

CONTINGÊNCIA ONTOLÓGICA DO DIREITO E MEDIAÇÃO**ONTOLOGICAL CONTINGENCY OF LAW AND MEDIATION**

RVD

Recebido em

29.06.2022

Aprovado em.

26.10.2022

Samuel Saliba Moreira Pinto¹**RESUMO**

Objetiva-se nesse avaliar potenciais contribuições da mediação para a pacificação social, frente ao “problema” da indeterminação ontológica do Direito e o ativismo judicial. Adota-se metodologia teórica e bibliográfica, com abordagem dedutiva e procedimento comparativo, a fim de revisar a literatura relacionada com a indeterminação do Direito, o ativismo judicial no Brasil e os métodos autocompositivos de solução de conflitos. Dadas as dificuldades teóricas de estabelecimento de critérios de obtenção de verdade em Direito, notadamente nas demandas judiciais, quanto às decisões, possível que a mediação, como forma autocompositiva de solução de conflitos, contribua para a pacificação social de forma (mais) eficiente.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Indeterminação do Direito; Hermenêutica; Mediação.

ABSTRACT

This article aims to evaluate potential contributions of mediation to social pacification, facing the “problem” of the ontological indeterminacy of Law and judicial activism. Theoretical and bibliographic methodology is adopted, with a deductive approach and comparative procedure, in order to review the literature related to the indeterminacy of Law, judicial activism in Brazil and self-compositional methods of conflict resolution. Given the theoretical difficulties of establishing criteria for obtaining truth in Law, notably in judicial demands, with regard to decisions, it is possible that mediation, as a self-compositional form of conflict resolution, contributes to social pacification in a (more) efficient way.

Keywords: Judicial activism; Indeterminacy of Law; Hermeneutics; Mediation.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (São Leopoldo/RS). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Porto Alegre/RS). Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP (Bagé/RS). Advogado. E-mail: samuelsaliba.adv@gmail.com. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-6553-3965>

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

No bojo de um Estado Constitucional, direitos fundamentais são catalogados e a sua privação deve dar-se em situações excepcionais, também previstas no texto constitucional. E além de a sanção precisar ser proporcional (ao ato omissivo ou comissivo), com a necessária observação de interesse social, são essenciais a motivação e a possibilidade de revisão – desse ato sancionatório.

Com efeito, atos puramente discricionários, a seguir analisados minudentemente, afiguram-se incompatíveis, mormente porque eventual confusão entre Direitos e deveres, bem assim (des)controle do poder, poderá vulnerar a própria ideia de Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, as discussões envolvendo lei e aplicação de lei, notadamente a sua interpretação, ficam bastante exasperadas: como argumentar suficientemente, se leis são naturalmente vagas e ambíguas? Como falar em segurança jurídica se é possível que haja mais de uma resposta para os problemas jurídicos? Qual seria a lei ideal? Mais genérica ou mais especializada? O que é uma lei genérica? O que torna uma lei especializada? Como conter o intérprete?

Dadas as dificuldades teóricas de estabelecimento de critérios de obtenção de verdade em Direito, notadamente nas demandas judiciais (com o estabelecimento de uma Teoria da Decisão), e levando-se em consideração a necessidade de uma solução eficiente e compatível com o mundo na 4ª Revolução Industrial, objetiva-se com o presente artigo a reflexão sobre a mediação, que enquanto forma de solução autocompositiva de conflitos, desvia do problema da indeterminação ontológica do Direito.

Adotar-se-á na presente pesquisa metodologia teórica e bibliográfica, com abordagem dedutiva e procedimento comparativo, a fim de revisar a literatura relacionada com a indeterminação do Direito, partindo de uma breve contextualização desse “problema”, na primeira seção, passando pelo atual estado da arte do ativismo judicial no Brasil, na terceira seção, para então avaliar a mediação, na quarta seção, e, assim, verificar suas potenciais contribuições para o ideal de pacificação social.

2 CONTINGÊNCIA ONTOLÓGICA DO DIREITO

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

O ato de deliberar pode dar-se em dimensões “moral” e “técnica”. Naquele caso, há indeterminações que não são minimizadas pelo progresso científico ou acúmulo de conhecimento, e há uma ampliação no campo de aplicação do agir humano. Nesse, as indeterminações são de ordem epistemológica, e há redução no espectro deliberativo. (PINTO *apud* PINTO, 2020, p. 146). Tal “redução do espectro de deliberação técnica pode ser ilustrada com os exames de sangue, que reduzem a gama de tratamentos possíveis de serem propostos”, pois “a partir do momento em que o técnico sabe qual o tipo de sangue”, terá de propor os tratamentos específicos para pessoas daquele grupo. (PINTO, 2020, p. 146).

Outro exemplo é aquele trazido por Pinto, Raatz e Dietrich (2019, p. 8), na medicina, “quando se encontra a cura para determinada patologia [e] é possível que se chegue a uma vacina”. Nesse caso, há uma solução (vacina) para os problemas (doenças) antes de eles ocorrerem, “pois, a rigor, todos os casos daquela doença se manifestarão igualmente nos seres humanos”. No âmbito do Direito, porém, não há sangue ou vacina.

Assim, em Pinto, Raatz e Dietrich (2019, p. 8), não há soluções para casos (jurídicos) antes de eles aparecerem, como teorias precedentalistas ingenuamente pretendem.

Baseados em Aristóteles e Gadamer, os autores sustentam que tais teorias ignoram a indeterminação ontológica (que é) própria do Direito, “sendo inviável sanar tal problema por meio de qualquer ‘aparato’ epistemológico”. A compreensão do fenômeno jurídico, assim, seria “um problema essencialmente ligado à interpretação de um (comando) universal para um caso particular”, de modo que em Aristóteles “seria um equívoco equiparar a virtude ao saber, de forma que no âmbito da virtude, vale dizer, da filosofia prática, não haveria uma exatidão de nível matemático”. (PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 5).

Dáí porque, em Aristóteles, não haveria equiparação entre “questões da ordem do conhecimento” e “questões de ordem das ações”, não sendo “menos insensato

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

aceitar um raciocínio provável da parte de um matemático do que exigir provas científicas de um retórico”. (*apud* PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 6).

Em Gadamer, o Direito – como “ciências do espírito” – operaria em uma dimensão onde não há esgotamento em um método, *i. e.*, “Tudo que envolve[ria] a estética, a história ou a linguagem (estando aqui o Direito) não se esgota[ria] [...] em pretensões ‘matematizantes’”. (*apud* PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 6).

Noutras palavras, “não existe um nível de exatidão matemático no Direito”, na medida em que não há um nível de exatidão na linguagem, “e os códigos (sejam eles legislativos, sejam eles um conjunto de julgados porventura denominados de precedentes) não conseguem prever todas as situações da vida”. (PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 7). Assim, “o problema da indeterminação do Direito [...] não se resolve [...] ‘epistemologicamente’”, *i. e.*, “Não será um Código completo, súmulas, enunciados ou precedentes que resolverão esse problema, pois a própria natureza do Direito o condena a essa indeterminação”. Não por outro motivo, a atuação do profissional do Direito² difere da atuação do artesão, que opera com a *technê* (PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 8), e, assim, “possui o projeto da coisa e as regras de sua execução, e a esta se aplica”. (GADAMER *apud* PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 8).

