016, p. 331-356. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1148/1156>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; LIMA, Larissa Stephane Monteiro de. Análise da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas nos institutos da conciliação e mediação judicial. **Revista FIDES**, v. 11, n. 2, p. 654-675, 21 jan. 2021. Disponível em: <<http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/528>>. Acesso em: 28 set. 2021.

SAMPAIO JUNIOR, José H. O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 9, n. 13, p. 153-181, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/787/247>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SILVA, Érica B. e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013a.

SILVA, Luciano Braz. A Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito: perspectivas da filosofia de Habermas para efetividade da Democracia e dos direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Rio Grande do Sul, v. 1, n. 2, p. 238-268, 2013b. Editora Unijuí. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/1056>>. Acesso em: 09 set. 2021.

SIVIERO, Karime Silva; VINCENZI, Brunela Vieira de. A importância da autocomposição a partir das teorias de Jürgen Habermas e Axel Honneth. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 235-250, mar. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1164/1120>>. Acesso em: 07 out. 2021.

WARAT, Luis A. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.