Chauí (1994, p. 360) nos ensina que *Téchne* seria “Arte manual, técnica; ofício, profissão; habilidade para fabricar, construir ou compor alguma coisa ou artefato”, a “Obra de arte”; o “Produto da arte”, e se “apresenta por meio de obra ou objetos”. Traz como exemplo o médico, que seria um “técnico cuja obra é produzir a saúde”, o arquiteto (casa), oleiro (vazo de cerâmica), dramaturgo (peça teatral), poeta (poema), pintor (quadro) e capitão que produz uma viagem de embarcação. Para a autora, “Tudo o que se referir à fabricação ou produção de algo que não é feito pela própria natureza é uma técnica, cujo campo é o artefato ou o objeto-de-arte, isto é, o artifício, o utensílio, o instrumento, a arma ou o poema”; excetuando-se o ofício “do político e do sábio”, que

² Por exemplo, o professor, advogado ou magistrado.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

não são técnicos. Excetuando-se a teoria, a ética e a política, todas as práticas seriam técnicas. (CHAUI, 1994, p. 360).

Aristóteles diferencia o agir do produzir, defendendo que “a arte deve ser uma questão de produzir e não de agir; e em certo sentido, o acaso e a arte versam sobre as mesmas coisas”. Estabelece o Filósofo, pois, uma distinção importante entre *praxis* e a *poiêsis*. (ARISTÓTELES *apud* PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 8-9).

Chauí (1994, p. 358) ensina que *Práxis* seria “Ação, ato (por oposição à fabricação [...]), “atividade”, e significaria “percorrer um caminho até o fim, chegar ao fim, alcançar o objetivo, executar, cumprir, realizar, agir, conseguir, fazer acontecer alguma coisa [...]”. Diz ela: “Aristóteles explicita o sentido de *práxis* afirmando tratar-se daquela prática na qual o agente, o ato ou ação e o resultado são inseparáveis. Trata-se da ação no campo ético e político”. (CHAUI, 1994, p. 360).

Poiêsis seria a “Confecção de um objeto artesanal”, “agir com eficácia produzindo um resultado (um remédio, uma arma, um artefato)” e:

Aristóteles explicita o sentido principal da *poiêsis* como uma prática na qual o agente e o resultado da ação estão separados ou dão de natureza diferente. A *poiêsis* liga-se à ideia de trabalho como fabricação, construção, composição e à ideia de *téchne* [...]. (CHAUI, 1994, p. 358).

Com efeito, a *práxis* relaciona-se com a ação e com a *phrônesis*; e a *poiêsis* relaciona-se com a produção e com a *tékhnê*. E “a atitude contemplativa ou o saber que se refere ao necessário”, em Aristóteles, distingue-se da “atitude prática, o fazer que se refere ao contingente”, sobre o qual pode-se deliberar, escolher. (PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 9-10).

Delibera-se, pois, sobre as coisas que dependem do sujeito (da razão e da ação), que podem ser realizadas, e não seria objeto de deliberação, em princípio, a natureza, a necessidade (*anánke* – lei da natureza, necessidade física ou natural) e a fortuna (*týkhe* – acaso, boa ou má sorte, acidentes em geral). (ARISTÓTELES *apud* CHAUI, 1994, p. 314, 342-343 e 361).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

Em Chauí (1994, p. 314), “Deliberamos sobre aquilo que podemos escolher e escolhemos aquilo que a deliberação nos mostrou ser preferível”.

O processo de ação, em Schio (2009, p. 79), pode ser resumido da seguinte forma: desejamos, deliberamos, percebemos, escolhemos e então agimos (ato). Com efeito, a deliberação seria “a consideração das alternativas possíveis que uma certa situação oferece[u] à escolha”, e sua finalidade seria combinar os meios mais eficazes para a ocorrência do desejo; de modo que não se confundiria com os meios, dado que apenas os analisa. E, “na ação humana, é falível, mas também insuprimível”. Sem a deliberação, pois, não há ação, mas apenas “o movimento impulsionado pelo instinto ou pela paixão”. (SCHIO, 2009, p. 80-81).

Conforme Berti (1998, p. 154), a deliberação apenas se relaciona com os meios, *i. e.*, com as coisas que estão em relação aos fins, mas não se relacionaria com os fins *per se*, já que a despeito de visar ações futuras, sobre elas não incide, pois delibera-se sobre os meios.

Por esses motivos que a deliberação se refere ao que é ignorado e contingente, e presta-se à extração das possibilidades, para que o ato pretendido possa ser realizado, e o agente da deliberação terá espaço para decidir de uma forma ou de outra, *i. e.*, falar em deliberação é falar em espaço “para a escolha humana”. Um ato, pois, depende do próprio agente, e, assim, “nos meios” é que haverá a análise das coisas que estão ao alcance do indivíduo, que avaliará a sua adequação para a finalidade pretendida. (SCHIO, 2009, p. 81).

Em Schio (2009, p. 83-84), da percepção advém a ideia de que o desejo é realizável, e é na deliberação onde “os meios mais eficazes e corretos estão presentes para a obtenção do fim”. É na percepção que são “acrescidos os melhores meios para” executar determinado fim; e, nesse ponto, “se adiciona a certeza de que os meios são realizáveis, *i. e.*, que eles são passíveis de se tornarem realidade”, cabendo “à escolha optar, guiada pela prudência, pelo melhor meio”.

A escolha, diz a autora, é a “opção preferida dentre as várias alternativas”, tratando-se de “uma atividade comparativa na busca do melhor possível” e que

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

“depende de uma reflexão fornecida pela deliberação”. E o resultado será a ação moral (*práxis*), que “É o objeto comum do intelecto (inteligência deliberante) e do desejo (vontade desejanter)”, tratando-se de um “contingente indeterminado, como o acaso”, mas que com ele não se confunde. (SCHIO, 2009, p. 83-84).

Em Pinto (2020, p. 196), a despeito do controle sobre a decisão *per se*, o mesmo não pode ser verificado – no mais das vezes – sobre os efeitos dessa escolha, que estão fora do espectro de deliberação do agente.

Para Pinto, Raatz e Dietrich (2019, p. 10), “No caso da deliberação judicial”, há “um aspecto ontológico intransponível da contingência do caso concreto e dos vários aspectos circunstanciais relevantes que podem ocorrer e que impedem que esta deliberação se limite apenas à análise universal e abstrata da lei”. Daí porque, em Gadamer, quanto a textos jurídicos, “a interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica, por isso, ‘se quisermos compreender adequadamente o texto’, vale dizer, ‘compreendê-lo de acordo com as pretensões que ele apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante”, em cada situação concreta (*apud* PINTO, RAATZ, DIETRICH, 2019, p. 14).

Reconhece-se, assim, “a primazia do caso concreto (ou do particular) sobre quaisquer pretensões *a priori* e matematizantes depositadas nos precedentes judiciais”, ficando claro “como a cisão entre interpretação e aplicação das teses precedentalistas decorre da sua incapacidade de perceber que o Direito carece ontologicamente do aspecto contingencial/particular”. (PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 14). Tais teses “imaginam que o Direito pode ser produzido sem o particular, vale dizer, que os problemas jurídicos podem ser todos resolvidos aprioristicamente”, e, “Ao imaginar um Direito sem casos particulares, passam a cindir discursos de interpretação e aplicação”. (PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 14).

Pretensões precedentalistas, com efeito, esbarrariam nessa “diferença entre *technê* e *phronêsis* na obra de Aristóteles, pois a ideia dos precedentes é que os casos já estejam resolvidos antes mesmo de aparecerem em sua particularidade”, como se a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

atuação do profissional do Direito se desse com a atuação do artesão. (PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 14)

Naturalmente que essa indeterminação ontológica do Direito não deve ser confundida com uma irracionalidade ou relativização, pois em Gadamer se sabe que há “verdades nas ciências do espírito, independentes da subjetividade, para além do método e do conhecimento progressivo da legalidade”; e “não serão os precedentes que vão sanar o problema natural do Direito, de indeterminação da linguagem”. (PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 16).

Em Pinto, Raatz e Dietrich (2016, p. 16), “Não existiu um Código completo até hoje e não serão os precedentes que terão essa completude [...], pois é da natureza do Direito ser indeterminado aprioristicamente”. Dito de outra forma, “afirmar que o Direito pode ser matematicamente determinado aprioristicamente por uma dada ‘ferramenta’” seria “o mesmo que afirmar que, com o devido treinamento (epistemologia), pode-se ensinar um cão a respirar debaixo d’água e viver como um peixe”, desafiando sua ontologia. (PINTO; RAATZ; DIETRICH, 2019, p. 16).

E um fenômeno associado à indeterminação ontológica do Direito é o ativismo judicial, sobre o qual tratar-se-á na próxima seção.

3 ATIVISMO JUDICIAL

O que caracteriza um Estado Democrático é o estabelecimento de direitos fundamentais “catalogados e assegurados em textos constitucionais”, cuja privação deve dar-se em situações excepcionais, quando houver autorização constitucional para tanto. Assim, é própria Constituição que preconiza as situações onde os direitos nela estabelecidos podem sofrer limitação. Além disso, deve haver proporcionalidade entre o ato ensejador da limitação e a sanção, e tal deve dar-se a partir de interesse social, devendo também haver uma decisão fundamentada nesse sentido: e o ato de restrição deve ser passível de revisão pelo (próprio) Poder Judiciário. (ABBOUD *apud* ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 293-294).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

Disso se segue que em um Estado Constitucional não há espaço para atos – administrativos ou jurisdicionais – “puramente discricionários”, pois a qualidade da discricionariedade “não se coaduna com o Estado Democrático de Direito”, eis que todo ato do Poder Público, sobretudo os restritivos de direitos, “deve ser amplamente fundamentado”, com a exposição exaustiva dos “fundamentos fático-jurídicos”, “a fim de demonstrar porque aquela escolha [...] é a melhor possível”. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 295).

Uma das funções do constitucionalismo, pois, será justamente garantir o controle do[s] Poder[es], e, por via de consequência, garantir os direitos fundamentais (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 295), de modo que frente a eventual descontrolo, haverá vulneração do Estado Democrático de Direito.

Para José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 201), a interface entre segurança jurídica e desenvolvimento econômico possui relação direta com a atuação judicial, notadamente quanto à sua capacidade de gerar incentivos ou não para o mercado: do ponto de vista político, nas matérias relacionadas com o direito penal e direito administrativo, a atuação estatal “tem desdobramentos sobre a segurança do cidadão” e de empresários. Assim, essa atuação (estatal) e a (in)segurança jurídica repercutem na “legitimidade do direito diante da sociedade”, mormente quanto ao sentimento de (in)satisfação sobre o “funcionamento [e efetividade] das instituições formais [...]”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 201).

Portanto, a racionalidade jurisdicional, “tema clássico de teoria do direito”, nos diz Rodriguez (2013, p. 202), relaciona-se com a legitimidade do direito perante a sociedade. É importante destacar-se que a categoria “segurança jurídica”, para o autor, não se relaciona com “respostas únicas e unívocas” para as demandas judiciais, a partir da edição de textos legislativos fechados ou abertos, pois não haveria – no caso de textos legislativos fechados – maior capacidade de “conter o intérprete”, “induzindo-o a adotar raciocínios textualistas”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 202). Para o jusfilósofo a ideia de resposta única/unívoca precisaria ser reformulada, já que não daria conta da

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

realidade do ordenamento jurídico contemporâneo, onde há “presença maciça de textos normativos abertos”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 202).

Isso porque mesmo havendo textos fechados, o intérprete ainda encontraria espaço “para criar interpretações com fundamento em justificativas que extrapolam uma interpretação meramente literal”, *i. e.*, a despeito de uma eventual abertura (maior ou menor) do texto, ainda assim haveria espaço de “ação criativa”. Dito de outra forma, o tão relevante “conceito de segurança jurídica” para o ideário de Estado Democrático de Direito, não teria uma relação necessária com o texto legal, pois independentemente da técnica legislativa, poderia haver mais de uma resposta para uma demanda judicial. (RODRIGUEZ, 2013, p. 202-203).

Assim, tal “deve ser levado em conta na definição de segurança jurídica e não servir como argumento para afirmar sua impossibilidade”, sob pena de estar-se a exigir mais do que o direito pode oferecer, comprometendo a sua legitimidade. (RODRIGUEZ, 2013, p. 203). Nesse contexto, há “divergência entre diversas maneiras de interpretar os textos legislativos”, e isso, para fins de efetividade e legitimidade do ordenamento jurídicos, seria normal e possuiria importância central: “o ideal de segurança jurídica compreendido como a possibilidade de restringir o espaço de liberdade do juiz”, para que profira decisões previsíveis, ter-se-ia tornado quimera. (RODRIGUEZ, 2013, p. 204-205).

Exemplifica o autor utilizando expressões como “boa-fé” e “concorrência desleal”, no sentido de que teriam muitos sentidos possíveis. Logo, seria possível a ocorrência de uma atividade criativa dos juízes, que teriam “um espaço amplo para atuar, autorizado pelo texto normativo”, sendo difícil crer na existência de um “texto normativo fechado”, já que “por mais preciso e bem formulado”, ainda assim não seria capaz de impedir a criação de exceções tendentes a uma adaptação ao caso concreto. (RODRIGUEZ, 2013, p. 205-208). Critica Rodriguez (2013, p. 206-209), porém, “um déficit de justificação”, que “poderia passar a imagem de um Poder Judiciário que decide de forma autoritária”, *i. e.*, “sem fundamentos, e para além dos limites estabelecidos pela separação de poderes”, devendo a autoridade, portanto, explicitar as

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

razões pelas quais adotou aquela ação criativa, justificando “as razões pelas quais estabeleceu [determinada] exceção”.

Apenas com os textos normativos, defende o Rodriguez (2013, p. 207), não seria possível garantir segurança jurídica, mas sim a partir da atenção ao processo de argumentação adotado pela autoridade, *i. e.*, a partir das razões por meio das quais criou – ou não – uma exceção “a um texto normativo geral ou atribui[u] determinado sentido a um termo abstrato contido em um texto normativo aberto [...]”.

No ponto, importante a referência a Streck (2015, p. 491-492), para quem, a partir da “viragem ontológico-linguística”, houve a “superação dos paradigmas essencialista-clássico e da filosofia da consciência”, que significa o entendimento da indeterminação da linguagem. Logo, sendo “A lei [...] constituída por palavras”, impossível ignorar-se o seu contexto, que contribuiria para dar sentido à palavra. Para o autor, seria “irrelevante a discussão acerca da vagueza ou clareza [de um] enunciado”, pois a essência do significado do furto, *p. ex.*, não é contida pelo tipo penal subtrair coisa alheia móvel; de modo que não haveria, de antemão, o que se falar em textos normativos abertos ou fechados, já que não há um sentido imanente ou evidente nas palavras, que “não esgotam a realidade”. E entender que a interpretação seja uma questão de sintaxe, significaria que “um bom linguista ou professor de português seria o melhor jurista”. (STRECK, 2015, p. 487-489 e 496).

A definição do sentido de determinada lei, pois, será dada a partir do caso concreto, de modo que os sentidos se dão na concretude. Não há, porém, espaço para confusão dessa hermenêutica com o relativismo ou o realismo da experiência estado-unidense, que preconiza que o intérprete dá o sentido ou que o direito é o que os tribunais dizem que é. Isso porque não há um grau zero de sentido; sendo a linguagem pública. (STRECK, 2015, p. 494-496). Lenio Streck (2015, p. 523-524), ao defender a racionalidade da hermenêutica, sustenta haver a admissão de respostas/interpretações corretas, e, pelo fato de a hermenêutica filosófica rechaçar o método, não há o que se falar em ausência ou carência de racionalidade.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

No âmbito judicial, diz Rodriguez (2013, p. 212-214) que “os tribunais seriam o local adequado para promover [um] debate tendo em vista a padronização da interpretação das normas jurídicas”, e poderiam “incluir a formalização da fundamentação das decisões” em suas atividades, além de editarem súmulas e enunciados, que pudessem padronizar “apenas os resultados de determinados tipos de demanda”. Seria preciso, pois, “levar em conta o processo de aplicação e também a fundamentação das decisões judiciais na discussão sobre segurança jurídica, o que significa [...] sair de um paradigma textualista para entrar num paradigma argumentativo”.

Citando Kelsen, defende o autor que o “ideal de segurança jurídica só poderia ser atingido ‘aproximativamente’”; e a submissão das “decisões jurisdicionais a mecanismo de controle a partir de sua fundamentação”, em vez de um “ideal textualista radical” tendente à supressão da subjetividade e autoridade judicial para decisão em casos concretos. Não se buscaria, assim, uma “resposta única para cada problema jurídicos, mas sim uma resposta suficientemente justificada de acordo com os critérios e o limite temporal vigentes em cada ordenamento jurídicos”. E “A melhor resposta jurídica [...] será aquela que se obteve depois do máximo de argumentação possível, segundo os critérios e os limites de tempo³ impostos aos organismos decisórios”, baseados em lei. (RODRIGUEZ, 2013, p. 212-215 e 217).

Portanto, “O debate de argumentos jurídicos diferentes no interior do mesmo ordenamento jurídicos diferencia[ria] um sistema jurídico caracterizado como um ‘império do direito’ de um sistema jurídico de feições autoritárias”, já que seria essencial “para a caracterização do império do Direito” a possibilidade de discussão crítica⁴ da decisão, com a disputa do sentido das normas, e da imaginação de que a decisão

³ Os limites temporais para que uma decisão seja dada dar-se-iam dentro do sistema jurídico, havendo “alguma instância de caráter jurisdicional [...] capaz de colocar fim ao debate jurídico em algum momento”. (GÜNTHER *apud* RODRIGUEZ, 2013, p. 216).

⁴ O controle acrítico sobre as ações do Judiciário e “sobre a possibilidade de debater suas decisões” seria, para Rodriguez (2013, p. 216), fundamental para a sobrevivência de regimes autoritários, onde “organismos jurisdicionais” seriam transformados “em meras cadeias de transmissão da vontade do poder”.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

poderia ter sido diferente. Dessa forma, a “busca da melhor resposta jurídica possível em nossa realidade história”, que “define a argumentação jurídica”, preconizaria “a autonomia dos órgãos jurisdicionais em julgar os casos segundo procedimentos decisórios definidos por lei”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 216-217).

Importante a ressalva de que o encerramento do debate se dá no âmbito do Judiciário, “mas pode [e deve] continuar na esfera pública e na doutrina em nome dos casos futuros sobre os quais aquela decisão pode vir a ter influência na condição de jurisprudência”, sendo tal de fundamental importância “para a legitimidade e para a eficácia do direito”, pois “A persistência do debate contribui para mostrar que as decisões tomadas poderiam ter sido diferentes e, por via de consequência, que as balizar decisórias vigentes poderão ser alteradas no futuro”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 217-218).

O autor não concorda que a ideia de que a existência de diversas possibilidades de decisões autênticas possa significar “que os organismos jurisdicionais escolhem a solução de forma subjetiva e contingente”, o que enfraqueceria a legitimidade do direito. Contrariamente, isso seria favorável, na medida em que o debate passaria a ser visto “como algo normal e [que] ganha[ria] centralidade no processo de construção da segurança jurídica” e da “dimensão da fundamentação das decisões [...]”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 218-219).

Defende, assim, um afastamento do “modo de pensar que busca um conceito único de direito e um método único para a interpretação das normas jurídicas supostamente capaz de chegar a soluções precisas para os casos concretos”, de modo que seria necessário haver “um acordo de base entre as diversas posições teóricas sobre o material jurídico de que se parte e sobre os organismos decisórios nos quais ele se desenrola, inclusive quanto ao procedimento para a tomada de decisão”, de forma que “todas estas posições farão parte do mesmo jogo”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 220-221).

A segurança jurídica defendida será aquela preocupada mais com a dimensão argumentativa e menos com “a construção do texto normativo”, e preconizará a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

construção de “padrões argumentativos mais abertos, que restrinjam o espaço decisório”, porém, sem limitar a autoridade acerca de novos conflitos. Ou seja, no lugar “de uma resposta jurídica única para cada tipo de conflito jurídico”, “a obtenção de respostas bem fundamentadas, não arbitrárias”, e “que explicitem seus fundamentos para que seja possível discuti-los e submetê-los a algum grau de formalização e padronização”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 223-224).

No ponto, faz-se referência à inexistência de “um sistema de precedentes organizados” no Brasil, pois aqui são utilizados enunciados e súmulas que, “por meio de formulas genéricas e sem fazer referência a nenhum argumento”, indicam “o resultado futuro de demandas que versem sobre determinado assunto”, em vez de serem utilizados “determinados casos [...] como exemplares de sua posição”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 224-225).

Nesse contexto, exsurtem posturas de autoridades judiciárias e que são consideradas ativistas.

Grostein (2019, p. 53-55) aponta como concepções do ativismo um “desbordamento dos limites impostos ao Judiciário pelo próprio ordenamento jurídico, sobretudo quando a função jurisdicional ultrapassa suas balizas para invadir a função legislativa”, quando o “julgamento [se dá] com base em posições valorativas ou ideológicas [...]”; e quando há criação judicial do direito. Também haveria ativismo judicial quando o julgador age por meio do uso de métodos não ortodoxos de interpretação. (GROSTEIN, 2019, p. 56).

Quando a decisão, pois, é “proferida com base nas convicções políticas, valorativas ou ideológicas” da autoridade judiciária, *i. e.*, a pessoa não atua de forma isenta e pauta-se por valores particulares, haveria aquilo que Grostein (2019, p. 57) denominou “Julgamento Orientado pelo Resultado” ou “Politização da Justiça”. Para o autor, “qualquer decisão fundada nas convicções pessoais do juiz [...] será ativista segundo” a concepção de decisão orientada pelo resultado. (GROSTEIN, 2019, p. 62).

Em Nery Junior e Abboud, seria ativista:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

[...] toda a decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema Jurídico e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo”. (apud Grostein, 2019, p. 59).

Copelli (2022), acerca do ativismo, refere que:

No limite, sob a pretensão de "concretizar direitos", abre o nada republicano espaço para que o magistrado lance seus juízos morais, éticos, econômicos e políticos ao Direito. E isso é, como perpassado pelo contundente posicionamento do professor Lenio Streck em muitas de suas obras, "ruim para a democracia". Claro. Desse modo, confunde-se a autonomia do Direito com a autonomia dos Tribunais (não no sentido institucional, evidentemente, mas na perspectiva decisória de seus componentes).

Atinente à criação judicial do Direito, como uma espécie de ativismo judicial, Grostein (2019, p. 65) refere Antonin Scalia, *justice* aposentado da Suprema Corte estadunidense, que teria dito que uma função criadora de Direito por magistrados seria incompatível com a democracia, vulnerando a separação dos poderes, que mitigaria os poderes da autoridade judiciária.

Relevante a colocação do autor, acerca de “Métodos Não Ortodoxos de Interpretação”, na experiência estadunidense, quanto a originalistas e não-originalistas, no sentido de que para os primeiros seria ativista a decisão que não observa a “literalidade da Constituição americana e [as] intenções daqueles que aprovaram o texto original”; e para os segundos seria ativista aquela decisão que não realiza uma leitura contemporânea do texto normativo, *i. e.*, a “postura evolucionista entende desnecessário considerar-se a intenção original dos redatores da Constituição”. (GROSTEIN, 2019, p. 67-70).⁵

⁵ Note-se que a própria postulação de que uma decisão é – ou não – ativista padece de indeterminação ontológica, podendo-se chegar no limite de que se se concorda com a decisão, não se defende que foi ativista. E se se discorda, defende-se que foi.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

Lenio Streck (2016, p. 100-101), acerca do ativismo judicial, aponta que uma das suas características é a impossibilidade de repetição, *i. e.*, se “a decisão, nos moldes em que foi proferida”, não puder ser repetida “em situações similares”, há grandes chances de ela ser ativista. *Idem* para “decisões *contra legem*”, já que nesse caso o julgador “se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar dos” do “constituente e/ou” legislador originário. Assim, a autoridade judiciária deve verificar: (1) “se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, (2) se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas, e (3) se, para atender aquela tutela, não se está fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos – o que vulneraria a igualdade e a isonomia. (STRECK, 2017, p. 259).

Tais (três) indagações seriam indicativas de ativismo. E havendo resposta negativa para alguma dessas perguntas, estar-se-á, diz Lenio Streck (2017, p. 259), “com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista”.

No ponto, importante destacar-se que há uma grande diferença entre “ativismo judicial” e “judicialização”. Conforme Streck, o primeiro seria sempre ruim dado que referiria, *v. g.* no caso das decisões contrárias a texto legal e/ou constitucional, espécie de apropriação do Direito positivado pelo intérprete, que se colocaria como legislador. Ativista, pois, seria aquele que “julga ‘conforme sua consciência’, [...] ‘conforme o justo’ ou” aquele que busca um fundamento após a decisão, eventualmente julgando “conforme os clamores da sociedade”. (*apud* PINTO, 2019, p. 256). De outro lado, a judicialização pode ser boa ou ruim, não podendo, naturalmente, “no caso específico da judicialização da política”, gerar espécie de “substituição do debate político pela vontade” da pessoa julgadores. Há casos de judicialização onde “a resposta oferecida pelo Judiciário [foi] adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista”. Em regimes democráticos guarnecidos por uma Constituição normativa, a judicialização “é um fenômeno que sempre poderá ocorrer, notadamente no caso da judicialização da política” onde haja certa

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

disfuncionalidade nas instituições Legislativo e Executivo. (STRECK *apud* PINTO, 2019, p. 256).

Pensando o ativismo judicial como um importante objeto de estudo, também para teóricos do Estado, Copelli (2022) dirá que “não pode haver Teoria do Estado, na contemporaneidade e na especificidade brasileira, que desconsidere esse importante fenômeno”, na medida em que teria reflexos e impactos severos justamente “nas instituições do país”.

Para o autor,

[...] apenas uma leitura hermenêutica, nos moldes propostos pela Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck), comprometida com a democracia e com a Constituição, [seria] capaz de ver o ativismo judicial como um problema *também* na Teoria do Estado. Ou seja, uma leitura direcionada à percepção de que o Judiciário, ao embaralhar a aplicação do Direito com a perspectiva política de seus funcionários-magistrados, transforma-se em uma espécie de *Superpoder*, não mais *parte do Estado*, mas *descolado e acima dele*, caracterizando, dessa forma, um *Novo Pacto*. (COPELLI, 2020, grifos no original).

Daí a importância do debate acerca de como decidem os tribunais, sendo esse “um dever daqueles que estudam Direito e que são comprometidos com um ideal de democracia”. (BERNSTS, 2022). Naturalmente que não se postula aqui uma “crítica afásica de decisões judiciais”, mas antes a demonstração de que determinadas interpretações, em casos concretos (verdadeiros ou fictícios), atendem ou não a preceito constitucional ou legal. (PINTO, 2021, p. 203). Eis a importância – e fundamento – do constrangimento epistemológico, “como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno” (STRECK, 2020), bem assim de “censura significativa de decisões”. (STRECK, 2014, p. 168).

Localizados, no bojo do Estado Constitucional brasileiro, a indeterminação ontológica do Direito e o ativismo judicial, como problemas de difícil – ou quase impossível – solução, pelo menos no atual estado da arte da Teoria do Direito e do Estado, passa-se ao exame da mediação, a fim de (tentar) extrair suas possíveis

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

contribuições para a pacificação social de forma que não seja necessária a articulação de teorias da decisão e/ou critérios de obtenção de verdade em Direito.

4 MEDIAÇÃO

Enquanto método consensual de solução de conflitos (OPPITZ, 2020, p. 138), a mediação nasce de um movimento legislativo⁶ preocupado com um grande aumento na procura pelo Judiciário, que a partir de 1988, e da inafastabilidade da jurisdição (BRASIL, 1988), se tornou “o *locus* mais democrático para composição dos conflitos de interesses” e disponibilizou acesso amplíssimo para a população. (MANDARINO; FREITAS, 2015, p. 349-350; GUAZZELLI, 2021; OPPITZ, 2020, p. 127).

O atual Código de Processo Civil, amplamente projetado para a autocomposição, em diversos dispositivos e de forma expressa valoriza esses métodos de solução de conflitos, pois preconiza que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos *deverão ser estimulados*”. (BRASIL, 2015, grifo nosso). A Lei nº 13.140/15, que “dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” dispõe que a “[...] mediação [é] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. E partindo da ideia de que conflitos nascem de quebras na comunicação, tenta-se por meio da sessão de mediação um melhoramento no diálogo entre as partes, como condição que possibilita a composição.⁷ (BRASIL, 2015).

Então é possível concluir que a mediação se presta para o (r)estabelecimento da boa comunicação entre as partes, pretendendo, assim, que haja a construção por elas

⁶ A Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a própria lei da arbitragem, dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, são exemplos que demonstram uma movimentação de tentativa de, por meio da *promoção da autocomposição*, assegurar que o Poder Judiciário fique com as demandas envolvendo questões sobre direitos indisponíveis, crimes graves, e naqueles casos onde após *efetiva* tentativa de composição as partes não conseguiram chegar a um acordo. (PINTO, 2021).

⁷ Conforme art. 4º, §1º, da Lei nº 13.140/15. (BRASIL, 2015).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

de uma solução para seu(s) conflito(s). E essa forma autocompositiva de solução de conflitos pode dar-se de forma extrajudicial ou judicial: no primeiro modo há altíssima informalidade⁸, e no segundo há maior formalidade, notadamente porque significa que as pessoas em conflito em tese não conseguiram – em um primeiro momento – a solução de forma inteiramente privada, “com terceiro de sua confiança e independente” de qualquer “qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação”.⁹

Nessa quadra há importante grau de litigiosidade e a mediação se dará dentro de uma estrutura estatal, notadamente o Poder Judiciário. Por esse motivo há maior formalidade, inclusive devendo as pessoas mediadoras atuantes estar certificadas ou em processo de formação, havendo envolvimento de tribunais, do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça.¹⁰ (BRASIL, 2015).

Dentro da mediação judicial¹¹ apresenta-se outra diferenciação: trata-se da abordagem a ser adotada pela pessoa que conduz a sessão¹²: o atual CPC, tratando dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, estabelece que aquele atuará, preferencialmente, “nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”, podendo “sugerir soluções para o litígio”, observadas as cautelas para que haja voluntariedade; e esse “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”. E sua função será de prestar-lhes auxílio na compreensão das questões e interesses em conflito, de modo que possam, “pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si [...], soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”. (BRASIL, 2015).

⁸ Um pai, p. ex., que melhore o diálogo entre seus filhos em conflito e eventualmente consiga que retomem a harmonia; o sócio quanto aos outros dois sócios em conflito; e o vizinho que ajuda com que outro condômino e seu síndico voltem a se comunicar respeitosamente: todos estão de alguma forma mediando.

⁹ Conforme art. 9º, §1º, da Lei nº 13.140/15 (BRASIL, 2015).

¹⁰ Conforme artigos 11 e 12, da Lei nº 13.140/15. (BRASIL, 2015).

¹¹ A mediação judicial pode ser processual, quando já há ação, ou pré-processual, quando alguém solicita mediação diretamente no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), sem que haja ação ajuizada.

¹² Importante consignar-se que não há o que se confundir a mediação objeto do presente estudo com o sistema dos juizados especiais, que embora partam da mesma ideia de fomento da autocomposição, versam sobre questões de menor complexidade, conforme art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.099/95. (BRASIL, 1995).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

A mediação, pois, se mostra mais adequada quando houver “uma relação interpessoal” entre as pessoas envolvidas, e a conciliação se mostra “suficiente para resolver questões” envolvendo “partes” sem “vínculo interpessoal ou a intenção de estabelecê-lo”. (OPPITZ, 2020, p. 129).

Leonard Riskin, professor de *Dispute Resolution* na *Northwestern University Pritzker School of Law*, em Chicago/EUA, diferencia as técnicas de mediação a partir do papel daquela pessoa que conduz a sessão, terceiro imparcial e sem autoridade decisória: se de avaliação ou de facilitação, “a depender da definição do conflito, se mais restrito ou mais amplo”. (*apud* PINTO, 2021). Em ambos os casos há o auxílio às partes para resolução do conflito e planejamento da transação, e, dependendo do espectro do conflito, se mais estreito (baseado em posições: o que a pessoa pede) ou largo (baseado em interesses: o que motiva o conflito), o mediador avaliador, tal como o conciliador nos termos do CPC, “poderá estimular as partes a acordarem, propor acordos, prever consequências de processos judiciais, e avaliar pontos fracos e fortes de cada lado, bem assim prever impactos no caso de não composição e conscientizar as partes acerca dos seus interesses”. (*apud* PINTO, 2021).

Riskin também aponta que nesse caso, “ao fornecer avaliações, previsões ou orientações”, remove-se parte da carga de tomada de decisão que paira sobre mediandos e procuradores, e, em alguns casos, fica mais fácil chegar-se a uma composição. (*apud* PINTO, 2021). De outro lado, para o autor, o mediador facilitador “auxilia as partes na avaliação, desenvolvimento e troca das propostas (baseadas em posições ou interesses, dependendo do espectro do conflito), bem como opções baseadas em interesses e o seu entendimento”, e, quanto aos “efeitos da não composição e da judicialização da questão, além dos seus pontos fracos e fortes”, há apenas o questionamento, *i, e,*, a atuação é mais passiva. Nesse caso há vantagens na “abordagem facilitadora”, desde que mediandos sejam “capazes de entender os interesses de ambos os lados” e de “desenvolver soluções potenciais, de modo que terão, com suas pessoas advogadas, um maior sentimento de participação e controle sobre a resolução do conflito”. (RISKIN *apud* PINTO, 2021).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

Em Kelter, “o mediador pode ajudar, indicando opções que as partes não tenham considerado”, inclusive quando há relutância de uma das partes na sugestão de uma opção determinada, “por medo de parecer débil frente” à outra parte, situação em que o mediador poderia “sugerir essa opção como sua própria ideia, protegendo assim a vulnerabilidade da parte que a teve”. (*apud* PALMA; JACIR, 2021). Em Kelter, referindo-se às reuniões individuais com as partes, “o mediador pode fazer à parte colocações alternativas, com relação à sua posição, o que não seria possível fazer frente da outra parte”, bem como “pode pedir à parte, por exemplo, se plantear metas mais realistas ou priorizá-las melhor. (*apud* PALMA; JACIR, 2021).

Necessário, porém, que haja pelos mediandos “conhecimento suficiente ou capacidade de desenvolvimento de propostas ou negociação, umas com as outras”, sob pena de a abordagem facilitadora (mediação do CPC) não ser produtiva. (RISKIN *apud* PINTO, 2021). Daí porque em alguns casos em que o CPC prevê a atuação de mediador, seja mais eficiente pensar-se na atuação de conciliador, e *vice-versa*. Ademais, impossível ignorar-se que há referência a atuação preferencial, ou seja, possível a abordagem de uma forma ou de outra e inclusive híbrida. (BRASIL, 2015).

As sessões de mediação judicial, que se dão-se no âmbito do Poder Judiciário, nos CEJUSCs, são conduzidas por Mediador/Conciliador escolhido pelas partes ou designado, e recomenda-se que sejam em número superior a um, sendo princípios dessas sessões a independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada, de modo que os participantes se sintam à vontade para trazer suas considerações e ponderações, sem qualquer receio, e, ouvindo-se reciprocamente, consigam um melhoramento na sua comunicação. (BRASIL, 2015).

Especificamente na hipótese processual, ou seja, quanto há ação distribuída, a designação dá-se previamente ao prazo de contestação e somente não ocorrerá se autor(es) e réu(s), de forma unânime, assim se manifestarem, havendo inclusive previsão de multa pelo não comparecimento injustificado. (BRASIL, 2015). É possível

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

também a qualquer momento a respectiva designação, e embora o comparecimento na sessão seja obrigatório, a participação na sessão é voluntária.

Partes preferencialmente estarão acompanhadas de advogado, e, no início dos trabalhos, os mediadores explicarão no que consiste a sessão, estabelecendo regras para que haja uma adequada comunicação entre todos, especialmente no sentido de que não será momento de exame de provas e tudo o que for dito será coberto pelo sigilo, não podendo, como regra, ser utilizado em procedimentos judiciais ou arbitrais.¹³ (BRASIL, 2015). Em linhas gerais, são estas as etapas:

1) abertura, 2) exposição das posições de cada mediando, 3) exploração por parte do mediador dos interesses subjacentes às posições de cada um [...], 4) eventual reformulação do problema de acordo com os interesses descobertos, 5) criação de opções possíveis para resolver o problema ou “Brainstroming”, 6) análise, por parte dos mediandos, das opções trazidas à luz de filtros objetivos e subjetivos, 7) formulação de propostas pelos mediandos e 8) possível acordo. (PALMA; JACIR, 2021).

Podem ser objeto de mediação conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação, ouvido o Ministério Público previamente à homologação (BRASIL, 2015), bem como todo o conflito ou parte dele. Havendo composição, há a redação de termo que será posteriormente homologado. Contrariamente, tratando-se de mediação processual, o feito terá prosseguimento.

Em Silva (2020, p. 141), “todos os conflitos interpessoais podem ser trabalhados pela mediação”, sendo “uma visão do tipo ganha/ganha, eis que, se a mediação não culminar num acordo, no mínimo, os participantes terão conversado e esclarecido os meandros do conflito de maneira respeitosa e produtiva”, pois a obtenção de acordo não é o objetivo primeiro, já que o que se pretende é o (r)estabelecimento do diálogo entre as pessoas em conflito, para “que melhorem o relacionamento e busquem as soluções de seus problemas sozinhas”. Dito de outra forma, o acordo é mero desdobramento, que depende única e exclusivamente das partes e seus advogados.

¹³ Conforme artigos 30 e 31 da Lei nº 13.140/15. (BRASIL, 2015).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

Nessa mesma linha, tratando da mediação a partir de Luís Alberto Warat, Rocha e Gubert (2017, p. 117), apontam que “O conflito se instala [...] como um confronto de vontades”, e, assim, “o mais importante seria [...] permitir às partes [...] um momento de autoconhecimento e de retorno ao equilíbrio com seu próprio eu”, em vez do mero encaminhamento das partes “para a negociação de um acordo que tenta barganhar as vontades opostas”. Note-se que a busca pela composição não deve partir do mediador, que se direciona muito mais para a facilitação do entendimento, e tem uma função tão importante quanto minimalista.

Em outras palavras, “A mediação não estaria voltada para a necessária obtenção de um acordo ao final de um prazo pré-estipulado”, mas a possibilitar “o direito a dizer o que nos passa, ou uma procura do próprio ponto de equilíbrio e do ponto de equilíbrio com os outros”, sendo função do mediador o auxílio das partes “a ouvir[em] uma linguagem mais apropriada para esta expressão.”. (WARAT *apud* ROCHA; GUBERT, 2017, p. 117). Isso porque a solução dada por terceiros (juízes e árbitros) pressupõe apenas a finalização do processo ou disputa, com o atendimento ou não dos pedidos articulados. De outro lado, nas “Conciliações e mediações, cada qual com sua própria racionalidade”, procura-se não apenas a solução da lide, mas do conflito subjacente, trazendo ganhos para todos os envolvidos e realizando o ideal de pacificação social. (OPPITZ, 2020, p. 127; PINTO, 2021).

Em Neto e Neto (2017, p. 130), a mediação (tal como a arbitragem e a conciliação), tem relevância na redução da judicialização, mas apontam que ainda há uma “cultura da belicosidade”, onde “quase tudo [é] decidido pelo Judiciário”, na medida em que tanto as pessoas em conflito quanto advogados “se acostumaram ao ambiente da disputa judicial, proferida como um ideal de justiça sob a tutela estatal, mas que hoje não cumpre mais sua promessa”.

Porém, o cenário é de que “o Estado tem falhado na sua missão pacificadora, intentada por meio da jurisdição e das formas do processo”, pois a decisão judicial, uma vez que imposta, “não pacifica as partes”, que tendem a ficar “descontente[s] com” o seu desfecho e poderão obstaculizar o seu cumprimento. (GRINOVER *apud* SILVA,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

2020, p. 138). No caso da decisão heterocompositiva, que põe fim apenas à disputa (lide processual), poderia também haver o “enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente”, com eventual “tendência de o conflito se expandir ou tornar-se mais acentuado no desenvolvimento da relação processual”. (DEUTSCH *apud* BRASIL, 2016, p. 55).

Daí que em Zamora Y Castillo (*apud* BRASIL, 2016, p. 56) são necessários “novos modelos que permitam que as partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais”, identificando os “interesses subjacentes”, e promovendo “relacionamentos cooperativos [e] estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias”, além de “educar as partes para uma melhor compreensão recíproca”. (RHODE; BARUCH BUSH *apud* BRASIL, 2016, p. 56).

No caso dos contratos empresariais, *v. g.*, onde os participantes demandam solução célere para os conflitos daí decorrentes, há – diz Silva (2020, p. 152) – crescente utilização de cláusulas de mediação como etapa inicial, condicionante para a adoção de medida judicial ou arbitral. (WATANABE *apud* SILVA, 2020, p. 152). Para o autor, “Se ainda assim surgirem conflitos no seio dos contratos de tipo colaborativo, a mediação pode dar uma solução a contento”, de forma célere e evitando “perdas que certamente aconteceriam se a via eleita fosse a judicial, que é morosa e desgastante, além de distanciar as partes”. (SILVA, 2020, p.153).

A mediação no âmbito empresarial, “mormente na seara dos contratos colaborativos, promove relacionamentos e explora estratégias que podem prevenir e solucionar futuros litígios”; ademais, “a mediação empresarial objetiva a transformação da dinâmica adversarial, comum no tratamento de conflitos, para uma dinâmica cooperativa.” (SILVA, 2020, p.153). Na mesma linha, tomando-se por base contratos de longa duração, onde os riscos de descumprimento são maiores, e “comportamento[s] oportunista[s] pode[m] quebrar a confiança entre [as contratantes] e gerar perdas futuras”, em havendo disposições relacionadas à mediação é possível a manutenção da

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

cooperação e continuidade da expectativa de reciprocidade. (FORGIONI *apud* SILVA, 2020, p. 153; SILVA, 2020, p. 153).

Eis uma virtude da mediação, que trabalha uma visão de futuro, prospectiva, a fim de que os contratantes em litígio possam olhar “para frente e melhor estruturarem seus negócios”, para solucionar um conflito passível de surgimento não a partir da racionalidade estabelecida no início, que acabou gerando o conflito, mas a partir do “estímulo [das] partes na busca por soluções criativas, ainda não tecidas e que dificilmente [...] encontrariam sozinhas”. (SILVA, 2020, p. 154).

Na celebração de negócios jurídicos, o consenso é elemento fundamental para o estabelecimento das obrigações, e, por inúmeros fatores, pode ser perdido. E a mediação, “ao propiciar a retomada de uma comunicação eficiente entre as partes, afigura-se como o meio mais adequado para a solução de conflito empresariais, sobretudo pela celeridade e redução de custos. (SILVA, 2020, p. 156-157).

Em Palma e Jacir (2021), os métodos alternativos de composição, como arbitragem e mediação, por sua celeridade e sigilo, afiguram-se mais vantajosos que o procedimento judicial, e, considerando os custos (mormente porque o procedimento arbitral tende a ser mais caro que as despesas processuais), a mediação, “menos onerosa, [estaria] ganhando [...] cada vez mais espaço, seja na fase pré-processual ou pós ajuizamento da demanda”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo no cenário Constitucional, com o estabelecimento e proteção de direitos fundamentais, além de limites para a atuação estatal, justamente com a necessidade de fundamentação dessa atuação, que é – ou deve ser – passível de revisão, como condição que possibilita a própria legitimidade do Estado, vê-se a ocorrência de atos discricionários.

Esse aparente paradoxo decorre da dificuldade que há na articulação dessa fundamentação. Ou seja, é tão difícil justificar a licitude/constitucionalidade de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

determinado ato estatal, quanto de justificar a sua ilicitude/inconstitucionalidade, notadamente porque as diversas teoria do Direito – e do Estado – divergirão quanto às respostas do Direito.

O dever de motivação, por parte da autoridade, para deferir ou rejeitar um pedido, conceder ou negar um Direito (constitucional ou não), enfrentará a indeterminação da linguagem. E se Direito é linguagem e as decisões (administrativas ou judiciais) devem ser jurídicas (não morais, econômicas ou políticas), não escapará a autoridade de amplo ônus argumentativo. Examinar-se o caso na sua concretude, observar procedimentos do próprio sistema jurídico e defender a crítica das decisões, *i. e.*, a responsabilidade da academia na contínua avaliação dos atos administrativos e ou judiciais, é essencial, mas insuficiente.

Se se busca uma resposta apenas provisória e aparentemente justificada, admite-se que as teorias do Direito e/ou do Estado ainda não conseguiram estabelecer suficientemente critérios de obtenção de verdade em Direito, e deve-se aceitar a possibilidade de ocorrência de decisões baseadas em incorretas interpretações. Defender, pois, se o “problema” está no texto normativo ou no processo argumentativo, é importante, mas também não é o suficiente para a garantia da segurança jurídica, *i. e.*, para a garantia de previsibilidade sobre os desdobramentos da ocorrência ou não de determinado fenômeno.

O Direito não se encontra em uma dimensão técnica da deliberação, dado que possui uma indeterminação de ordem ontológica que não poderá ser minimizada pela epistemologia, de modo que o espectro de deliberação segue sendo amplo. E por esse mesmo motivo, tratando-se de um problema essencialmente interpretativo, dar-se-á apenas uma pretensa, precária e temporária solução a partir do caso concreto – e nunca aprioristicamente.

Por isso teorias precedentalistas caem no mesmo problema: como leis e a própria Constituição, os enunciados ou súmulas constituem-se de palavras, que serão também vagas e ambíguas. Mesmo que por hipótese fossem adotadas gravuras, ainda assim haveria uma dificuldade argumentativa grave; e incluem-se aqui quaisquer

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

tecnologias que eventualmente aparecem como salvacionistas e geradoras de eficiência e segurança jurídica. Ao mesmo tempo em que há um sem número de obras tendentes ao estabelecimento de como interpretar, substabelece-se o problema para artificialidades (alegadamente) inteligentes, ignorando a indeterminação do Direito que, como visto, é ontológica.

O cenário é preocupante, na medida em que a ausência de segurança jurídica influencia diretamente no mercado, notadamente para encarecer quaisquer operações. E dentro desse contexto é fortalecido o ativismo judicial, de modo que mais uma vez não se verifica uma solução adequada sem se cair em mais indeterminação.

A mediação, enquanto método autocompositivo, busca a solução do conflito subjacente, que, concretizando-se, resulta em uma decisão construída pelas próprias pessoas em conflito, o que, a rigor, afastaria tanto o ônus argumentativo do terceiro imparcial (juiz ou árbitro), quanto o seu eventual ativismo.

A teoria do Direito – e do Estado – deve, com certeza, seguir na sua cruzada na busca de um método definitivo de aferição de verdade em Direito, mormente porque não é possível aceitar-se o ativismo estatal (judicial ou não) de forma acrítica. Todavia, dado que o estado da arte da humanidade ainda não conseguiu vencer a indeterminação ontológica do Direito, que parece ser própria da linguagem, entende-se que a mediação possui a capacidade de gerar soluções mais efetivas para os conflitos sociais.

Tanto no que concerne a tempo e custos, quanto na geração de mais segurança jurídica, que estará menos nos textos normativos ou nas argumentações de quem quer que seja, e mais no fato de que as pessoas em conflito, com a mediação, terão um *locus* adequado para que juntas tentem chegar ao consenso.

REFERÊNCIAS

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. – 3. ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BERNSTS, Luísa Giuliani. **Teoria da decisão e reivindicações por fundamentos**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), São Paulo/SP, 11 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-11/diario-classe-teoria-decisao-reivindicacoes-fundamentos>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 205. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

CHAUI, Marilena. **Introdução à história da filosofia. Dos pré-socráticos a Aristóteles**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. 1 v.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

COPELLI, Por Giancarlo Montagner Copelli. **A Teoria do Estado pode ser uma "Enciclopédia das Ciências do Estado"?**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), São Paulo/SP, 4 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-04/diario-classe-teoria-estado-enciclopedia-ciencias-estado>. Acesso em: 05 nov. 2022.

GROSTEIN, Julio. **ATIVISMO JUDICIAL: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GUAZZELLI, Rafaela Junqueira. **O uso de métodos alternativos na solução de conflitos na recuperação judicial**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), São Paulo/SP, 16 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-ago-16/guazzelli-metodos-alternativos-solucao-conflitos-rj#_ftn3. Acesso em: 05 nov. 2022.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Maria Helena D'arbo Alves de. **Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, DF, v. 5, Número Especial, 2015, p. 347-360. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3149>. Acesso em: 05 nov. 2022.

NETO, Miguel Kfourir; NETO, André Fatuch. **A MEDIAÇÃO A ARBITRAGEM E A CONCILIAÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS. Administração de Empresas em Revista**, [S.l.], v. 2, n. 13, p. 115 - 134, set. 2017. ISSN 2316-7548. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2198>. Acesso em: 05 nov. 2022.

OPPITZ, Dulce Ana Gomes. **Mediação e Conciliação: Eficácia na Solução dos Conflitos**. In: BELINKEVICUS, Juciane. (Org). Práticas inovadoras na jurisdição: a experiência da Magistratura Gaúcha. Ajuris, Escola Superior da Magistratura, Núcleo de Inovação e Administração Judiciária; Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Suporte Operacional, Serviço de Impressão e Mídia Digital. V. 2. Porto Alegre/RS, 2020. Disponível em: <https://ajuris.org.br/wp-content/uploads/2021/05/praticas-inovadoras-v2.pdf#page=128>. Acesso em: 05 nov. 2022.

PALMA, Andréa Galhardo; JACIR, Carmen Sfeir. **A mediação na recuperação judicial e as técnicas inerentes ao mediador empresarial**. Migalhas, 18 de julho de 2021. ISSN 1983-392X. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-consensuais/347224/a-mediacao-e-as-tecnicas-inerentes-ao-mediador-empresarial>. Acesso em: 05 nov. 2022.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

PINTO, Gerson Neves; DIETRICH, William Galle; RAATZ, Igor. **OS PRECEDENTES VINCULANTES E O PROBLEMA DA CONTINGÊNCIA ONTOLÓGICA DO DIREITO.** Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, SC, v. 24, n. 1, p. 1-21, 2019. eISSN 2175-0491. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/14172>. Acesso em: 05 nov. 2022.

PINTO, Samuel Saliba Moreira Pinto. **Mediar ou não mediar, eis a questão.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), São Paulo/SP, 02 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/samuel-saliba-medar-ou-nao-medar-eis-questao>. Acesso em: 05 nov. 2022.

PINTO, Samuel Saliba Monteiro. **E se tivessem sido duas disciplinas?** Revista Direito UTP, v.2, n.2, jul./dez. 2021, p. 194-204. Disponível em: <https://seer.utp.br/index.php/DRT/article/view/2733>. Acesso em: 05 nov. 2022.

PINTO, Samuel Saliba Moreira Pinto. **O controle hermenêutico jurisdicional na teoria e metódica estruturantes do Direito de Friedrich Müller.** Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 13(2), p. 231-266, 2019. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/78>. Acesso em: 05 nov. 2022.

PINTO, Samuel Saliba Moreira. **O empoderamento dos pacientes e a deliberação médica.** Revista Vertentes do Direito, Palmas, TO, v. 7, n. 1, p. 133-162, 2020. ISSN 2359-0106. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/8307>. Acesso em: 05 nov. 2022.

ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Robert Magalhães. A Mediação e o Amor em Luís Alberto Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 33, n.1, p. 101-123, 2017. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/154/155>. Acesso em: 05 nov. 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica ao direito (brasileiro).** – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SCHIO, Sônia Maria. **Aristóteles e a ação humana.** In: NODARI, Paulo César; CESCUN, Everaldo. (Orgs.). Conjectura: filosofia e educação. Vol.14, nº 01, Caxias do Sul/RS, 2009, p. 77-91. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/5/5>. Acesso: 05 nov. 2022.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v9n2.p249-279>

SILVA, Reinaldo Marques da. A mediação na solução de conflitos empresariais. **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, v. 5, p. 136-158, 2020. Disponível em: <https://apd.org.br/a-mediacao-na-solucao-de-conflitos-empresariais/>. Acesso em: 05 nov. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. – 3. Ed. Ver. Atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK. Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK. Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?**. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. 1 ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **A Crítica Hermenêutica do Direito e o novo Código de Processo Civil: apontamentos sobre a coerência e a integridade**. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. 1 ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O direito e o constrangimento epistemológico. **Estado da Arte**, São Paulo, 21 de julho de 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em: 05 nov. 2022.